

ПРАВОВА ДЕРЖАВА

42'2021

Фахове наукове видання

КАТЕГОРІЯ «Б»



CONSTITUTIONAL STATE

42'2021

SCIENTIFIC JOURNAL

Published 4 times a year

Founded in February, 1999

Odesa
Feniks
2021



ПРАВОВА ДЕРЖАВА

42'2021

*Лауреат IV Всеукраїнського конкурсу
на краще юридичне видання*

НАУКОВИЙ ЖУРНАЛ

Виходить 4 рази на рік
Заснований у лютому 1999 р.

Одеса
Фенікс
2021

Засновник – Одеський національний університет імені І. І. Мечникова

Редакційна колегія

О. І. Миколенко – головний редактор,
А. О. Богустов, О. В. Гаран, С. В. Саяпін,
Т. В. Степанова, М. О. Стефанчук, Р. О. Стефанчук,
Л. М. Токарчук, В. І. Труба, Н. В. Хендель, О. А. Чуваков

Відповідальний секретар

Н. В. Ільєва

Establisher and publisher – Odesa I. I. Mechnikov National University

Editorial board

О. І. Mykolenko – Editor-in-Chief,
А. О. Bohustov, О. V. Haran, S. V. Saiapyn,
T. V. Stepanova, M. O. Stefanchuk, R. O. Stefanchuk,
L. M. Tokarchuk, V. I. Truba, N. V. Khendel, O. A. Chuvakov

Executive Secretary

N. V. Ilieva

Відповідно до наказу МОН України № 409 від 17.03.2020 р.
науковий журнал «Правова держава» входить до
Переліку наукових фахових видань України
(юридичні науки - КАТЕГОРІЯ «Б»)

Рекомендовано до друку Вченою радою
Одеського національного університету імені І. І. Мечникова
(протокол № 12 від 31 травня 2021 р.)

Індексація наукометричними базами даних:

Index Copernicus

Індексація іншими базами даних:

Google Scholar, Scientific Periodicals in National Library of Ukraine Vernadsky,
Scientific Periodicals of Ukraine,
Ulrich's Periodicals Directory, WorldCat, Citefactor

ЗМІСТ

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ПРАВА І ДЕРЖАВИ; СУДОУСТРІЙ

Е. Р. Ахмедова

РОЗШИРЕННЯ ПОВНОВАЖЕНЬ ПРЕЗИДЕНТА ТУРЕЧЧИНИ:
НОВИЙ ПРАВОВИЙ ПОРЯДОК ТА ЙОГО НАСЛІДКИ 11

С. В. Васильєв

«НЕВИЗНАЧЕНІСТЬ» У МЕХАНІЗМІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ
ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН ТА ЮРИДИЧНІ ІНСТРУМЕНТИ
ЇЇ УСУНЕННЯ. 22

В. В. Груша, С. В. Дяченко

«КУМІВСТВО» ЯК ПІДСТАВА ВІДВОДУ (САМОВІДВОДУ) СКЛАДУ СУДУ:
АНАЛІЗ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ. 32

Р. С. Притченко

ОСОБЛИВОСТІ СУЧАСНОЇ МЕТОДОЛОГІЇ ДОСЛІДЖЕННЯ СУДОВОЇ
ПРАКТИКИ 40

О. В. Ткаля

ВИТОКИ ПРАВОВИХ АНОМАЛІЙ, ЇХ ІСТОРИЧНІ ПРИЧИНИ. 45

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО

П. П. Білик, І. А. Осадча

АДМІНІСТРАТИВНИЙ РОЗСУД В ПУБЛІЧНОМУ АДМІНІСТРУВАННІ
ТА ЙОГО ЗВ'ЯЗОК З ЮРИДИЧНОЮ ДЕОНТОЛОГІЄЮ:
ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ 52

Н. В. Льєва, Е. А. Крістева

ОСНОВНІ ФУНКЦІЇ НОТАРІАЛЬНОЇ ТАЄМНИЦІ В УКРАЇНІ 63

О. І. Миколенко, О. М. Миколенко

СТУПІНЬ НАУКОВОГО ОБҐРУНТУВАННЯ І АДМІНІСТРАТИВНО-
ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНИХ ЗАСАД ВІДНОСИН
ДЕРЖАВИ І ЦЕРКВИ. 71

МОРСЬКЕ ПРАВО

Т. В. Аверочкина

ПУБЛІЧНЕ АДМІНІСТРУВАННЯ МОРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ:
ПРОБЛЕМИ ТА РІШЕННЯ. 80

Н. О. Коваль

МИТНІ ФОРМАЛЬНОСТІ ЩОДО ІНОЗЕМНИХ ВІЙСЬКОВИХ КОРАБЛІВ,
ЇХ ОЗБРОЄННЯ ТА ЕКІПАЖІВ У ПОРТАХ УКРАЇНИ 86

А. В. Ковбан

ПРАВОВИЙ ГЕНЕЗИС КОНЦЕПЦІЇ СВОБОДИ ВІДКРИТОГО МОРЯ. 93

С. О. Кузнецов
ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ МЕХАНІЗМИ ПРОТИДІЇ НЕЛЕГАЛЬНИЙ
МІГРАЦІЇ МОРЕМ 100

С. С. Кузнецов
АЗОВО-КЕРЧЕНСЬКА АКВАТОРІЯ У КОНЦЕПЦІЇ ІСТОРИЧНИХ ВОД 108

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО; ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

В. Р. Барський, Д. Ю. Дворніченко
ГАРМОНІЗАЦІЯ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ТА ЄВРОПЕЙСЬКОГО
СОЮЗУ ЩОДО ОХОРОНИ ПРАВ НА ГЕОГРАФІЧНІ ЗАЗНАЧЕННЯ:
ПЕРЕДУМОВИ, СТАН І ПЕРСПЕКТИВИ 115

И. А. Голоденко, Е. М. Корнеева
ОКАЗАНИЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНЫХ УСЛУГ ЗАВЕДЕНИЯМИ ВЫСШЕГО
ОБРАЗОВАНИЯ В УСЛОВИЯХ ПАНДЕМИИ КОРОНАВИРУСНОГО
ЗАБОЛЕВАНИЯ COVID-19 (ПРОБЛЕМНЫЕ АСПЕКТЫ) 125

Е. М. Гусейнова
СОДЕРЖАНИЕ, ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ И ЗАЩИТА ПРАВА РЕБЕНКА НА ИМЯ
(ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ УКРАИНЫ И РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ) . . . 136

С. В. Дяченко, В. Р. Шевчук
ЕЛЕКТРОННІ ЗАСОБИ ДОКАЗУВАННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ 145

І. С. Канзафарова, М. С. Федорко
ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНИЙ (ГАРАНТІЙНИЙ) ПЛАТІЖ ЯК НЕПОІМЕНОВАНИЙ
СПОСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ 154

О. Є. Кухарєв
ОСОБЛИВОСТІ СПАДЩИНИ ЯК ОБ'ЄКТА ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ 164

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО; КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

П. Д. Денисюк
ЗАСТАВА ЯК ЗАПОБІЖНИЙ ЗАХІД В КРИМІНАЛЬНОМУ
ПРОВАДЖЕННІ: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ 171

Н. Л. Дроздович
КРИТЕРІЇ ВИЗНАННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ / НЕЕФЕКТИВНОСТІ НАДАННЯ
ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ
ЗА ДАНИМИ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ВЕРХОВНОГО СУДУ 179

О. О. Мельнікова, Г. В. Форос
ОСОБЛИВОСТІ ВИКОРИСТАННЯ ІНФОРМАЦІЙНО-АНАЛІТИЧНОГО
ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ОПЕРАТИВНОГО ПОШУКУ ОЗНАК ЗЛОЧИНІВ,
ПОВ'ЯЗАНИХ З ТОРГІВЛЕЮ ЛЮДЬМИ 189

О. А. Чубаков
КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ ОСНОВЫ КВАЛИФИКАЦИИ ГОСУДАРСТВЕННЫХ
ПРЕСТУПЛЕНИЙ В ГОДЫ ВЕЛИКОЙ ОТЕЧЕСТВЕННОЙ ВОЙНЫ. 197

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО; МІЖНАРОДНЕ ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

Альдо Лигустро

ПАДЕНИЕ БЕРЛИНСКОЙ СТЕНЫ: ВОСПОМИНАНИЯ И РАЗМЫШЛЕНИЯ
ОДНОГО СВИДЕТЕЛЯ ТРИДЦАТЬ ЛЕТ СПУСТЯ 207

Т. С. Садова

ДО ПИТАННЯ ПРО СПІВВІДНОШЕННЯ ВОЄННИХ ТА ВІЙСЬКОВИХ
ЗЛОЧИНІВ У МІЖНАРОДНОМУ ТА НАЦІОНАЛЬНОМУ ПРАВІ 220

О. В. Толкаченко

ОСТРІВ ЗМІЇНИЙ: ЕКОЛОГО-РЕСУРСНІ ВІЙНИ ТА ЇХ НАСЛІДКИ 229

Г. С. Фединяк

ТЕРМІНОЛОГІЯ МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРІВ ЗА УЧАСТЮ УКРАЇНИ
(НА ПРИКЛАДІ УГОД ПРО СОЦІАЛЬНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ) 237

ІНФОРМАЦІЯ ДЛЯ АВТОРІВ 245

CONTENT

THEORY AND HISTORY OF LAW AND STATE; THE COURT OF JUSTICE

E. R. Ahmedova

EXPANDING THE POWERS OF THE TURKEY'S PRESIDENT:
NEW LEGAL ORDER AND ITS CONSEQUENCES 11

S. V. Vasilyev

LEGAL UNCERTAINTY IN PROCEDURAL LEGAL RELATIONS REGULATION
MECHANISM AND LEGAL INSTRUMENTS OF ITS ELIMINATION. 22

V. V. Hrusha, S. V. Dyachenko

NEPOTISM AS A BASIS FOR REMOVAL (SELF-RECUSAL) OF THE COURT'S
COMPOSITION: ANALYSIS OF JUDICIAL PRACTICE 32

R. S. Prytchenko

FEATURES OF MODERN JURISPRUDENCE RESEARCH METHODOLOGY . . . 40

O. V. Tkalia

THE ORIGINS OF LEGAL ANOMALIES, THEIR HISTORICAL CAUSES 45

ADMINISTRATIVE LAW

P. P. Bilyk, I. A. Osadcha

ADMINISTRATIVE DISCRETION IN PUBLIC ADMINISTRATION
AND ITS CONNECTION WITH LEGAL DEONTOLOGY:
THEORETICAL AND LEGAL ASPECT 52

N. V. Ilieva, E. A. Kristeva

MAIN FUNCTIONS OF NOTARIAL SECRET IN UKRAINE 63

O. I. Mykolenko, O. M. Mykolenko

DEGREE OF SCIENTIFIC SUBSTANTIATION AND ADMINISTRATIVE
AND LEGAL SUPPORT OF CONSTITUTIONAL FUNDAMENTALS
OF STATE AND CHURCH RELATIONS. 71

MARITIME LAW

T. V. Averochkina

PUBLIC ADMINISTRATION OF MARITIME ACTIVITIES IN UKRAINE:
PROBLEMS AND DECISIONS 80

N. A. Koval

CUSTOMS FORMALITIES FOR FOREIGN WARSHIPS, THEIR ARMS
AND CREWS IN THE UKRAINIAN PORTS. 86

A. V. Kovban

LEGAL GENESIS OF THE CONCEPT OF FREEDOM OF THE HIGH SEA. 93

S. O. Kuznetsov

ORGANIZATIONAL AND LEGAL MECHANISMS TO COUNTERACTION
ILLEGAL MIGRATION BY SEA 100

S. S. Kuznietsov AZOV-KERCH WATER SPACES IN THE CONCEPT OF HISTORICAL WATERS.	108
---	-----

CIVIL LAW; CIVIL PROCESS

V. R. Barskyy, D. Yu. Dvornichenko HARMONIZATION OF UKRAINIAN AND EUROPEAN UNION LEGISLATION ON THE PROTECTION OF THE RIGHTS TO GEOGRAPHICAL INDICATIONS: BACKGROUND, SITUATION AND PROSPECTS	115
I. O. Holodenko, E. M. Korneieva PROVISION OF EDUCATIONAL SERVICES BY HIGHER EDUCATION INSTITUTIONS IN CONDITIONS OF COVID-19 PANDEMIC (PROBLEMATIC ASPECTS)	125
K. M. Huseynova CONTENT, IMPLEMENTATION AND PROTECTION OF A CHILD'S RIGHT TO A NAME (ACCORDING TO THE LEGISLATION OF UKRAINE AND THE RUSSIAN FEDERATION)	136
S. V. Dyachenko, V. R. Shevchuk ELECTRONIC MEANS OF PROOF IN CIVIL PROCESS	145
I. S. Kanzafarova, M. S. Fedorko SECURITY (GUARANTEE) PAYMENT AS AN INNOMINATED ENFORCEMENT OF OBLIGATIONS	154
O. Ye. Kukhariev SPECIFIC FEATURES OF ASSETS AS OBJECT OF CIVIL RIGHTS	164

CRIMINAL LAW; CRIMINAL PROCESS

P. D. Denysiuk PLEDGE AS A PRECAUTIONARY MEASURE IN CRIMINAL PROCEEDINGS: SOME PROBLEMATIC ASPECTS.	171
N. L. Drozdovych CRITERIA FOR RECOGNIZING THE EFFECTIVENESS / INEFFECTIVENESS OF PROVIDING LEGAL ASSISTANCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS ACCORDING TO THE JUDICIAL PRACTICE OF THE SUPREME COURT	179
O. O. Melnikova, A. V. Foros PECULIARITIES OF USING INFORMATION AND ANALYTICAL SUPPORT OF OPERATIONAL SEARCH FOR SIGNS OF CRIMES RELATED TO HUMAN TRAFFICKING	189
O. A. Chuvakov CONCEPTUAL BASIS FOR CLASSIFYING STATE CRIMES DURING THE GREAT PATRIOTIC WAR	197

INTERNATIONAL LAW; INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW

Aldo Ligustro

THE FALL OF THE BERLIN WALL: MEMORIES AND REFLECTIONS
OF A WITNESS THIRTY YEARS LATER 207

T. S. Sadova

ON THE QUESTION OF THE RELATIONSHIP OF WAR AND MILITARY
CRIMES IN INTERNATIONAL AND NATIONAL LAW 220

E. V. Tolkachenko

ZMIYINY ISLAND: ECOLOGICAL RESOURCE WARS AND THEIR
CONSEQUENCES 229

H. S. Phedinyak

TERMINOLOGY OF INTERNATIONAL AGREEMENTS WITH
THE PARTICIPATION OF UKRAINE (ON THE EXAMPLE OF SOCIAL
SECURITY AGREEMENTS) 237

INFORMATION FOR AUTHORS 245

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ПРАВА І ДЕРЖАВИ; СУДОУСТРІЙ

УДК 342.3:327(560)

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2021.42.232406>

Е. Р. Ахмедова, канд. юрид. наук, ст. викладач
Одеський державний університет внутрішніх справ
Кафедра мовної підготовки
вул. Успенська, 1, Одеса, 65012, Україна
e-mail: e.r.akhmedova@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0916-3677>

РОЗШИРЕННЯ ПОВНОВАЖЕНЬ ПРЕЗИДЕНТА ТУРЕЧЧИНИ: НОВИЙ ПРАВОВИЙ ПОРЯДОК ТА ЙОГО НАСЛІДКИ

В статті зроблено порівняльно-правовий аналіз статей Конституції Туреччини 1982 року та поправок до неї у сфері виконавчої гілки влади, що були винесені на всенародний референдум Туреччини у 2017 році. Аналізуються наслідки конституційної реформи на подальший демократичний розвиток Туреччини, а також можливе перетворення Туреччини на країну з авторитарною формою правління. В статті досліджуються праці турецьких та зарубіжних дослідників щодо впливу нової політичної системи на незалежність усіх гілок влади, а також аналізується міжнародно-правова позиція Європейського Союзу щодо конституційних змін в контексті виконання копенгагенських критеріїв, необхідних для набуття Туреччиною членства в Європейському Союзі і можливість закриття переговорів щодо вступу Туреччини до Європейського Союзу.

Ключові слова: Конституція 1982, Копенгагенські критерії, Референдум 2017, авторитаризм, Туреччина, Європейський Союз.

Постановка проблеми. З 1923 року в історії Турецької Республіки було проведено шість референдумів. Референдум щодо пакету змін до Конституції 16 квітня 2017 року став сьомим, в той же час був третім референдумом за урядів Партії Справедливості та Розвитку. Президент Туреччини Реджеп Таїп Ердоган неодноразово наголошував на тому, що турецька парламентська форма правління завжди зазнавала впливу ззовні і потребувала негайної трансформації на президентську форму правління. В турецькому уряді вважають, що внесення поправок до конституції спростить і зміцнить систему управління країною, тоді коли критики стверджують, що Р.Т. Ердоган намагається легітимізувати систему влади, яка, по суті за змістом, є одноосібним управлінням. Поправки до конституції надали президенту країни безпрецедентні повноваження і дозволяють йому залишитися на цій посаді до 2029 року.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Ця тема знайшла відображення в дослідженнях турецьких та зарубіжних дослідників. Зокрема, варто відзначити праці Зафера Йилмаза [1], Сердара Гюленера та Небі Міша [2], Джоани Марсалека Кава та Ахмеда Бурака [3], Марії АбадАндрате [4] та ін. Зафер Йилмаз досліджує режим президента Р.Т. Ердогана та основні виклики демократичному режиму Туреччини після прийняття поправок до Конституції Туреччини 1982 року. Сердар Гюленер і Небі Мішан аналізують причини, що обумовили необхідність проведення Референдуму в Туреччині у 2017 році, а також вплив конституційних поправок на функціонування виконавчої та законодавчої гілок влади. Ахмед Бурак досліджує історичні коріння конституцій Туреччини, особливості президентської форми правління в Туреччині, а також позицію головних опозиційних партій країни, що виступають проти зміни правової системи в країні. Марія Абад Андрате досліджує вплив нової правової системи в Туреччині на незалежність та ефективність функціонування судової гілки влади в країні, зокрема, Конституційного Суду.

Мета статті. Аналіз конституційних змін 2017 року у сфері прав та повноважень президента Туреччини та їх значення для політико-правового демократичного майбутнього країни.

Для досягнення зазначеної мети роботи передбачається вирішення наступних завдань:

- здійснити порівняльний аналіз 8, 101, 104, 105, 106 Статей Конституції Туреччини до і після прийняття поправок;
- здійснити загальний аналіз основних конституційних нововведень;
- дослідити думку та погляди провідних турецьких та зарубіжних дослідників щодо впливу конституційних змін у виконавчій гілці влади Туреччини на усю систему стримування та противаг в країні;
- дослідити позицію Європейського Союзу щодо конституційних змін 2017 року та подальші перспективи вступу Туреччини до Європейської спільноти.

Виклад основного матеріалу. 16 квітня 2017 року, за ініціативи правлячої Партії справедливості і розвитку (далі – ПСР), очолюваної президентом Р. Ердоганом, і за часткової підтримки правої Партії націоналістичного руху (далі – ПНР) відбувся всенародний референдум з приводу внесення змін до Конституції Туреччини про перехід від парламентської до президентської республіки. В результаті проведеного референдуму Р. Ердоган і його партія здобули важку і непереконливу перемогу. Практично половина населення країни виступила проти посилення повноважень президента. Більшість громадян найбільших міст Туреччини проголосували проти внесення змін до турецької конституції. Розглянемо основні зміни у сфері повноважень Президента Туреччини та порівняємо їх з редакцією Конституції 1982 року [5]. У таблиці чорним курсивом виділено нові положення, які були винесені і прийняті на всетурецькому референдумі 2017 року та які вступили в силу в 2019 році [6].

Конституція 1982 р.	Поправки, що прийняті на Референдумі 2017 року.
<p>VIII. Виконавча влада та функції СТАТТЯ 8 – Виконавча влада та функції здійснюються та виконуються Президентом Республіки та Радою Міністрів відповідно до Конституції та законів.</p>	<p>VIII. Виконавча влада та функції СТАТТЯ 8 – Виконавча влада та функції здійснюються та виконуються Президентом Республіки відповідно до Конституції та законів.</p>
<p>РОЗДІЛ ДРУГИЙ Виконавча влада I. Президент Республіки A. Кваліфікація та неупередженість</p> <p>СТАТТЯ 101 – (В останній редакції від 21 жовтня 2007 р.; Закон № 5678) Президент Республіки обирається громадськістю з числа членів Великих Національних Зборів Туреччини, які досягли сорокарічного віку і які мають вищу освіту, або з числа громадян Туреччини, які відповідають цим вимогам і мають право бути депутатами.</p> <p>Термін повноважень Президента Республіки становить п'ять років.</p> <p>Одна й та сама особа не може бути обрана Президентом Республіки більш ніж на два повні терміни.</p>	<p>РОЗДІЛ ДРУГИЙ Виконавча влада I. Президент Республіки A. Висунення кандидата в Президенти та вибори Президента</p> <p>СТАТТЯ 101 – (В останній редакції від 21 жовтня 2007 р.; Закон № 5678) Президент Республіки обирається безпосередньо громадськістю з числа турецьких громадян, які мають право бути депутатами, досягли сорокарічного віку та мають повну вищу освіту.</p> <p>Термін повноважень Президента Республіки становить п'ять років.</p> <p>Одна й та сама особа не може бути обрана Президентом Республіки більш ніж на два повні терміни.</p>

Конституція 1982 р.	Поправки, що прийняті на Референдумі 2017 року.
<p>Висування кандидата в президенти з числа членів Великих Національних Зборів Туреччини або поза його межами вимагає письмової пропозиції двадцяти депутатів. Крім того, політичні партії, які отримали більше десяти відсотків голосів на останніх парламентських виборах, можуть висувати спільного кандидата.</p> <p>У разі якщо обраний Президент є членом партії, його / її відносини з його партією розриваються, а членство у Великих Національних Зборах Туреччини припиняється.</p>	<p>Групи політичних партій, політичні партії, які набрали більше п'яти відсотків голосів виборців у сукупності або спільно на останніх парламентських виборах, або сто тисяч голосів виборців мають право висунути свого кандидата на посаду Президента.</p> <p>У разі якщо депутат обирається Президентом, його/її членство у Великих Національних Зборах Туреччини припиняється.</p> <p>На президентських виборах, що проводяться на основі загального виборчого права, кандидат, який отримав абсолютну більшість голосів виборців, стає Президентом Республіки. Якщо ця більшість не досягнута під час першого голосування, друге голосування проводиться у другу неділю після першого голосування. У другому турі балотуються два кандидата з найвищим рейтингом у першому та кандидат, який отримав більшість голосів обирається Президентом Республіки. Якщо один з кандидатів, який має право брати участь у другому турі голосування, з якихось причин не може взяти участь у виборах, повторне голосування проводиться шляхом заміни вакантної кандидатури відповідно до порядку, визначеного в першому голосуванні. Якщо у другому голосуванні залишається лише один кандидат, це голосування проводиться шляхом референдуму. Якщо кандидат набере більшість дійсних голосів, він/ вона обирається Президентом Республіки. Якщо кандидат не набирає більшість дійсних голосів на виборах, президентські вибори поновлюються.</p> <p>Термін повноважень чинного Президента Республіки триває до вступу на посаду обраного Президента.</p> <p>Інші процедури та принципи щодо президентських виборів регулюються чинним законодавством.</p>
<p>D. Права та повноваження Стаття 104 – Президент Республіки є главою держави. У цій якості він/ вона представлятиме Турецьку Республіку та єдність турецької нації; він / вона забезпечує виконання Конституції, а також постійне та гармонійне функціонування державних органів влади. З цією метою обов'язки та повноваження, які він/вона виконуватиме, відповідно до положень, передбачених відповідними статтями Конституції, є наступними: а) Те, що стосується законодавства: Президент має право: Виголошувати, якщо він/вона вважає необхідним, вступної промови на Великих Національних Зборах Туреччини в перший день законодавчого року,</p>	<p>D. Права та повноваження Стаття 104 – Президент Республіки є главою держави. Виконавча влада належить Президенту. У цій якості він / вона представлятиме Турецьку Республіку та єдність турецької нації; він / вона забезпечує виконання Конституції, постійне та гармонійне функціонування державних органів влади. Якщо він / вона вважає необхідним, виголошує вступну промову на Великих Національних Зборах Туреччини в перший день законодавчого року. Він/вона звітує перед Зборами щодо внутрішньої та зовнішньої політики країни. Він / вона оприлюднює закони. Він / вона повертає закони до Великих Національних Зборів Туреччини з метою їх повторного перегляду.</p>

Конституція 1982 р.	Поправки, що прийняті на Референдумі 2017 року.
<p>Скликати Великі Національні Збори Туреччини, у разі необхідності; Оприлюднювати закони, Відправляти закони до Великих Національних Зборів Туреччини з метою їх перегляду, Вносити на референдум, якщо він / вона вважає необхідним, закони щодо внесення змін до Конституції. Звертатися до Конституційного Суду з проханням скасувати частину цілих чи деяких положень законів, указів, що мають силу закону та Регламенту Великих Національних Зборів Туреччини на підставі того, що вони є неконституційними за формою або за змістом, Приймати рішення щодо перевиборів Великих Національних Зборів Туреччини. б) Щодо осіб у сфері виконавчої влади: Призначити прем'єр-міністра та приймати його / її відставку; Призначити та звільняти міністрів за пропозицією Прем'єр-Міністра;</p> <p>Головувати в Раді міністрів або скликати на засідання Раду Міністрів під його / її головуванням тоді коли він / вона вважає необхідним, Акредитувати представників турецької держави в іноземних державах та приймати представників іноземних держав, призначених до Турецької Республіки, Ратифікувати та оприлюднювати міжнародні договори, Представляти Управління Верховного головнокомандувача збройними силами Туреччини від імені Великих Національних Зборів Туреччини, Приймати рішення щодо використання збройних сил Туреччини, Призначити Голову Генерального штабу, Скликати на засідання Раду національної безпеки; Головувати в Раді Національної Безпеки; Проголошувати воєнний стан або надзвичайний стан та видавати укази, що мають силу закону на підставі рішення Ради міністрів під його/її керівництвом; Нідписувати укази, Полегшувати або замінити покарання, які призначені певним особам на підставі хронічних захворювань, інвалідності або старості, Призначити членів та голову Державної Наглядової Ради; Доручити Державній Наглядовій Раді проводити дізнання, розслідування та перевірки; Призначити членів Ради вищої освіти; Призначити ректорів університетів; с) осіб, які мають відношення до судової влади:</p>	<p>Він / вона подає до Конституційного суду позов про скасування цілого або деяких положень прийнятих законів, Регламенту Великих Національних Зборів Туреччини на тій підставі, що вони є неконституційними за формою чи за змістом.</p> <p>Він / вона призначає та звільняє з посади віце-президентів та міністрів.</p> <p>Він / вона призначає та звільняє з посади високопосадовців держави, регулює процедури та принципи, що стосуються їх призначення за допомогою президентських указів.</p> <p>Він акредитує представників турецької держави в іноземні держави та приймає представників іноземних держав, призначених до Турецької Республіки.</p> <p>Він / вона ратифікує та оприлюднює міжнародні договори.</p> <p>Він / вона проводить референдум, якщо він / вона вважає необхідним, щодо законів про внесення змін до Конституції.</p> <p>Він/вона визначає політику національної безпеки та вживає необхідних заходів.</p> <p>Він/вона представляє Управління Верховного головнокомандувача збройних сил Туреччини від імені Великих Національних Зборів Туреччини.</p> <p>Він / вона приймає рішення щодо використання Збройних Сил Туреччини.</p> <p>Він / вона скасовує або замінює покарання, що призначені особам, на підставі хронічної хвороби, інвалідності та старості.</p> <p>Президент має право видавати укази у сфері виконавчої влади. Основоволожні права, права та обов'язки людини, які включені до першого та другого розділів Конституції, політичні права та обов'язки, перелічені в четвертому розділі другої частини Конституції, не регулюються указами Президента. Президент не має права видати укази з питань, які регулюються виключно законами Конституції. Президент не має права видати укази з питань, які безпосередньо регулюються законом. У разі конфлікту між указами Президента та законами через різницю положень з одного й того самого питання перевагу мають положення закону. У випадку, коли Великі Національні Збори Туреччини приймають закон по цьому питанню, указ президента втрачає чинність. Президент може видавати підзаконні акти з метою забезпечення виконання законів, за умови, якщо вони не суперечать цим законам та правилам.</p>

Конституція 1982 р.	Поправки, що прийняті на Референдумі 2017 року.
<p>Призначити членів Конституційного Суду; одну четверту членів Державної Ради, Головного Прокурора та заступника головного прокурора Вищого апеляційного суду; членів Вищого військового апеляційного суду; членів Вищого військового апеляційного суду; членів Вищого військового адміністративного суду, Адміністративного суду та членів Вищої Ради суддів і прокурорів.</p> <p>Президент Республіки також здійснює виборчі повноваження та призначення, а також виконує інші обов'язки, покладені на нього/неї відповідно до Конституції та законів.</p> <p>Підзвітність та звітність Президента СТАТТЯ 105- Усі укази Президента, за винятком тих, які Президент Республіки має право приймати самостійно без підписів Прем'єр-міністра та відповідного міністра відповідно до положень Конституції та інших законів підписуються прем'єр-міністром та відповідними міністрами; прем'єр-міністр та відповідний міністр несуть відповідальність за ці укази.</p> <p>Апеляція до будь-якого судового органу щодо рішень та розпоряджень, підписаних Президентом Республіки за власною ініціативою є неможливою, включаючи Конституційний Суд.</p> <p><i>Президент</i> несе відповідальність за державну зраду тільки в порядку імпичменту за пропозицією принаймні однієї третини від загальної кількості членів Великих Національних Зборів Туреччини та за рішенням щонайменше трьох четвертих від загальної кількості членів парламенту.</p>	<p>Укази та підзаконні акти набирають чинності з дня їх опублікування в Офіційному Віснику, якщо не визначена дата пізнішої публікації.</p> <p>Президент Республіки також здійснює повноваження щодо виборів, призначення посад та виконує інші обов'язки, покладені на нього/неї Конституцією та законами.</p> <p>Кримінальна відповідальність Президента СТАТТЯ 105 – [Парламентське] розслідування може бути ініційоване абсолютною більшістю голосів від загальної кількості членів Великих Національних Зборів Туреччини, в якому зазначається про вчинення злочину президентом.</p> <p>Збори обговорюють цей запит не більше одного місяця і мають право прийняти рішення щодо відкриття розслідування за більшістю у три – п'ятих голосів шляхом таємного голосування.</p> <p>У разі прийняття рішення щодо початку розслідування, воно проводиться комісією з п'ятнадцяти членів, обраних шляхом жеребкування з кожної політичної партії в Зборах, окремо з трьох кандидатів, призначених на три терміни на кожну посаду, що зарезервовані для партійних груп пропорційно до кількості місць. Комітет подає звіт Зборам про результати розслідування протягом двох місяців. У разі, якщо розслідування не закінчиться протягом відведеного часу, комітету надається подальший і остаточний період розгляду справи строком в один місяць.</p> <p>Звіт, після його подання до Офісу Співкерів розповсюджується протягом десяти днів та обговорюється на Пленарному засіданні протягом десяти днів після його розповсюдження.</p> <p>Великі Національні Збори Туреччини можуть прийняти рішення щодо передачі справи на розгляд Верховного Суду двома третинами голосів від загальної кількості членів парламенту шляхом таємного голосування. Судовий розгляд справи у Верховному Суді має завершитися за три місяці, якщо судовий розгляд не закінчиться протягом відведеного часу, надається один раз додаткові три місяці і судовий розгляд справи має бути остаточно завершений протягом цього періоду часу.</p> <p>Президент щодо якого розпочато розслідування не має права приймати рішення щодо проведення виборів.</p> <p>Термін повноважень Президента, який засуджений Верховним Судом за злочин, який перешкоджає йому бути обраним, припиняється.</p> <p>За передбачувані правопорушення, скоєні протягом строку повноважень, положення цієї статті також застосовуються після закінчення терміну повноважень Президента.</p>

Конституція 1982 р.	Поправки, що прийняті на Референдумі 2017 року.
<p>Г. Виконання обов'язків Президента Республіки СТАТТЯ 106 – У разі тимчасової відсутності Президента Республіки через хворобу, виїзд за кордон або подібні обставини, доки Президент Республіки не відновить свої функції та в разі якщо посада президента є вакантною внаслідок смерті, відставки або з будь-якої іншої причини, до виборів нового Президента Республіки, спікер Великих Національних Зборів Туреччини виконуватиме обов'язки Президента Республіки та здійснюватиме повноваження Президента Республіки.</p>	<p>Г. Віце-президенти, виконуючий обов'язки Президента та міністри СТАТТЯ 106 – Після обрання, Президент має право призначити одного або більше віце-президентів.</p> <p>У разі, якщо посада Президента з будь-яких причин звільниться, вибори Президента проводяться через сорок п'ять днів. До обрання нового президента, віце-президент виконуватиме обов'язки президента, який виконуватиме повноваження Президента. Якщо загальні вибори мають відбутися протягом року або менше, вибори до Великих Національних Зборів Туреччини повинні бути поновлені разом з виборами Президента. Якщо загальні вибори мають відбутися більш ніж за рік, новообраний президент продовжує працювати до дати виборів Великих Національних Зборів Туреччини. Для Президента, який закінчує цей залишковий період, цей часовий проміжок не вважається строком повноважень. Обидва вибори проводяться разом з датою загальних виборів до Великих Національних Зборів Туреччини.</p> <p>У разі тимчасової відсутності Президента Республіки через хворобу, виїзд за кордон або подібні обставини, Віце-президент виконує обов'язки Президента Республіки та здійснює повноваження Президента Республіки.</p> <p>Віце-президенти та міністри призначаються з числа тих, хто має право бути обраними депутатами та звільнені Президентом Республіки.</p> <p>Віце-президенти та міністри складають присягу перед Великими Національними Зборами Туреччини, як визначено у статті 81. Якщо члени Великих Національних Зборів Туреччини призначаються віце-президентами або міністрами, їх членство в парламенті припиняється.</p> <p>Віце-президенти та міністри несуть відповідальність перед Президентом. [Парламентський] Запит на проведення розслідування на підставі вчинення злочину, що пов'язане зі зловживанням службових обов'язків може бути ініційованим щодо віце-президентів та міністрів шляхом подання абсолютної більшості голосів від загальної кількості членів Великих Національних Зборів Туреччини. Збори обговорюють цей запит протягом одного місяця і можуть прийняти рішення щодо відкриття розслідування отримавши три-п'ять голосів шляхом таємного голосування.</p> <p>Якщо приймається рішення щодо початку розслідування, воно проводиться комісією з п'ятнадцяти членів, обраних шляхом жеребкування від кожної політичної партії в Асамблеї, окремо з трьох кандидатів, призначених на три терміни на кожну посаду, що зарезервовані для партійних груп пропорційно до кількості місць. Комітет подає свій звіт про результати розслідування до апарату спікера протягом двох місяців. У разі, якщо розслідування не закінчиться протягом відведеного часу, комітету надається подальший і остаточний період в один місяць.</p>

Конституція 1982 р.	Поправки, що прийняті на Референдумі 2017 року.
	<p>Звіт, після подання до апарату спікера розповсюджується протягом десяти днів та обговорюється на пленарному засіданні протягом десяти днів після його розповсюдження. Великі Національні Збори Туреччини можуть прийняти рішення про передачу справи до Верховного Суду більшістю у дві третини від загальної кількості членів шляхом таємного голосування. Судовий розгляд справи у Верховному Суді має завершитися протягом трьох місяців, якщо судовий розгляд не закінчиться протягом відведеного часу, додаткові три місяці надаються один раз і судовий розгляд повинен бути остаточно завершений протягом цього часу.</p> <p>За передбачувані правопорушення, пов'язані із завданнями, що скоєні під час їх повноважень, також застосовуються положення пунктів (5), (6) та (7) після припинення їхніх службових обов'язків.</p> <p>Термін повноважень віце-президента чи міністра, який засуджений Верховним Судом за злочин, що перешкоджає обранню, припиняється.</p> <p>Протягом терміну повноважень за передбачувані правопорушення, не пов'язані з повноваженнями, віце-президенти та міністри користуються депутатською недоторканністю.</p> <p>Формування, скасування, функції, повноваження та організація, а також формування центральної та регіональної організації міністерств регулюються указами Президента.</p>

Аналіз конституційних змін у сфері виконавчої влади дає змогу констатувати, що в Туреччині більше не має посади прем'єр-міністра. Президент, чий офіс до цього часу виконував в основному урочисту роль, зараз є головним органом виконавчої влади. Президент відповідає за призначення та звільнення віце-президентів, міністрів та вищих посадових осіб. Він вирішує, скільки їх буде, і парламент не має права голосу з цих питань. Члени його кабінету не можуть бути членами парламенту. Президент може видавати укази, які набувають юридичної сили після їх публікації в Офіційному віснику уряду, схвалення парламентом не потрібно. До реформи президент був відданий політичному нейтралітету; тепер він може залишатися прикріпленим до партії. Таким чином, президент є головою найбільшої партії, що робить його лідером більшості – він ефективно контролює парламент.

Отже, референдум 2017 року розпочав демілітаризацію Конституції 1982 року і змінив основи турецької державності, закладеної у 1920 рр. засновником Турецької Республіки Мустафою Кемалем Ататюрком. Зокрема, зменшився вплив армії на політичне та громадське життя країни. Можемо казати про те, що ці поправки також змінили ситуацію, коли існувала можливість скасувати демократичний вибір громадян за допомогою конституційного суду та армії. Важливим є той факт, що технічно президент може виконувати обов'язки лише два п'ятирічні строки, але ПСР створила лазівку: якщо парламент вирішить провести нові вибори протягом другого терміну президента, останньому дозволено брати участь ще раз. За новою президентською системою попередні терміни не враховуються, що дає Р. Т. Ердогану новий старт. Використовуючи лазівку, він теоретично може залишатися при владі до 2033 року.

Ця тема знайшла відображення в наукових працях багатьох турецьких дослідників. Так, турецький дослідник З. Йилмаз вважає, що уряд ПСР, застосовуючи драконівські

закони та судові репресії прагне зменшити вплив демократичної опозиції, яка не матиме сміливості або спроможності кинути виклик зростаючому авторитаризму в країні. З цієї причини правовий режим партії поєднує в собі повне підпорядкування судової влади виконавчій владі із поєднанням стратегій використання судових репресій з метою демобілізації усіх джерел опозиції та придушення появи будь-яких можливих альтернатив у рамках діючого політичного блоку. Таким чином, на думку дослідника, правова система, що склалася в Туреччині, стає надзвичайно важливою у дисциплінуванні демократичної опозиції та перемозі над старими державними військовими правлячими елітами, колами столиці та старими союзниками партії [7, с. 267].

Таку думку не поділяють інші турецькі дослідники С. Гюленер та Н. Міш, які вважають, що виконавча та законодавча гілки влади зміцняться при президентській формі правління, а ймовірність виникнення політичних інтриг через конфлікт інтересів виконавчих та законодавчих органів влади, неоднозначність, подвійність системи політичного правління тощо значно зменшаться. З рештою, стабільність політичної системи, на думку дослідників, відкриє як економічну стабільність у новій правовій системі Туреччини так і забезпечить стабільність обох гілок влади, що сприятиме поглибленню та зміцненню демократії [8].

Дослідники Д. Кава та А. Бурак аналізують позицію опозиційних партій Туреччини щодо конституційних змін та виокремлюють найголовніші негативні риси нового правового режиму Туреччини, а саме: – непропорційне збільшення повноважень Президента відкриває шлях для правління однієї людини; – нові зміни приведуть до авторитарної Туреччини; – у запропонованій правовій системі відсутня система стримування та противаги; – юрисдикція Президента розширена без обмежень; – обрання Президента всенародним голосуванням не гарантує повного представництва нації; – порушення балансу в системі стримувань і противаг може призвести до панування якоїсь однієї гілки влади в новій правовій системі; – нова правова система пропонує одноосібне правило. Головна опозиційна партія Туреччини HDP взагалі бойкотувала парламентське голосування, стверджуючи, що поправки до конституції призведуть до правління однієї людини [9, с. 102].

Позиція Європейського Союзу (далі – ЄС) щодо демократичної форми правління в Туреччині залишається незмінною і досить чітко відобразилась у його подальших діях щодо країни. Так, у 1993 р. Європейська рада на саміті в Копенгагені визначила політичні критерії, яким повинна відповідати країна-кандидат для вступу до Союзу, наступним чином: «Стабільність інститутів, що гарантують демократію, верховенство права, права людини та повагу та захист меншин». Ще до проведення Референдуму, у листопаді 2016 року, Європарламент закликав Комісію та держав-членів ЄС ініціювати тимчасове заморожування переговорів про вступ з Туреччиною оскільки репресивні заходи в рамках держави надзвичайні ситуації непропорційні та порушують основні права та свободи демократичних цінностей, на яких заснований ЄС. Після прийняття конституційних поправок на Референдумі 2017 року, в останній доповіді Європейської комісії щодо Туреччини від 6 жовтня 2020 р. вказується, що на даний час немає місця для відкриття нових розділів переговорів [10]. Відступ Туреччини у всіх сферах, що стосуються Копенгагенських політичних критеріїв, підірвав політичну та правову основу переговорів щодо членства Туреччини до ЄС. ЄС ніколи не припиняв переговори про вступ із країною-кандидатом, за виключенням Норвегії та Ісландії, які самі повідомили ЄС про своє бажання не продовжувати переговори. Якщо ЄС вирішить офіційно зупинити або припинити переговори про вступ з Туреччиною, йому доведеться виконати офіційні кроки, що описані в рамках угоди між ЄС та Туреччиною (2005 р.) в якій йдеться про те, що у разі серйозного та постійного порушення в Туреччині принципів свободи, демократії, поваги прав людини та основних свобод та верховенства права, на якому засновано Союз, Комісія за власною ініціативою або на прохання однієї третини держав-членів рекомендуватиме призупинення переговорів та запропонувати умови для можливого відновлення [11].

Висновки і пропозиції. Отже, аналізуючи сказане вище, можна зробити такі висновки:

- наслідки референдуму є неоднозначними. Так, одні джерела вказують на те, що уряд Туреччини, застосовуючи драконівські закони та судові репресії прагне зменшити вплив демократичної опозиції, яка не матиме сміливості або спроможності кинути виклик зростаючому авторитаризму в країні. Інші, переконані, що виконавча та законодавча гілки влади зміцняться при президентській формі правління, а ймовірність виникнення політичних інтриг через конфлікт інтересів виконавчих та законодавчих органів влади;
- в західних ЗМІ ведеться дискусія про те, до якої моделі відноситься обрана в Туреччині модель президентства – американської чи французької. В результаті учасники цих дискусій дійшли висновку, що подібної в світі ще не зустрічалось. Є усі підстави вважати, що винесена на референдум у Туреччині президентська модель є суто турецьким політичним ноу-хау у сфері формування державної влади. На сьогоднішній день Туреччина займає 110-е місце зі 165 країн в Індексі демократії 2020 року як одна з найбільш і найменш демократичних країн у світі, що є очевидною ознакою того, куди рухається демократія країни.

Список використаної літератури

1. Zafer Y. (2020) Erdoğan's presidential regime and strategic legalism: Turkish democracy in the twilight zone. *Southern European and Black Sea Studies*, 2, 265–287. URL: <https://doi.org/10.1080/14683857.2021.1745418>.
2. Gülen S., Miş N. (2017) Constitutional Framework of executive presidency in Turkey. SETA, 29, 1–32. URL: <https://setav.org/en/assets/uploads/2017/04/ExecutivePresidency.pdf>.
3. Marsalek – Kawa J., Burak A. (2018) The Political System of the Republic of Turkey, Past and Present. PP, 3, 95–108. URL: <https://doi.org/10.14746/pp.2018.23.3.7>.
4. Abad Andrade M. (2017, January, 27) The Turkish Constitutional Court under the Amended Turkish Constitution. Research gate, 1–3. URL: https://www.researchgate.net/publication/313772165_The_Turkish_Constitutional_Court_under_the_Amended_Turkish_Constitution.
5. Constitution of the Republic of Turkey. (1982, November, 7) UNHCR. The UN Refugee Agency. URL: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b5be0.html>.
6. Turkey's Constitution of 1982 with Amendments through 2017. (2021, March, 31). Constitute 1–92. URL: https://www.constituteproject.org/constitution/Turkey_2017.pdf?lang=en.
7. Zafer Y. (2020) Erdoğan's presidential regime and strategic legalism: Turkish democracy in the twilight zone. *Southern European and Black Sea Studies*, 2, 265–287. URL: <https://doi.org/10.1080/14683857.2020.1745418>.
8. Gülen S., Miş N. (2017) Constitutional Framework of executive presidency in Turkey. SETA, 29, 1–32. URL: <https://setav.org/en/assets/uploads/2017/04/ExecutivePresidency.pdf>.
9. Marsalek – Kawa J., Burak A. (2018) The Political System of the Republic of Turkey, Past and Present. PP, 3, 95–108. URL: <https://doi.org/10.14746/pp.2018.23.3.7>.
10. Commission Staff Working Document. Turkey 2020 Report. (2020, October, 6). European Commission, 355. URL: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/turkey_report_2020.pdf.
11. Negotiation Framework EU – Turkey (2005, October 3). Council of the European Union, 9. URL: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/turkey/st20002_05_tr_framedoc_en.pdf.

References

1. Zafer Y. (2020) Erdoğan's presidential regime and strategic legalism: Turkish democracy in the twilight zone. *Southern European and Black Sea Studies*, 2, 265–287. URL: <https://doi.org/10.1080/14683857.2021.1745418>.
2. Gülen S., Miş N. (2017) Constitutional Framework of executive presidency in Turkey. SETA, 29, 1–32. URL: <https://setav.org/en/assets/uploads/2017/04/ExecutivePresidency.pdf>.
3. Marsalek – Kawa J., Burak A. (2018) The Political System of the Republic of Turkey, Past and Present. PP, 3, 95–108. URL: <https://doi.org/10.14746/pp.2018.23.3.7>.
4. Abad Andrade M. (2017, January, 27) The Turkish Constitutional Court under the Amended Turkish Constitution. Research gate, 1–3. URL: https://www.researchgate.net/publication/313772165_The_Turkish_Constitutional_Court_under_the_Amended_Turkish_Constitution.
5. Constitution of the Republic of Turkey. (1982, November, 7) UNHCR. The UN Refugee Agency. URL: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b5be0.html>.

6. Turkey's Constitution of 1982 with Amendments through 2017. (2021, March, 31). Constitute 1–92. URL: https://www.constituteproject.org/constitution/Turkey_2017.pdf?lang=en.
7. Zafer Y. (2020) Erdoğan's presidential regime and strategic legalism: Turkish democracy in the twilight zone. *Southern European and Black Sea Studies*, 2, 265–287. URL: <https://doi.org/10.1080/14683857.2020.1745418>.
8. Güleler S., Miş N. (2017) Constitutional Framework of executive presidency in Turkey. *SETA*, 29, 1–32. URL: <https://setav.org/en/assets/uploads/2017/04/ExecutivePresidency.pdf>.
9. Marsalek – Kawa J., Burak A. (2018) The Political System of the Republic of Turkey, Past and Present. PP, 3, 95–108. URL: <https://doi.org/10.14746/pp.2018.23.3.7>.
10. Commission Staff Working Document. Turkey 2020 Report. (2020, October, 6). European Commission, 355. URL: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/turkey_report_2020.pdf.
11. Negotiation Framework EU – Turkey (2005, October 3). Council of the European Union, 9. URL: https://ec.europa.eu/neighbourhoodenlargement/sites/near/files/pdf/turkey/st20002_05_tr_framedoc_en.pdf.

Стаття надійшла 15.05.2021 р.

Э. Р. Ахмедова, канд. юрид. наук, ст. преподаватель
 Одесский государственный университет внутренних дел
 Кафедра языковой подготовки
 ул. Успенская, 1, Одесса, 65012, Украина
 e-mail: e.r.akhmedova@gmail.com
 ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0916-3677>

РАСШИРЕНИЕ ПОЛНОМОЧИЙ ПРЕЗИДЕНТА ТУРЦИИ: НОВЫЙ ПРАВОВОЙ ПОРЯДОК И ЕГО ПОСЛЕДСТВИЯ

Резюме

В статье проведен сравнительно-правовой анализ статей Конституции Турции 1982 года и поправок к ней в сфере исполнительной ветви власти, которые были внесены на всенародный референдум Турции в 2017 году. Анализируются последствия конституционной реформы на дальнейшее демократическое развитие Турции, а также возможное превращение Турции в страну с авторитарной формой правления. В статье исследуются труды турецких и зарубежных исследователей о влиянии новой политической системы на независимость всех ветвей власти, а также анализируется международно-правовая позиция Европейского Союза относительно конституционных изменений в контексте выполнения копенгагенских критериев, необходимых для вступления Турции членства в Европейском Союзе и возможность закрытия переговоров по вступлению Турции в Европейский Союз.

Ключевые слова: Конституция 1982, Копенгагенские критерии, Референдум 2017, авторитаризм, Турция, Европейский Союз.

E. R. Ahmedova, Candidate of Juridical Sciences, Senior Lecturer
Odessa State University of Internal Affairs
Department of Language Training
Uspenskaya Str., 1, Odessa, 65012, Ukraine
e-mail: e.r.akhmedova@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0916-3677>

EXPANDING THE POWERS OF THE TURKEY'S PRESIDENT: NEW LEGAL ORDER AND ITS CONSEQUENCES

Summary

The article provides a comparative legal analysis of the articles of the Constitution of Turkey in 1982 and amendments to it in the executive branch, which were submitted to the national referendum of Turkey in 2017. The consequences of the constitutional reform on the further democratic development of Turkey are analyzed, as well as the possible transformation of Turkey into a country with an authoritarian form of government. The article examines the work of Turkish and foreign researchers on the impact of the new political system on the independence of all branches of government, and analyzes the international legal position of the European Union on constitutional changes in the context of fulfilling the Copenhagen criteria for Turkey's membership in the European Union and the possibility of closing negotiations on Turkey's accession to the European Union.

It is stated that under the 1982 constitution, Turkey was a parliamentary republic in which real power belonged to the head of government, and the country's president performed mainly representative functions. The latest amendments to Turkey's basic law were made after a referendum on September 12, 2010 to bring it in line with European Union standards. The referendum began the demilitarization of the 1982 constitution and changed the foundations of Turkish statehood, laid in the 1920s by the founder of the Turkish Republic, Mustafa Kemal Atatürk. In particular, the influence of the army on the political and social life of the country has decreased.

It is said that by applying draconian laws and judicial repression the President seeks to reduce the influence of the democratic opposition, which will not have the courage or ability to challenge the growing authoritarianism in the country. For this reason, the party's legal regime combines the full subordination of the judiciary to the executive with a combination of strategies to use judicial repression to demobilize all sources of opposition and to suppress any possible alternatives within the current political bloc.

Keywords: Constitution 1982, Copenhagen criteria, Referendum 2017, authoritarianism, Turkey, European Union.

УДК 347.91; 346.91; 342.9

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2021.42.232409>

С. В. Васильєв, канд. юрид. наук, доцент
Харківська обласна державна адміністрація
вул. Сумська, 64, Харків, 61002, Україна
e-mail: sv.vasiliev2015@gmail.com
ORCID: 0000-0002-7403-8162

«НЕВИЗНАЧЕНІСТЬ» У МЕХАНІЗМІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН ТА ЮРИДИЧНІ ІНСТРУМЕНТИ ЇЇ УСУНЕННЯ

Визначеність у праві – це одне з найважливіших його якостей. Разом з тим, невизначеність у праві крім своєї негативної сторони, має і позитивну сторону, її також слід розглядати як відому якість, властивість права.

Незважаючи на досить високий рівень регламентації процесуальних правовідносин, зумовлених вимогами процесуальної форми, їх різноманітність детермінує наявність в нормах процесуальних галузей права невизначених, як правило, оціночних понять і категорій.

Предметом дослідження автора є особливості прояву правової невизначеності в сфері регулювання процесуальних правовідносин під час здійснення правосуддя у цивільних (господарських, адміністративних) справах, а також виявлення особливостей застосування окремих юридичних інструментів щодо подолання (усунення) такої невизначеності у механізмі правового регулювання процесуальних правовідносин.

Пропонується віднести до юридичних інструментів щодо усунення невизначеності у механізмі правового регулювання процесуальних правовідносин застосування норм-принципів, нетрадиційних (нетипових, новітніх) джерел процесуального права (правова доктрина, судовий прецедент), процедур тлумачення і конкретизації, конструкцій презумпції і фікції, аналогія закону і аналогія права.

Автором відстоюється позиція, що трансформація невизначеності у визначеність у процесуальному праві здійснюється через свободу розсуду правозастосовувача щодо застосування окремих, норм, категорій і конструкцій, що обумовлюється межами об'єктивної реальної дійсності, динамікою суспільного розвитку та вдосконалістю прав і обов'язків учасників правовідносин.

Ключові слова: права визначеність, невизначеність у праві, судочинство, норми-принципи, оціночні поняття, нетрадиційні (нетипові, новітні) джерела процесуального права, правова доктрина, судовий прецедент, тлумачення, конкретизація, аналогія закону, аналогія права, презумпції, фікції.

Постановка проблеми. Прагнення до правової визначеності – це природна мета будь-якої правової системи. Однак, оскільки життєві ситуації незмірно різноманітніші, ніж будь-які юридичні норми, оскільки заздалегідь передбачити всі нестандартні ситуації неможливо, то невід'ємною рисою правового регулювання суспільних відносин, в тому числі, і в сфері процесуальній, є поява такого явища як невизначеність у праві.

Невизначеність у сфері процесуальних правовідносин може бути обумовлена різними обставинами, до яких слід віднести наявність суперечливої, недостатньою для вирішення справи доказової бази, конкуренцію норм, колізію законів, наявність норм права з елементами, що мають абсолютно або відносно невизначений зміст, наявність прогалин у праві, протиріччя результатів тлумачення.

У всіх цих випадках правозастосовувач або інший суб'єкт стикається з необхідністю вибору варіантів вирішення того чи іншого питання, і характер невизначеностей, причини їх виникнення, шляхи усунення та подолання можуть бути різними. Разом з тим, невизначеність у процесуальному праві крім на перший погляд своєї негативної сторони, має і позитивну сторону, і її слід розглядати як властивість права.

Підтверджується позиція, що трансформація невизначеності у визначеність як у матеріальному так і у процесуальному праві здійснюється через свободу розсуду право-

застосовувача щодо застосування окремих, норм, категорій і конструкцій, що обумовлюється межами об'єктивної реальної дійсності, динамікою суспільного розвитку та вдосконалістю прав і обов'язків учасників правовідносин.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. «Визначеність» та «невизначеність» відомі як філософські категорії та неодноразово входили до предмету дослідження у сфері теорії права. Однак, довгий час вказані дослідження щодо визначеності та невизначеності проводилися головним чином в процесі вирішення інших наукових проблем, як би «транзитом», не приділяючи уваги таким категоріям як окремі науковій проблемі теорії права.

Питання невизначеності у праві піднімалися у роботах таких теоретиків права як С.С. Олексієва, Є.В. Васьковського, С.П. Погребняка, А.С. Шабурова, Ю.М. Тодикі. Окремим напрямом досліджень стала тема принципу визначеності у праві (Л. Богачова, М. Магрело, Ю. Матвєєва, А. Приймак, А. Чернота та ін.).

В теорії процесуальних галузей права за останнє десятиліття стали актуальними дослідження основних засад «справедливого судочинства», що ґрунтується на ст. 6 Європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (П. Гуйван, М. Гульгай, У. Коруц, А. Приймак, С. Шевчук та ін.). Одним із основних засад «справедливого судочинства» вважається принцип верховенства права, складовою частиною якого є правова визначеність, яка у правозастосуванні передбачає вимогу виконання нормативно-правових актів, використання практики уточнення (конкретизації) змісту нормативно-правових актів, одноманітності застосування законів, остаточність й обов'язковість рішень судів щодо застосування закону.

Разом з тим, проблема існування елементів невизначеності у механізмі правового регулювання в окремих галузях процесуального права (цивільне, господарське, адміністративне) та виявлення особливостей усунення такої невизначеності, залишається без проведення комплексного дослідження.

Метою статті є виявлення та дослідження особливостей застосування окремих юридичних інструментів щодо подолання (усунення) невизначеності у механізмі правового регулювання процесуальних правовідносин під час здійснення правосуддя у судах цивільної (господарської, адміністративної) юрисдикції.

Виклад основного матеріалу. Будь-якій матерії, в тому числі і правовій, властиві такі якості як визначеність і невизначеність. Зазначені категорії, з точки зору свого змісту, мають багатозначний і багаторівневий характер.

Так, у вузькому значенні правова визначеність обмежується нормами позитивного права, їх особливими юридико-технічними характеристиками, тобто, мова йде про визначеність правових норм. У більш широкому значенні вимога визначеності охоплює всі рівні правового регулювання, і передбачає, зокрема: доступність законодавства, його передбачуваність, доступність рішень судів, стабільність і послідовність закону та його застосування на практиці, відсутність зворотної сили закону, охорону правомірних очікувань, дотримання принципів *nullum crimen sine lege i nulla poena sine lege*, а також додержання засади *res judicata* [1, р. 15–17].

У науковій юридичній літературі, «невизначеність», як парна категорія до поняття «визначеність» характеризується дwoяко: *негативно* – як дефект правового регулювання, що означає нетипове, неповне і непослідовне закріплення в праві комплексу заходів належної поведінки відповідних суб'єктів права (в широкому значенні) або як техніко-юридичний дефект тексту законодавства (у вузькому значенні) та *позитивно* – невизначеність елементів правової норми (диспозиції, санкції) складає умову свободи вибору найбільш доцільних і прийнятних з точки зору правозастосування варіантів рішення, а, отже, правова невизначеність дозволяє враховувати особливості та динаміку розвитку суспільних відносин [2, с. 36].

З точки зору юридичної техніки, як системи укладених у юридичній практиці правил і прийомів здійснення уповноваженими суб'єктами діяльності, скерованої на підготовку правових актів, «правова невизначеність», однозначно, є явищем негативним,

дефектним. Зрозуміло, що «невизначеність», як відступ від стандартів точності вираження права (мовних, логічних, графічних), прояв неузгодженості і незбалансованості юридичних норм, виявлення прогалин у права, веде до зниження регулятивних властивостей права, ускладнює тлумачення його положень і перешкоджає їх ефективній реалізації. Вказаний аспект «правової невизначеності» неодноразово виступав предметом дослідження вчених-юристів [3], тому не є для нас актуальним. Для нас становить інтерес інший аспект «правової невизначеності», а саме проблема невизначеності як способу правового регулювання.

Безумовно, законодавець повинен прагнути до визначеності правової ситуації в практичному житті. Однак, ця визначеність повинна досягатися не тільки за допомогою детального викладу правової норми. Самі правові механізми в необхідних випадках повинні бути сконструйовані так, щоб в практичній ситуації, з урахуванням доцільності і гнучкості як умов оптимального праворегулювання, вони б давали можливість досягнення визначеності в діях суб'єктів права [4, с. 11]. Іншими словами, «жорстке» регулювання не завжди доцільно і часто об'єктивно неможливо. Тому невизначений зміст норми, можливість вибору варіантів дає підставу виділити такого плану юридичні приписи в окрему групу. А отже, слід зазначити, що «невизначеність» є рисою права, якій притаманний позитивний зміст і, яка не обов'язково має негативний характер.

Невипадково в юридичній літературі пропонується визначати невизначеність як *біпорядний феномен*, оскільки це не тільки прояв недосконалості, невідповідності, дефект права, а й позитивне явище в праві, яке може виступати одним з дієвих засобів правового регулювання. Саме невизначеність дозволяє здійснювати індивідуальне регулювання, є можливістю розумного розсуду при правореалізації [5, с. 106–113]. На думку В. Н. Парашенко, саме правова невизначеність: (а) дозволяє уникнути «стандартизації», законодавчої вирішеності в поведінці суб'єктів правозастосування, типізації фактичних ситуацій, які самі не можуть бути раз і назавжди однозначними, позбавленими динаміки; (б) сприяє стабільності і компактності закону за рахунок формалізації в ньому лише основоположних норм і категорій [6, с. 192].

Крім того, необхідно враховувати і особливості становлення категорій правової визначеності та невизначеності залежно від їх функціонування (використання) у різних правових системах. Так, якщо система континентального права якомога більше акцентує на принципі правової певності (визначеності), то система загального права наголошує й на природній правовій невизначеності [7, с. 60]. Однак, як ми бачимо, процес правової конвергенції, все більше стирає межі між різними правовими системами щодо вказаних правових інституцій, залишаючи можливість науковцям та практикам самим визначати недоліки та переваги категорій, що досліджуються, у різних сферах права.

Правова невизначеність притаманна мабуть усім національним галузям права. Не є виключенням і процесуальні галузі, де «невизначеність» має свої особливості і специфічні форми. Так, самою розповсюдженою формою правової невизначеності виступають оціночні поняття, що мають властивості абстрактності, неконкретизованості, і визначаються у науковій юридичній літературі як правові конструкції, які виражають в абстрактній формі дефініцію, або положення, або інше найменування правозначимих предметів, об'єктів або явищ шляхом вказівки на їх узагальнені, найбільш типові ознаки, що містяться в правовому масиві, з метою забезпечення гнучкості та повноти правового регулювання, стабільного і ефективного розвитку правових відносин [4, с. 10]. Саме оціночні поняття є «містком, природним зв'язком засад нормативно-правового формалізму і практичного життя» [8, с. 12].

Так, у процесуальних кодексах України (далі – ЦПК, ГПК, КАС) ми зустрічаємо такі категорії та норми як «добросовісність» – «учасники судового процесу та їхні представники повинні добросовісно користуватися процесуальними правами» (ст. 44, ст. 81 ЦПК, ст. 43 ГПК, ст. 44, 45 КАС), «добросовісне виконання процесуальних обов'язків» (ст. 131 ГПК, ст. 144 КАС); «розумність» – «суд має встановлювати розумні строки для вчинення процесуальних дій» (ст. 3, ст. 121 ЦПК, ст. 114, 190 ГПК, ст. 119 КАС), «розумний сум-

нів» (ст. 293 ГПК, ст. 333 КАС); «загальновідомість» – «обставини, визнані судом загальновідомими, не потребують доказування» (ст. 82 ЦПК, ст. 78 КАС), «внутрішнє переконання» – «суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням» (ст. 89 ЦПК, ст. 79, 86 ГПК, ст. 76, 90 КАС); «власний розсуд» (ст. 14 ГПК); «розсудливість» – «у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень адміністративні суди перевіряють, чи прийняті (вчинені) вони розсудливо» (ст. 2 КАС) і т.п. Крім вже згаданих можна зазначити також «неупередженість» щодо вимоги до судді, «співмірність» щодо забезпечення позову та визначення судових витрат, «справи незначної складності» що до питань юрисдикції та ін.

Слід зазначити, що законодавець, закріплюючи так звані «невизначені» норми, в той же час передбачає юридичні способи за допомогою яких він «делегує» правомочності продовжити процес правотворення на рівень реалізації (застосування) зазначених норм. Використання таких способів викликано необхідністю, по-перше, надати учасникам правових відносин алгоритму правомірної поведінки в ситуаціях невизначеності у праві і, по-друге, надати праву велику гнучкість для оперативного реагування на «еволюцію об'єкту правового регулювання» [9, с. 12]. Отже, подібні юридичні способи містять в собі елементи невизначеності на рівні законодавства; але разом з тим, вони дозволяють зняти стан невизначеності на рівні конкретної ситуації. До таких способів слід віднести норми-принципи, «нетипові» джерела цивільного процесуального права, наприклад, судові доктрини, судовий прецедент, процедури тлумачення і конкретизації, конструкції презумпції і фікції, аналогію закону і аналогію права.

Розглянемо вказані способи більш детально.

Норми-принципи. Принципи права, які отримали безпосереднє закріплення в тексті нормативно-правових приписів, в юридичній літературі виділяють в якості особливого різновиду правових норм, а саме норм-принципів, що закріплюють установчі за своєю суттю правоположення найбільш високого рівня узагальнення і абстрагування.

Мається на увазі текстуальний (прямий, безпосередній) спосіб закріплення (фіксації) правових принципів в позитивному праві, коли принципи знаходять своє безпосереднє закріплення в тексті конкретних нормативно-правових приписів і стають нормами-принципами, які мають всі властивості норм права, хоча і дія їх змісту поширюється далеко за межі конкретної норми, в якій він (зміст принципу) фіксується. Отже, (1) нормативно закріплені принципи права служать базою, підставою правоінтерпретаційного процесу; вони сприяють однаковому тлумаченню, а значить, розумінню і застосуванню норм права; (2) прямо сформульовані в нормах позитивного права правові принципи стають чітким орієнтиром для правозастосовувача [10, с. 8].

Як приклади текстуального закріплення принципів права можна привести норми, що містяться в ст. 2 ЦПК України «Завдання та основні засади цивільного судочинства» (наприклад, пропорційність, розумність строків розгляду справи судом, неприпустимість зловживання процесуальними правами).

Таким чином, принципи права, що відрізняються високим ступенем абстрактності та узагальнення, (1) знаходять своє закріплення у формі загальних нормативних приписів (нормах-принципах), (2) перетворюються у систему імперативних вимог, які визначають зміст правового регулювання, (3) отримують пріоритетний характер, оскільки всі норми законодавства повинні їм відповідати. Отже, норми-принципи можуть виступати безпосередніми регуляторами правовідносин, у тому числі і процесуальних.

Універсальною тенденцією сучасного правового розвитку є розширення кола джерел процесуального права. **Нетрадиційні (нетипові, новітні) джерела процесуального права** характеризуються тим, що вони довгий час були непритаманні національній правовій системі (правова доктрина, судовий прецедент).

Правова доктрина – це система уявлень (ідей) про право, що сформульована вченими-юристами, з метою забезпечення порядку в суспільних відносинах і вирішення юридичних казусів, яка має письмове вираження і санкціонована державою.

Призначення правової доктрини виявляється в такому: (1) доктрина сприяє усуненню прогалин у праві, усуває суперечливість правових норм; (2) доктрина забезпечує тлумачення права відповідно до його букви і духу; (3) правова доктрина як система уявлень і цінностей впливає на свідомість і волю всіх суб'єктів правової діяльності, починаючи з правотворців і правозастосовників і закінчуючи суб'єктами правовідносин [11, с. 29].

До переваг правової доктрини слід віднести: (а) високий рівень науковості, який забезпечується вченими-юристами на основі правових поглядів (парадигм), що домінують у суспільстві; (б) індивідуалізація правової доктрини до обставин конкретної справи, що сприяє винайденню юридично вірного і справедливого рішення; (в) письмова форма вираження, що дозволяє встановити зміст правової доктрини; (г) добровільність застосування правової доктрини.

Таким чином, при наявності певних умов правова доктрина може виступати в якості самостійного джерела як права в цілому, так і джерела процесуального права зокрема.

Судовий прецедент – це судове рішення вищого органу судової влади у конкретній справі, винесене в рамках певної юридичної процедури (судочинства), що містить правове положення (правову позицію), офіційно опубліковане і володіє імперативністю застосування для аналогічних справ у майбутньому.

Основа судового прецеденту складає та мотивувальна частина судового рішення, де міститься *ratio decidendi*, що являє собою принцип, правову позицію, покладену в основу вирішення справи. Саме ця частина судового рішення містить нове правило поведінки (норму прецедентного права) та являє собою судовий стандарт – пояснення, чому саме так було вирішено конкретну справу, – якого в подальшому слід додержуватися при вирішенні наступних аналогічних справ [12, с. 36].

Судовий прецедент під час здійснення правосуддя значно зменшує правову невизначеність під час вирішення справ, крім того, усувається необхідність постійної аргументації певних правових питань, що вже були предметом судового розгляду.

Тлумачення і конкретизація. Судове тлумачення визначається у науковій літературі як інтелектуально-вольова діяльність суду зі з'ясування і офіційного роз'яснення дійсного змісту правових норм, що здійснюється за чітко визначеною процедурою та направлена на єдине і правильне вирішення юридичних справ шляхом ухвалення акта відповідної форми [13, с. 5–9].

Характерною рисою тлумачення є те, що у ньому міститься суддівський розсуд, який є чинником, що забезпечує врегулювання спірних правовідносин у ситуаціях, де прийняття справедливого рішення не може бути забезпечено тільки застосуванням норми закону в силу її невизначеності чи недосконалості.

Конкретизація права – це прийом юридичної техніки, завдяки якому досягається деталізація й уточнення положень та порядку дій абстрактної норми права за умовою збереження її сутності, який здійснюється компетентним суб'єктом та отримує вираження у тексті правового акту [14, с. 7].

Для судочинства притаманна так звана правоінтерпретаційна конкретизація, результат якої спрямований на одноманітне, визначене, точне та досконале розуміння ідеї права, тієї правової норми (принципу), яка необхідна для визначених обставин і зміст якої поглиблюється.

У науковій юридичній літературі висловлюється думка, що судовий орган у процесі своєї діяльності здійснює конкретизацію: (1) юридичних норм, що сформульовані у загальному вигляді; (2) понять, що містяться у юридичній нормі (понятійно-термінологічна правозастосовча конкретизація); (3) юридичних норм при наявності прогалин в нормативно-правових актах [15, с. 115–148].

Слід звернути увагу, що ні саме тлумачення, ні конкретизація нічого до змісту правових норм не додають. Тобто, в результаті конкретизації в регулювання тієї чи іншої сфери суспільних відносин вносяться певні елементи новизни, а тлумачення права не виходить за межі змісту норми, що тлумачиться. Тлумачення юридичної норми необхідно передусім її подальшій конкретизації. До того ж тлумачення підлягає будь-яка норма, а конкретиза-

ція можлива «лише тоді, коли сам нормодавець навмисно допускає поглиблення змісту нормативного припису (наприклад, при абстрактному формулюванні правового припису, наявності оціночних понять у змісті норми і т.п.)» [16, с. 45].

Презумпції і фікції характеризуються значною схожістю: (1) презумпції і фікції закріплюють особливі, нестандартні, положення в праві; їх використання, як правило, призводить до несовпадіння об'єктивної і юридичної реальності; (2) вони виконують подібні функції в процесі правового регулювання; їх існування обумовлено необхідністю подолання невизначеності та прогалин в законодавстві.

Призначення презумпції полягає в усуненні невизначеності в праві шляхом заповнення правових відносин відсутніми юридично значущими явищами (ставленням суб'єктів до своєї поведінки та її наслідків, юридичними фактами), без яких розвиток відповідних відносин в більшості випадків неможливий. Презумпція як юридична конструкція заснована на припущенні моделі юридично значущих явищ, сформованої на достовірних даних. Це надає можливість застосовувати її до різноманітних подібним випадкам і умов, які не враховувалися при її формуванні. У той же час це дозволяє говорити про ймовірну недостовірність висновку, покладеного в основу презумпції і, як наслідок, про властивості спростовності презумпції [17, с. 33]. У нашому випадку можна говорити про презумпцію добросовісності учасників судового процесу, презумпцію розумності процесуального строку.

Юридична фікція – це особливий засіб юридичної техніки, прийом, що виражається в проголошенні існуючого факту або обставини, що в дійсності не мають місця, але за допомогою якого завідомо неправдиве положення, визнане законодавством існуючим і стало в силу цього загальнообов'язковим, умовно визнається істиною, можливість спростування якої, як правило, не має ніякого юридичного значення [18, с. 8–10].

Процесуальні фікції можна вважати засобом «юридичної економії», тому що вони спрощують провадження у справі, сприяючи скороченню обсягу доказового матеріалу, що піддається дослідженню, прискорюючи процес і полегшуючи встановлення обставин, що мають значення для правильного вирішення справи по суті.

Аналогія закону і аналогія права виступають в якості субінститутів аналогії і забезпечують єдине організаційне підґрунтя для правової оцінки обставин, що не врегульовані нормами права [19, с. 11].

У загальній теорії права обґрунтовано виділяють позитивні (відносно-визначені правові норми, оціночні поняття) і негативні (правові прогалини) невизначеності у праві. Виникнення негативної правової невизначеності є необхідною підставою для застосування аналогії права, що обумовлює діалектичний зв'язок правової невизначеності і аналогії права.

Що до аналогії закону то вона передбачає поширення чинного законодавства на ситуацію, яка безпосередньо законодавцем не передбачена. Йдеться про моделювання на підставі чинної правової норми конкретного правила, за допомогою якого вирішується справа або окреме юридичне питання. Змодельоване правило поширюється тільки на даний випадок і саме по собі не має характеру нормативного припису, оскільки відмінною рисою зазначеної процедури є той факт, що вона не може бути завершена виданням норми, що поповнює діючу систему нормативного правового регулювання [20, с. 21]. Отже, існування правової невизначеності (прогалини) в цілому зберігається.

В юридичній літературі серед інструментів усунення правової невизначеності розглядають і **моральні механізми**. Вважається, що моральність властива кожній особистості, і правозастосовувач, в тому числі суддя, не становлять винятку. Це зумовлюється фактичними відносинами, усвідомленням соціумом прав і свобод, що захищаються судом, посиленням ролі суду по вирішенню соціальних конфліктів. Тому звернення суддів до моральних цінностей обумовлено не відставанням від різноманіття соціально-економічного розвитку країни, а бажанням досягнення точності і визначеності в дії права [21, с. 405–420]. Тому в якості основних моральних засобів досягнення визначеності в першу чергу виступають такі категорії моральності як розумність та справедливість.

Слід також згадати, що окремим напрямом усунення юридичної невизначеності деякі науковці вважають необхідність *однакового використання юридичної термінології*, що передбачає єдність і системність процесуальної термінології, стабільність терміна, доступність і ясність, однозначність вживання терміна, точність і однаковість застосування юридичного терміну, стилістична нейтральність терміна, лаконічність в формулюванні терміна, неприпустимість необґрунтованого використання іноземних термінів, відповідність вживання термінів загальною нормативам [22, с. 9].

Вказана думка не є новаційною у науці процесуального права, тому слід погодитися, що існує потреба в законодавчому визначенні основних правових понять в окремій статті (тезаурус) відповідного процесуального кодексу.

Висновки і пропозиції. Проведене дослідження дозволяє дійти таких висновків. Невизначеність у механізмі правового регулювання процесуальних правовідносин – це правовий феномен, властивість правової ситуації, що передбачає можливість вільного інтелектуально-вольового (логічно-сміслового) вибору варіанту подальшої процесуальної діяльності.

Вказана «невизначеність» (1) надає гнучкість всьому регулюванню, тому що дозволяє враховувати конкретні обставини цивільної справи; (2) за допомогою обґрунтованої юридичної кваліфікації виступає засобом переходу до правової визначеності шляхом конкретизації положень норм права і фіксуванні юридично значущих фактів; (3) коригується правозастосовною (судовою) практикою в процесі вирішення конкретних спорів

Слід визнати, що подолання невизначеності процесуальних норм в судочинстві здійснюється в першу чергу кризь призму суддівського розсуду, що не направлено на задоволення приватних інтересів, а залежить від мети громадського досвіду, професійних знань, правосвідомості, історичного моменту і особливостей фактичної ситуації при її конкретному вирішенні.

У ситуаціях невизначеності в процесуальному праві саме «спеціальні юридичні інструменти» здатні запропонувати учасникам процесуальних правовідносин стійкі алгоритми правомірної поведінки.

Можливість «розсудливого» використання окремих юридичних інструментів для усунення невизначеності у механізмі правового регулювання процесуальних правовідносин суб'єктами правозастосування, хоча і має позитивний характер (результати), все ж формально передбачає ризик можливого зловживання правом. Тому, гарантом законності та обґрунтованості можливого використання вищезгаданих «юридичних інститутів» повинна виступати сталість та єдність судової практики, що забезпечується Верховним Судом.

Список використаної літератури:

1. Rule of law checklist: Adopted by the Venice Commission at its 106-th Plenary Session (Venice, 11–12.03.2016). CDL-AD (2016) 007. URL: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e) (дата звернення 25.02.2021)
2. Власенко Н. А. Неопределенность в праве: природа и формы выражения. *Журнал российского права*. 2013. № 2. С. 32–44.
3. Юридична техніка: доктринальні основи та проблеми викладання: [тези доповідей та повідомлень учасників науково-практичної конференції (м. Харків, 30 вересня – 1 жовтня 2015 року)]. Харків: Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, 2015. 178 с.
4. Власенко Н. А. Категории «неопределенности» и «определенности» в исследовании современного права. *Вестник Нижегородской академии МВД России*. 2017. № 1(37). С. 8–17.
5. Баранова М. В. Определенность и неопределенность как свойства и средства правового регулирования. Определенность и неопределенность права как парные категории: проблемы теории и практики: матер. XII междунар. науч.-практ. конф. Москва: РГУП, 2018. Ч. 1. 112 с.
6. Парашенко В. Н. Неопределенность в праве и усмотрение правоприменителя: позитив. дефекты: *Проблемы гражданского права и процесса*: зб. науч. ст. Гродно: ГрГУ, 2010. С. 185–195.
7. Агеева Г. Е. Правовые оценочные понятия: общее содержание категории. *Вопросы экономики и права*. 2013. № 8. С. 7–10.
8. Дахова І.І., Чуб О.О. Багатоаспектність принципу правової визначеності щодо сучасних конституційно-правових відносин. *Формула права*. 2017. № 4. С. 59–68.

9. Демин А.В. Неопределенность в налоговом праве и правовые средства ее преодоления: автореф. ... докт. юрид. наук: 12.00.04. Екатеринбург: 2014. 48 с.
10. Баранов А.В. Нормы-принципы в механизме правового регулирования. *Вестник Томского государственного университета*. Право. 2016. № 4 (22). С. 5–14.
11. Васильев А.А. Правовая доктрина как источник права: вопросы теории и истории: монография. Москва: Юрлитинформ, 2009. 268 с.
12. Теорія держави і права: підручник; за ред. О.В. Петришина. Харків: Право. 2015. 336 с.
13. Палешник С.І. Тлумачення в судовій практиці: поняття, особливості, види: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.01. Харків, 2016. С. 5–9
14. Гордієнко О.С. Поняття і види конкретизації в українському праві: автореф. дис...канд. юрид. наук: 12.00.01. Одеса, 2017. 22 с.
15. Залоило М.В. Понятие и формы конкретизации юридических норм: дис...канд. юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2011. С. 115–148.
16. Власенко Н.А. Конкретизация и толкование права как творческое содержание судебной практики. *Журнал российского права*. 2016. № 8. С. 43–57.
17. Рясина А.С. Оценочные категории в российском праве: современные подходы. *Актуальные проблемы российского права*. 2015. № 3(52). С. 31–37.
18. Резиньков П.М. Юридическая фикция: теоретико-правовой анализ: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.01. Ростов-на-Дону, 2012. 22 с.
19. Романенко Д.И. Аналогия права (цивилистическое исследование): автореф. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.03. Саратов, 2019. 24 с.
20. Абрамова А.И. Правоприменительная практика и ее влияние на развитие законодательства. *Журнал российского права*. 2015. № 12. С. 18–27.
21. Сидоренко О.М. Право та мораль як основні способи правового впливу на поведінку суб'єктів: Правовий вплив на неправомірну поведінку: актуальні грані: монографія. Миколаїв: Іліон, 2016. С. 405–420.
22. Нигматдинов Р.М. Проблема правовых понятий и оценочных категорий в гражданском процессуальном праве: автор. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.15. Саратов, 2004. 24 с.

References

1. Rule of law checklist: Adopted by the Venice Commission at its 106-th Plenary Session (Venice, 11–12.03.2016). CDL-AD (2016) 007. URL: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e).
2. Vlasenko N. A. (2013). Neopredelennost v prave: priroda I formy virazheniya. *Zhurnal rosiyskogo prava*. № 2. P. 32–44 [in Russian]
3. Juridichna tekhnika: doktrinalni osnovy ta problem vykladannya: [tezy dopovidey ta povidomlen uchasnikov naukovo-praktichnoi konferencii]. (2015). Kharkiv: Nats. jurid. univer im. Jaroslava Mudrogo [in Ukrainian]
4. Vlasenko N. A. (2017). Kategorii «neopredelennosti» i «opredelennosti» v issledovanii sovremennoogo prava. *Vestnik Nizhegorodskoi akademii MVD*. № 1(37). P. 8–17. [in Russian]
5. Baranova M. V. (2018). Opredelennost i neopredelonnost kak svoistva s sredstva pravovogo regulirovaniya. Opredelennost i neopredelonnost prava kak parnie kategorii: problem teorii i praktiki: mater. XII mezhdunar. nauch.–prakt. konf. Moskva, RGUP. Ch.1. [in Russian]
6. Parashchenko V.N. (2010). Neopredelennost v prave I usmotrenie pravoprimitelita: pozitiv, defekty: Problemy grazhdanskogo prava i protsesa. Grodno. GrGU. P. 185–195. [in Russian]
7. Ageeva G. E. (2013). Pravovie otsenochnye ponyatiya: obshthee sodержanie k kategorii. *Voprosy ekonomiki i prava*. № 8. P. 7–10. [in Russian]
8. Dakhova I. I., Chub O. O. (2017). Bagatoaspektnist printsipu pravovoi viznachnosti shchodo suchasnikh konstitutsiino-pravovikh vidnosin. *Formula prava*. № 4. P. 59–68. [in Ukrainian]
9. Demin A.V. (2014). Neopredelonnost v nalogovom prave i pravovie sredstva ee preodolmiya. Doctor's thesis. Ekaterinburg. [in Russian]
10. Baranov A.V. (2016). Normy-printsipy v mekhanizme pravovogo regulirovaniya. *Vestnik Tomskogo gos. universiteta*. Pravo. № 4 (22). P. 5–14. [in Russian]
11. Vasiliev A. A. (2009). Pravovaya doktrina kak istochnik prava: voprosy teorii i istorii: monografiya. Moskva, Jurlitinform [in Russian]
12. Teoriya derzhavy i prava: pidruchnik (2015). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian]
13. Paleshnik S. I. (2016). Tlumachennya v sudovii praktitsi: ponyattya, osoblyvosti, vidy. Extended abstract of candidate's thesis. Kharkiv. P. 5–9 [in Ukrainian]
14. Gordienko O. S. (2017). Ponyattya i vidy konkretizatsii v ukrainskomu pravi. Extended abstract of candidate's thesis. Odessa [in Ukrainian]
15. Zaloilo M. V. (2011). Ponyatie i formy konkretizatsii juridicheskikh norm. Extended abstract of candidate's thesis. Moskva. P. 115–148. [in Russian]
16. Vlasenko N. A. (2016). Konkretizatsiya i tolkovanie prava kak tvorcheskoe sodержanie sudebnoi praktiki. *Zhurnal rossiiskogo prava*. № 8. P. 43–57. [in Russian]

17. Ryasina A. S. (2015). Otsenochnie kategorii v rossiiskom prave: sovremnnee podkhody. Aktualnie problem rossiiskogo prava. № 3(52). P. 31–37. [in Russian]
18. Rezinkov P.M. (2012). Juridicheskaya fiktsiya: teoretiko-pravovoi analiz. Extended abstract of candidate's thesis. Rostov-na-Donu [in Russian]
19. Romanenko D.I. (2019). Analogiya prava (tsivilisticheskoe issledovanie). Extended abstract of candidate's thesis. Saratov [in Russian]
20. Abramova A.I. (2015). Pravoprimenitelnaya praktika i ee vliyaniye na razvitie zakonodatelstva. Zhurnal rossiiskogo prava. № 12. P. 18–27. [in Russian]
21. Sidorenko O.M. (2016). Pravo ta moral yak osnovni sposoby pravovogo vplyvu na povedinku subektiv. Pravovii vplyv na nepravovirnu povedinku: aktualni grani. Mykolaiv: Ilion. P. 405–420. [in Ukrainian]
22. Nigmatdinov R.M. (2004). Problema pravovykh ponyatii i ocenochnykh kategorii v grazhdanskom procesualnom prave. Extended abstract of candidate's thesis. Saratov [in Russian]

Стаття надійшла 13.05.2021 р.

С. В. Васильев, канд. юрид. наук, доцент
Харьковская областная государственная администрация
ул. Сумская, 64, Харьков, 61002, Украина
e-mail: sv.vasiliev2015@gmail.com
ORCID: 0000-0002-7403-8162

«НЕОПРЕДЕЛЕННОСТЬ» В МЕХАНИЗМЕ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ И ЮРИДИЧЕСКИЕ ИНСТРУМЕНТЫ ЕЕ УСТРАНЕНИЯ

Резюме

Определенность в праве – это одно из важнейших его качеств. Вместе с тем, неопределенность в праве кроме своей негативной стороны, имеет и положительную сторону, ее также следует рассматривать как известное качество, свойство права. Несмотря на достаточно высокий уровень регламентации процессуальных правоотношений, обусловленных требованиями процессуальной формы, их разнообразие детерминирует наличие в нормах процессуальных отраслей права неопределенных, как правило, оценочных понятий и категорий. Автором отстаивается позиция, что трансформация неопределенности в определенность в процессуальном праве осуществляется через свободу усмотрения правоприменителя по применению отдельных норм, категорий и конструкций определяется пределами объективной реальной действительности, динамикой общественного развития и усовершенствованием прав и обязанностей участников правоотношений.

Ключевые слова: правовая определенность, неопределенность в праве, судопроизводство, нормы-принципы, оценочные понятия, нетрадиционные (нетипичные, новейшие) источники процессуального права, правовая доктрина, судебный прецедент, толкование, конкретизация, аналогия закона, аналогия права, презумпции, фикции.

S. V. Vasilyev, Candidate of Juridial Sciences, Associated Professor
Kharkiv Regional State Administration
Sumskaya Str., 64, Kharkiv, 61002, Ukraine
e-mail: sv.vasilyev2015@gmail.com
ORCID: 0000-0002-7403-8162

LEGAL UNCERTAINTY IN PROCEDURAL LEGAL RELATIONS REGULATION MECHANISM AND LEGAL INSTRUMENTS OF ITS ELIMINATION

Summary

Legal certainty is one of the crucial law characteristics. However, legal uncertainty has both downsides and upsides thus they must be considered to be its common quality, its particular feature.

Despite quite an advanced procedural legal relations regulation level due to form of action requirements, the presence of uncertain generally evaluative notions and categories in provisions of branches of procedure law is determined by the multiplicity of such legal relations.

The subject of the study carried out by the author deals with specific ways of legal uncertainty manifestation in procedural legal relations regulation while justice in civil (commercial, administrative) cases is administered; the author also pays attention to identifying characteristics of specific legal instruments application in order to overcome (eliminate) such uncertainties within legal relations regulation mechanism.

An application of provisions and principles, unconventional (non-traditional, innovative) sources of procedural law (law doctrine, judicial precedent), interpretations and concrete definitions, structures of presumption and legal fiction, statutory analogy and legal analogy has been suggested to be attributed to legal instruments aiming at elimination of uncertainties within legal relations regulation mechanism.

The author argues that turning legal uncertainty into certainty in the area of procedural law should be carried out at the discretion of a law-enforcer when it comes to application of specific provisions, categories and structures within actual reality, social development dynamics and improvements in rights and responsibilities of participants in legal relations.

Keywords: concrete definitions, evaluative notions, interpretations, judicial precedent, law doctrine, legal analogy, legal certainty, legal fiction, legal proceedings, provisions and principles, statutory analogy, structures of presumption, uncertain law, unconventional (non-traditional, innovative) sources of procedural law.

УДК 347.9

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2021.42.232412>

В. В. Груша, здобувачка вищої освіти
Університет державної фіскальної служби України
Кафедра цивільного права та процесу
вул. Університетська, 31, Ірпінь, Київська обл., 08200, Україна
e-mail: lera_grusha@ukr.net

С. В. Дяченко, канд. юрид. наук, доцент
Університет державної фіскальної служби України
Кафедра цивільного права та процесу
вул. Університетська, 31, Ірпінь, Київська обл., 08200, Україна
e-mail: sv_dyachenko@ukr.net
ORCID: 0000-0002-0104-2769

«КУМІВСТВО» ЯК ПІДСТАВА ВІДВОДУ (САМОВІДВОДУ) СКЛАДУ СУДУ: АНАЛІЗ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

На даний момент Україна всіма силами намагається відповідати як європейським, так і міжнародним стандартам. Це проявляється не лише в проведенні реформ органів державної влади, створенні нових державних органів, головним завданням яких є протидія та запобігання корупції, а й приведення норм національного законодавства відповідно до міжнародних стандартів. На нашу думку, спрямованість України відповідати міжнародним положенням в питанні незалежності та безсторонності суддів є запорукою створення тієї судової системи, яка має діяти в демократичній державі, а також є тим фактором, який в майбутньому буде сприяти ефективній реалізації інших правових реформ. В кожній демократичній державі суд повинен бути незалежним та неупередженим. Без перебільшення, можна сказати, що це є одним з фундаментальних принципів діяльності судових органів. Принцип незалежності та неупередженості судових органів включає в себе безліч елементів, серед яких визначне місце займає інститут відводу судді від участі у розгляді справи.

В даному дослідженні ми хотіли продемонструвати складність питання доведення підстав та фактів, які є необхідними для відводу судді, проаналізувавши рішення різних суддів.

Надано пропозиції щодо вдосконалення норм національного законодавства та приведення його у відповідність з міжнародними нормами. Автори звернули увагу на правозастосовну практику, оскільки в деяких випадках рішення одних судів прямо суперечили іншим.

Ключові слова: відвід, відвід судді, незалежність та неупередженість суду, суд, підстави відводу судді, Європейський суд з прав людини.

Постановка проблеми. На сьогоднішній день, коли наша держава всіма силами намагається приєднатися до такої бажаної європейської спільноти, необхідно викоринити та позбутися пострадянських моделей шаблонної поведінки. До таких моделей можна віднести «кумівство», яке надійно закріпилось в кожному органі державної влади – не стала виключенням і судова влада України. Слушною з цього приводу буде думка генерального секретаря Ради Європи Торбйорна Ягланда, який у своєму виступі зазначив, що кумівство в Україні послаблює державу [1]. То ж ми вважаємо цю проблематику актуальною та такою, що варта уваги і дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окреслене коло питань та проблем досліджували такі сучасні науковці, як Я. П. Зейкан, О. М. Бабич, Д. Д. Луспенник, С. В. Сенік, Ю. Д. Притика, С. Ф. Демченко, М. М. Ясинок та багато інших вчених-цивілістів, які досліджували питання відводу судді.

Метою даної статті є здійснення всебічного дослідження питання відводу судді в цивільному процесі України, розглянути підстави відводу суддів, проаналізувати національні та міжнародні нормативно-правові акти з даного питання, знайти в них позитивні та негативні моменти, а також запропонувати власні зміни до національного законодавства.

Виклад основного матеріалу. Незалежність суддів є загальновизнаним принципом здійснення правосуддя в усіх демократичних державах, основною засадою, якою керуються у своїй діяльності міжнародні судові установи. Забезпечення справедливого правосуддя є неможливим без абсолютної незалежності суддів [2].

Перш за все, принцип незалежності та безсторонності суддів закріплено в статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Відповідно до даного положення «кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення» [3].

На питання неупередженості суду звернув свою увагу і Європейський суд з прав людини. Адже в справі «Мироненко і Мартенко проти України» від 10 грудня 2009 р. Європейським судом з прав людини було встановлено порушення вищезгаданого п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод [4]. Отже, можна зазначити, що даним рішенням Європейського суду з прав людини було засвідчено порушення принципу незалежності та безсторонності суддів. Адже в даному рішенні було вказано, що наявність безсторонності має визначатися лише за допомогою суб'єктивного та об'єктивного критеріїв поведінки судді.

На нашу думку, слід звернути увагу на такий юридичний термін як «відвід» та значення його застосування.

Проаналізувавши національне законодавство, варто зазначити, що чинний Цивільний процесуальний кодекс України (далі – ЦПК України) (в редакції від 13 серпня 2020 року) [5] не закріплює визначення поняття «відвід». Проте в юридичній доктрині в дане поняття вкладається такий зміст як: «усунення (відсторонення) судді, яке може здійснюватися як самостійно суддею, так і за волевиявленням сторін, які беруть участь у справі, від розгляду конкретної справи відповідно до наявних підстав, які визначені законом» [6, с. 293].

Також доречною буде й інша думка з приводу визначення поняття «відвід судді». С. В. Дяченко, Ю. Ю. Рябченко, Л. О. Самілик вважають, що «відвід судді – це усунення судді як учасника судового процесу від участі у справі за заявою сторони, прокурора (або за власною ініціативою) за наявності передбачених процесуальним законом обставин, що викликають сумнів у його неупередженості (безсторонності)» [7, с. 44].

Відповідно до статті 36 ЦПК України суддя підлягає відводу якщо:

- він є членом сім'ї або близьким родичем сторони або інших учасників судового процесу, або осіб, які надавали стороні або іншим учасникам справи правничу допомогу у цій справі, або іншого судді, який входить до складу суду, що розглядає чи розглядав справу;
- він брав участь у справі як свідок, експерт, спеціаліст, перекладач, представник, адвокат, секретар судового засідання або надавав стороні чи іншим учасникам справи правничу допомогу в цій чи іншій справі;
- він прямо чи побічно заінтересований у результаті розгляду справи;
- було порушено порядок визначення судді для розгляду справи;
- є інші обставини, що викликають сумнів в неупередженості або об'єктивності судді [5].

Вищенаведений перелік підстав не є вичерпним. Це пояснюється тим, що існують різноманітні життєві ситуації, які неможливо передбачити та спрогнозувати, саме тому закон не може містити вичерпного переліку.

Варто зазначити, що за міжнародними стандартами суддя також підлягає відводу, якщо він має пряму чи побічну заінтересованість у результаті розгляду справи. Доцільно підкреслити, що законодавець передбачив наявність як прямої, так і побічної заінтересованості судді при вирішенні справи. Пряму заінтересованість слід розцінювати як безпосереднє отримання суддею вигоди, яку він може отримати в результаті постановлення конкретного рішення у справі, тобто наслідки якого можуть стосуватись саме його або він сам може бути учасником цивільного процесу [8, с. 102].

Підстави відводу судді можуть мати як об'єктивний (п. 2, 4 ч. 1 ст. 36 ЦПК України), так і суб'єктивний (п. 1, 3 ч. 1 ст. 36 ЦПК України) характер, а заінтересованість у справі може мати юридичний і побутовий характер. Юридична заінтересованість полягає у тому, якщо від результатів вирішення спору у судді виникнуть, зміняться або припиняться права чи обов'язки, а побутова або ж як її називають ще – фактична заінтересованість – якщо рішення суду може мати вплив на особисті стосунки судді з оточуючими (наприклад, залежність від однієї із сторін) [9, с. 396].

Оскільки п. 5 ч. 1 ст. 36 (інші обставини) кожний учасник судового процесу може глумити по-своєму і на свою користь, наприклад з метою затягування процесу розгляду справи у суді, позаяк на спростування чи відмову так званих «абсурдних» відводів також відводиться певний проміжок часу. Тому варто або конкретизувати, або ж замінити положення про інші обставини, що викликають сумнів у неупередженості або об'єктивності судді [10, с. 56–57].

Наслідки відводу суду (судді) конкретно в цивільно-процесуальному законодавстві передбачені статтею 41 ЦПК України, в якій повідомляється, що після задоволення заяви про відвід справа розглядається в тому самому судді, але іншим суддею або іншим складом суду [5].

У проаналізованих вище підставах відводу судді можна помітити відсутність поняття як «хрещені батьки». На нашу думку, дана особливість демонструє певну недосконалість українського процесуального законодавства, яку варто усунути. Цілком доречно було б якби ці відносини були законодавчо врегульовані і визнані в сферах реалізації влади як такі, що сприяють неупередженій роботі державних органів. Цьому в підтвердження нами наведені нижче причини.

По-перше, цілком очевидно, що відносини кумівства мають релігійне та звичаєве підґрунтя як і власне саме право. У книгах Біблії викладено вимоги і приписи, яким властиві всі ознаки юридичних норм. До прикладу, можна опрацювати норми щодо судуострою та судочинства. Суддям потрібно було шукати правду, незважаючи на особу, бути неупередженим, вислуховувати думки як «малого», так і «великого», не спотворювати ніяким чином закону та не брати хабарів (Второзак., 1:17; 17:19–20). Рішення суду було обов'язковим для всіх, а відмова від виконання винесеного рішення суду каралася смертю (Второзак., 17:10–12) [11]. З рештою, якщо розглядати таке джерело права як звичай, то тут все набагато простіше: подібні правила поведінки, які встановлюються в результаті врахування особливостей національного менталітету, традицій народу, виконуються учасниками цивільних відносин добровільно. У цивільно-процесуальній діяльності звичай застосовуються під терміном «сформована практика». Щодо кумівства, то за Євангелєм, це друге народження, при якому у людини теж повинні бути батьки, яких, завдяки звичаям, уповноважують, наприклад, вписувати у сімейні поминальники та на весіллі хрещеника сидіти нарівні з батьками. Виходячи з вище зазначеного, логічним було б відобразити в праві специфіку даних відносин.

По-друге, як це б не було прикро, але специфіка українського менталітету така, що такі поняття як «побратимство» і «кумівство» іноді можуть бути набагато значущі для пересічного українця, ніж поняття «близький родич». Знову ж таки, аналізуючи українську історію та культуру, багато українських традицій це підтверджує.

По-третє, не дивлячись на історію виникнення даного поняття, непотизм, як політичне явище є прикладом пострадянських установок і, в свою чергу, гальмує розвиток нашої

країни. Через «кумівство» деякі судові справи вирішуються всупереч принципам судочинства і, як наслідок, підривається авторитет органів судової влади і держави в цілому.

По-четверте, в нашій державі таке явище як «кумівство» або його інша назва «непотизм» в політиці, та й загалом в державі, вважається причиною надмірної корупції, яка живе в кожному кабінеті органів державної влади, адже можна зазначити, що дане явище певною мірою ослаблюють механізми контролю та запобігання корупції через формування особистісних стосунків.

Тепер звужуючи вплив поняття «кумівства» і розглядаючи його в контексті впливу на систему судочинства в Україні, можна стверджувати, що дане явище сприяє не об'єктивізму судових рішень.

Як показує практика, питання доведення підстав, фактів та обставин, які є необхідними для відводу судді, є досить складним. Прикладом може слугувати ухвала Томаківського районного суду Дніпропетровської області № 195/416/16-ц від 11.04.2019 року. Сутність даної справи полягала в тому, що до суду надійшла заява від позивача про відвід судді, яка була обґрунтована тим, що суддя під час розгляду справи не об'єктивно та упереджено ставиться до одних учасників справи, також йому відомо, що сторона по справі, третя особа, приватний нотаріус, яким посвідчувався оскаржуваний ним заповіт, є хрещеним батьком сина судді. В даній справі суд прийняв рішення, що заява про відвід судді є необґрунтованою та безпідставною, оскільки обставини викладені в заяві не відповідають дійсності, оскільки третя особа по справі – нотаріус не є близьким родичем, а незгода з процесуальними рішеннями судді, не є підставою для відводу [12].

Ще одним прикладом є ухвала Уманського міськрайонного суду Черкаської області № 705/3026/17 від 13.05.2019 року. Представник відповідача подав заяву до суду про відвід даного судді, обґрунтувавши це тим, що «суддя безпосередньо зацікавлений в розгляді даної справи та виявляє свою прихильність і сприяє однобічному вирішенню справи на стороні позивача; порушує засади цивільного судочинства щодо рівності учасників процесу, справедливого, безстороннього та неупередженого розгляду справи, що підтверджується тим, що представник позивача є кумом судді». Суд відмовив у задоволенні даної заяви, адже вищенаведені припущення не можуть слугувати підставою для відводу судді, оскільки вони не зазначені в ст. 36 ЦПК України [13].

Прикладами також можуть слугувати ухвала Прилуцького міськрайонного суду від 29 листопада 2019 року у справі № 742/3689/19 [14] та ухвала Роменського міськрайонного суду Сумської області від 11 червня 2018 року у справі № 585/1196/18 [15], в яких заяви з провладу відводу судді, який є чийось кумом, не підлягали задоволенню, адже дана підстава відсутня в переліку статті 36 ЦПК України.

Вважаємо, що ухвала Бердичівського міськрайонного суду Житомирської області від 19 серпня 2019 року у справі № 274/6261/16-ц [16] є дуже цікавою та такою, що варта уваги. До даного суду також надійшла заява про відвід судді, який є кумом представника позивачки. Суд, проаналізувавши відповідну заяву, на підставі ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [3] в якій зазначено, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення, задовільнив заяву про відвід судді [3; 16].

Все із зазначеного вище обґрунтовує потребу якогось мінімального законодавчого врегулювання для подальшої продуктивної боротьби з суб'єктивізмом в українських судах та досягнення єдиного тлумачення норм права, аби рішення одного суду не суперечили іншому.

Але також і погоджуємось з тим, що у кожного рішення є і свої недоліки. Наприклад, прирівнявши відносини кумівства до відносин близьких родичів, ми змінимо не лише зміст статті 36 ЦПК України, але й зміст статті 71 ЦПК України. Інакше кажучи, особа матиме право відмовитися давати показання щодо кума або куми, що, в свою чергу, матиме неабиякий вплив на цивільне судочинство. Іншим досить складним моментом є те, що

для того, щоб взагалі була така можливість як відвід судді з підстав кумівства, необхідно запровадити реєстрацію даних відносин, що в свою чергу спричинить низку труднощів.

Зважаючи все те, що було попередньо зазначено, боротися з кумівством потрібно у будь-якому випадку. В історії України яскравим прикладом такої боротьби залишається період керівництва Сталіна, який намагався ліквідувати кумівство в прямому та переносному сенсі. З міжнародної практики найуспішнішою реалізацією боротьби з кумівством поки що, на нашу думку, може похизуватися Китай. Жорсткі реформи цієї країни мають належний результат.

Висновки і пропозиції. Отже, можна зазначити, що законодавство України є недосконалим та недопрацьованим. Адже реалізація права на справедливий, неупереджений та незалежний суд, шляхом заявлення відводу судді на практиці майже не діє, бо довести підстави та факти, які є необхідними для відводу судді, є досить складним аспектом. А факти кумівства, дружніх стосунків, приятельства відповідно до законодавства не є близькими чи родинними стосунками. Таким чином, нормативно-правові акти цивільного законодавства потребують доопрацювання аби судова гілка влади працювала належним чином.

Ми вважаємо за доречне запропонувати зміни до ст. 36 ЦПК України прирівнявши відносини кумівства до відносин близьких родичів та внести зміни до ст. 71 ЦПК України, яка б виглядала таким чином: «фізична особа не має права відмовитися давати показання, крім показань щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів (чоловік, дружина, батько, мати, вітчим, мачуха, син, дочка, пасинок, падчерка, брат, сестра, дід, баба, внук, внучка, усиновлювач чи усиновлений, опікун чи піклувальник, особа, над якою встановлено опіку чи піклування, член сім'ї або близький родич цих осіб, кум, кума), які можуть тягнути юридичну відповідальність для нього або таких членів сім'ї чи близьких родичів»

Як висновок можна стверджувати, що таке явище як «кумівство» в судочинстві перешкоджає здійсненню основного його завдання, підриває авторитет державних органів та і взагалі послаблює державу. Дане явище слід викоринювати на всіх рівнях державної влади для цього можна скористатися зарубіжним досвідом. Ми вважаємо, що це сприятиме майбутньому прогресу нашої країни.

Список використаної літератури

1. УНІАН: інформаційне агентство. URL: <https://www.unian.ua/politics/1056808-gensek-radi-evropi-zasterig-ukrajinu-vid-kumivstva.html> (дата звернення: 12.04.2021 р.)
2. Ювчиця О. В. Міжнародні та європейські стандарти незалежності та безсторонності суду в цивільному судочинстві. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. № 2. 2020. С. 48–51.
3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: Міжнародний документ Ради Європи від 04.11.1950. *Офіційний вісник України*. 1998. С. 270
4. Case of Mironenko and Martenko v. Ukraine (Application no. 4785/02) / Judgment of The European Court of Human Rights. Strasbourg, 10 December 2009 / HUDOC. The European Court of Human Rights. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-96195%22%7D> (дата звернення 19.02.2021 р.)
5. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18.03.2004 р. № 1618-IV (зі змінами). Відомості Верховної Ради України. 2004 р. № 40–41, 42. Ст. 492.
6. Бабич О. М. Відвід судді в цивільному процесі. Сучасна цивілістика: матеріали 9-ої Міжнар. наук. конф. студентів, аспірантів та молодих учених. Одеса. 2014. 516 с.
7. Дяченко С. В., Рябченко Ю. Ю., Самілик Л. О. Цивільний процес України: практикум. Ірпінь: Університет ДФС України, 2020. 312 с.
8. Фурса С. Я. Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар. Київ: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2010. Т. 1. 368 с.
9. Сенік С. В. Відвід судді у цивільному процесі. Правове життя сучасної України: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. Одеса, 2014. С. 369–370.
10. Дяченко С. В., Яворська О. М. Проблемні аспекти функціонування інституту відводу (самовідводу) судді у цивільному процесі. *Науковий журнал «Приватне та публічне право»* № 4. 2019. С. 56–59.
11. Второзаконіе. Глава 1. Библия-центр. URL: https://www.bible-center.ru/ru/bibletext/synnew_ru/de/1 (дата звернення: 12.04.2021 р.)

12. Ухвала Томаківського районного суду Дніпропетровської області від 11 квітня 2019 року у справі № 195/416/16-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень* URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81086529> (дата звернення: 12.04.2021)
13. Ухвала Уманського міськрайонного суду Черкаської області від 13 травня 2019 року у справі № 705/3026/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень* URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81668370> (дата звернення: 12.04.2021)
14. Ухвала Прилуцького міськрайонного суду від 29 листопада 2019 року у справі № 742/3689/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень* URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85974069> (дата звернення: 12.04.2021)
15. Ухвала Роменського міськрайонного суду Сумської області від 11 червня 2018 року у справі № 585/1196/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень* URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74622032> (дата звернення: 12.04.2021)
16. Ухвала Бердичівського міськрайонного суду Житомирської області від 19 серпня 2019 року у справі № 274/6261/16-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень* URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83704565> (дата звернення: 12.04.2021)

References

1. UNIAN: news agency. URL: <https://www.unian.ua/politics/1056808-gensek-radi-evropi-zasterig-ukrajinu-vid-kumivstva.html> (access date: 12.04.2021) [in Ukrainian]
2. Yuvchitsya O. V. (2020). International and European standards of independence and impartiality of the court in civil proceedings. Actual problems of domestic jurisprudence № 2. 48–51 p. [in Ukrainian]
3. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: International document of the Council of Europe of 04.11.1950. Official Gazette of Ukraine. 1998. S. 270 [in Ukrainian]
4. Case of Mironenko and Martenko v. Ukraine (Application no. 4785/02) / Judgment of The European Court of Human Rights. Strasbourg, 10 December 2009 / HUDOC. The European Court of Human Rights. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-96195%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-96195%22]}) (accessed 19.02.2021)
5. Civil Procedure Code of Ukraine: Law of Ukraine of March 18, 2004 № 1618-IV (as amended). Information of the Verkhovna Rada of Ukraine. 2004 № 40–41, 42. Art. 492. [in Ukrainian]
6. Babich O. M. (2014). Dismissal of a judge in civil proceedings. Modern Civilization: Materials of the 9th International. Science. conf. students, graduate students and young scientists. Odessa. 516 p. [in Ukrainian]
7. Dyachenko S. V., Ryabchenko Yu. Yu., Samilyk L. O. (2020). Civil process of Ukraine: workshop. Irpin: University of SFS of Ukraine, 312 p. [in Ukrainian]
8. Fursa S. Ya. (2010). Civil Procedure Code of Ukraine: scientific and practical commentary. Kyiv: Publisher Fursa S. Ya.: KNT, T. 1. 368 p. [in Ukrainian]
9. Senik S. V. (2014). Dismissal of a judge in civil proceedings. Legal life of modern Ukraine: materials International. scientific-practical conf. Odessa, 369–370 p. [in Ukrainian]
10. Dyachenko S. V., Yavorskaya O. M. (2019). Problematic aspects of the functioning of the institution of removal (self-removal) of a judge in civil proceedings. Scientific journal “Private and Public Law” № 4. 56–59 p. [in Ukrainian]
11. Deuteronomy. Chapter 1. Bible Center. URL: https://www.bible-center.ru/ru/bibletext/synnew_ru/de/1 (access date: 12.04.2021) [in Ukrainian]
12. The decision of the Tomakivsky district court of the Dnipropetrovsk region of April 11, 2019 in the case № 195/416/16-ts. Unified State Register of Court Decisions URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81086529> (access date: 12.04.2021) [in Ukrainian]
13. The decision of the Uman City District Court of Cherkasy Region of May 13, 2019 in case № 705 / 3026/17. Unified State Register of Court Decisions URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81668370> (access date: 12.04.2021) [in Ukrainian]
14. The decision of the Pryluky City District Court of 29 November 2019 in case № 742/3689/19. Unified State Register of Court Decisions URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85974069> (access date: 12.04.2021) [in Ukrainian]
15. The decision of the Romensky City District Court of the Sumy region of June 11, 2018 in the case № 585/1196/18. Unified State Register of Court Decisions URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74622032> (access date: 12.04.2021) [in Ukrainian]
16. The decision of the Berdychiv City District Court of the Zhytomyr Region of August 19, 2019 in case № 274/6261/16-ts. Unified State Register of Court Decisions URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83704565> (access date: 12.04.2021) [in Ukrainian]

В. В. Груша, соискатель высшего образования
Университет государственной фискальной службы Украины
Кафедра гражданского права и процесса
ул. Университетская, 31, Ирпень, Киевская обл., 08200, Украина
e-mail: lera_grusha@ukr.net

С. В. Дяченко, адвокат, канд. юрид. наук, доцент
Университет государственной фискальной службы Украины
Кафедра гражданского права и процесса
ул. Университетская, 31, Ирпень, Киевская обл., 08200, Украина
e-mail: sv_dyachenko@ukr.net
ORCID: 0000-0002-0104-2769

«КУМОВСТВО» КАК ОСНОВАНИЕ ДЛЯ ОТВОДА (САМООТВОДА) СОСТАВА СУДА: АНАЛИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ

Резюме

В каждом демократическом государстве суд должен быть независимым и беспристрастным. Без преувеличения можно сказать, что это является одним из фундаментальных принципов деятельности судебных органов. Принцип независимости и беспристрастности судебных органов включает в себя множество элементов, среди которых выдающееся место занимает институт отвода судьи от участия в рассмотрении дела.

В данном исследовании хотелось продемонстрировать сложность вопроса доведения оснований и фактов, необходимых для отвода судьи, проанализировав решения разных судей. Даны предложения по совершенствованию норм национального законодательства и приведения его в соответствие с международными нормами. Авторы обратили внимание на правоприменительную практику, поскольку в некоторых случаях решение одних судов прямо противоречило другим.

Ключевые слова: отвод, отвод судьи, независимость и беспристрастность суда, суд, основания отвода судьи, Европейский суд по правам человека.

V. V. Hrusha, Graduate of Higher Education
University of the State Fiscal Service of Ukraine
the Department of Civil Law and Procedure
University Street, 31, Irpin, 08200, Ukraine
e-mail: lera_grusha@ukr.net

S. V. Dyachenko, Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor
University of the State Fiscal Service of Ukraine
the Department of Civil Law and Procedure
University Street, 31, Irpin, 08200, Ukraine
e-mail: sv_dyachenko@ukr.net
ORCID: 0000-0002-0104-2769

NEPOTISM AS A BASIS FOR REMOVAL (SELF-RECUSAL) OF THE COURT'S COMPOSITION: ANALYSIS OF JUDICIAL PRACTICE

Summary

At the moment, Ukraine is trying hard to meet both European and international standards. This is manifested not only in the reform of public authorities, the creation of new state bodies, whose main task is to combat and prevent corruption, but also to bring national legislation in line with international standards. In our opinion, Ukraine's orientation to comply with international provisions on the independence and impartiality of judges is the key to creating a judicial system that should operate in a democracy, and is a factor that will contribute to the effective implementation of other legal reforms. In every democracy, the court must be independent and impartial. Without exaggeration, we can say that this is one of the fundamental principles of the judiciary. The principle of independence and impartiality of the judiciary includes many elements, among which a prominent place is occupied by the institution of removal of a judge from participation in the case.

In this study, we would like to demonstrate the complexity of proving the grounds and facts that are necessary for the removal of a judge by analyzing the decisions of different judges.

Proposals were made to improve the norms of national legislation and bring it in line with international norms. The authors drew attention to law enforcement practice, as in some cases the decisions of some courts directly contradicted others.

Keywords: dismissal, dismissal of a judge, independence and impartiality of a court, court, grounds for dismissal of a judge, European Court of Human Rights.

УДК 340.115

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2021.42.232432>

Р. С. Притченко, старший викладач
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
Кафедра загальноправових дисциплін та міжнародного права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна
e-mail: romanprytchenko@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0555-6107>

ОСОБЛИВОСТІ СУЧАСНОЇ МЕТОДОЛОГІЇ ДОСЛІДЖЕННЯ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

Статтю присвячено аналізу основних сучасних методів дослідження судової практики. Аналізуються як класичні так і нові методологічні підходи до розуміння сутності судової практики, аналізу її змісту, визначення її форм. Комплексний аналіз методологічних основ дослідження сутності, змістовних елементів і форм судової практики, як елемента правової системи України, що забезпечує поєднання сфери правотворчості та сфери реалізації правових норм.

Більшість проведених раніше досліджень спиралося на положення матеріалістичної діалектики, центром якої є теорія розвитку. Такий підхід, основою якого є вчення про взаємопов'язаність, розвиток та змінюваність явищ, дозволив виявити закономірності судової практики як джерела права, як явища, що функціонує та розвивається.

Ключові слова: метод дослідження, методологія, методика, судова практика.

Постановка проблеми. Будь-яке наукове дослідження неможливо без системної методологічної основи, за допомогою якої вивчається предмет цього дослідження. Не є винятком і судова практика, яка є тим елементом правової сфери, що сполучає масив правотворчості і особливості реалізації правових норм. Більшість проведених раніше досліджень спиралося на положення матеріалістичної діалектики, центром якої є теорія розвитку. Такий підхід, основою якого є вчення про взаємопов'язаність, розвиток та змінюваність явищ, дозволив виявити закономірності судової практики як джерела права, як явища, що функціонує та розвивається. Проте, дослідження судової практики з урахуванням як класичних так і нових методик дослідження забезпечує більш точне розуміння судової практики як елемента правової системи держави; сприяє більш докладному аналізу змістовних елементів судової практики; дозволяє більш ґрунтовно визначити форми судової практики та її ефективність в сфері реалізації права.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Предмет наукових досліджень становить доробок учених, які безпосередньо займаються дослідженням судової практики та її місця в правовій системі України. Започаткований за радянських часів С. Братусем, В. Сирих, М. Козюброю комплексний аналіз судової практики, створив сприятливу основу для подальшого розвитку сучасного розуміння сутності, змісту і форм судової практики, посеред якого слід відзначити праці: С. Шевчука, Д. Хорошковської, Б. Малишева, К. Савченко, Н. Слотвінської та інші.

Мета статті. Комплексний аналіз методологічних основ дослідження сутності, змістовних елементів і форм судової практики, як елемента правової системи України, що забезпечує поєднання сфери правотворчості та сфери реалізації правових норм.

Виклад основного матеріалу. Методологія дослідження судової практики фактично є певною організацією такого дослідження [1, с. 77]. Методологія завжди спрямована на вивчення предмета дослідження, яким в даному випадку виступає судова практика, як заснована на правозастосовчому досвіді діяльності судових органів, результатом якої є напрацювання певних правил застосування правових норм.

Класична і сучасна методологія дослідження судової практики об'єднує в собі певний світогляд, концептуальні засади пізнання, різноманітні методи дослідження.

Один з класичних напрямків в науковому дослідженні складає діалектичний матеріалізм, що виходить з матеріалістичного погляду на навколишній світ і діалектичного визнання загального взаємозв'язку предметів і явищ. Від цих світоглядних основ відштовхуємося і ми, вважаючи, що предмет нашого дослідження необхідно розглядати з початкових онтологічних позицій, а також виходячи з постійно існуючої взаємозв'язку судової практики з навколишнім середовищем, через постійну взаємодію судових органів з державою та суспільством.

Основу дослідження судової практики складають класичні методологічні принципи комплексності та всебічності пізнання, плюралізму думок. Вони орієнтують дослідження сутності судової практики її змісту та форм:

- в комплексі досягнень різних наук (в основному гуманітарних);
- на основі аналізу взаємодії судової практики з супутніми об'єктами (державою, владою, правом, суспільством, окремими індивідами);
- з урахуванням різних наукових точок зору на досліджувані елементи судової практики.

Крім того, повноцінне дослідження судової практики неможливо без його проведення на основі методологічних принципів сучасної науки, а саме: принципу детермінізму, принципу відповідності та принципу додатковості. Вони орієнтують дослідження сутності судової практики її змісту та форм:

- виходячи з причинності їх появи на основі сукупності обставин попередніх до них за часом (досвід застосування правових норм виникає на основі сукупності раціональних, корисних і прогресивних висновків про регулювання суспільних відносин);
- спираючись на поняття і зберігаючи значення тих наукових висновків, справедливості яких доведена на емпіричному рівні (формулювання видового поняття судової практики на основі зіставлення з родовим поняттям юридичної практики і типовим поняттям соціальної практики);
- за допомогою принесення в досліджувані елементи певних змін (судовою практикою визначається не вся судова діяльність, а тільки та, яка пов'язана з напрацюванням нових правил застосування правових норм).

Серед методів дослідження судової практики, відштовхуючись від зазначених світоглядних позицій, виділимо діалектичний метод за допомогою якого досліджуються початок формування судової практики, її еволюційний розвиток та сучасне становлення вже як заснованої на досвіді судової діяльності зі своїм специфічним результатом. Відповідно до законів діалектики, формування судової практики є поступальним і обумовлено суспільними протиріччями, а накопичений досвід застосування правових норм дає результат у вигляді сформульованого судом правила застосування правових норм. Так, судова практика не формується сама по собі, її поява і розвиток залежить:

- від наявності у судді необхідного досвіду;
- від характеристик судового органу, статус якого дозволяє надати судовій діяльності необхідної спрямованості щоб відповідно зафіксувати особливий результат цієї діяльності.

Шлях еволюційного розвитку судової практики безпосередньо пов'язаний на кожному етапі з державним устроєм, економікою, правовою культурою, правосвідомістю в суспільстві. Регулювання суспільних відносин досягається здебільшого за рахунок правових звичаїв, нормативних договорів, судових прецедентів, нормативних актів та інших джерел права. Однак, вирішення конфліктних ситуацій покладено саме на суди, які за результатами розгляду конкретного спору приймають відповідне рішення. Неодноразове застосування судами норм, що регулюють спірні суспільні відносини, створює однамітність розгляду певних спорів і призводить до вироблення єдиного правила застосування цих норм у певній спірній ситуації.

У безпосередньому зв'язку з діалектикою знаходиться історичний напрямок дослідження, а історичний метод надає можливість глибше зрозуміти, яким чином проходило

формування судової практики на тому чи іншому етапах її розвитку. Так, становлення судової практики проходило на тлі існування вкрай агресивних форм судочинства (само-суд, ордалії, судовий поєдинок). Лише з появою розвиненої сучасної держави, розвитку правової культури суспільства, судочинство починає здійснюватися в рамках встановлених правил і принципів.

Використання історичного методу обумовлює застосування його супутника [2, с. 110], а саме – логічного методу.

Знання і дотримання законів логіки дозволяє уникнути невірних, помилкових висновків, виключити помилкові і непідтверджені умовиводи, остаточно довести істинність предмета наукового пізнання за допомогою логічних закономірностей. Логічний метод дослідження акумулює в собі такі основні методи дослідження та операції, як аналіз і синтез, дедукцію, індукцію, визначення, класифікацію, порівняння.

Так, дослідження теоретичної сутності судової практики методом аналізу і синтезу дає можливість окреслити основні її види, показати механізм формування, функції. На основі синтезу відбувається об'єднання і узагальнення основних ознак поняття судової практики. Дедуктивні умовиводи дозволяють простежити наявність у судовій практиці діяльній складовій, характерною для загального поняття соціальної практики. Індукція дозволяє сформулювати загальне поняття судової практики на основі окремих понять судової влади, судової діяльності, досвіду та інших. За допомогою логічної операції визначення (дефініції) визначається сутність основних категорій судової практики. Класифікація, як логічна операція, дозволяє розділити обсяг деяких стрижневих категорій (наприклад, судової практики та її функцій).

Особливе місце серед пізнавальних операцій, задіяних в дослідженні судової практики, займає порівняння. Розвиток юридичного пізнання часто взаємопов'язаний з проблематикою з'ясування координаційних і субординаційних зв'язків досліджуваних елементів, необхідністю аналізу внутрішнього змісту цих елементів. Потреба дослідження взаємозв'язку і внутрішнього змісту виникає і по відношенню до методологічних категорій, однією з яких є порівняння. В силу важливості суджень про подібність або відмінність численних сутнісних і змістовних елементів судової практики, в дослідницькому процесі останньої, використовується повноцінний порівняльний метод.

За своєю гносеологічною природою порівняння та порівняльний метод є близькими категоріями, однак саме по собі порівняння не є прерогативою порівняльного методу і порівняльного правознавства. Порівняння може застосовуватися у всіх сферах наукового пізнання, і незалежно від порівняльного методу, вони не можуть бути протиставлені один одному, оскільки логічні прийоми завжди включаються в зміст методу як системи пізнавальних засобів і прийомів, використовуваних в певному порядку для проведення дослідження. Порівняльний метод є одним з важливих засобів вивчення правових явищ. З його допомогою досліджуються проблеми судової практики в інших правових системах світу, що дозволяє виявити загальні закономірності виникнення, розвитку та формування судової практики взагалі.

Метод системного аналізу надає широкі можливості в області виявлення загальнотеоретичних проблем судової практики, дозволяє окреслити її місце в структурі правової системи держави, виявити основні способи взаємодії судової практики з різними правовими інститутами і явищами в правовій системі, проаналізувати процеси стабілізації, поновлення і збереження судової практики як сполучної ланки правотворчих і правозастосовних областей правової системи.

Викладене дозволяє стверджувати, що дослідження судової практики передбачає залучення наукових методів як емпіричного рівня, так і теоретичного та метатеоретичного рівня пізнання, що підкреслює складність і багатоманітність досліджуваного об'єкту.

Класична методологія забезпечує енергією науковий пошук протягом тривалого часу, але стрімкість темпів розвитку суспільства і держави, глобалізація правової сфери, перспективи лібералізму і гуманізму [3, с. 95], ставлять перед дослідником все більш складні перешкоди.

Правові стандарти сучасного світу формувалися і стверджувалися на протязі багатьох століть, при цьому вітчизняний науковий пошук був довгий час скутий рамками марксистсько-ленінської філософії. У зв'язку з цим наповнення методів наукового пошуку новим змістом і їх конструктивне оновлення, на наш погляд дасть позитивний результат тільки з урахуванням соціально-наукових традицій нашої держави і правової ментальності нашого народу.

З числа сучасних методів дослідження судової практики виділимо синергетичний метод, який виражається в дослідженні зв'язку судової практики з іншими соціальними практиками (адвокатською, нотаріальною і т.п.), а також у дослідженні впливу на судову практику інших соціальних елементів – третейських суддів, присяжних, медіаторів і т.д. Синергетичний метод дозволяє повністю розкрити суб'єктний склад судової практики і виявити вплив на неї так званих учасників судової практики, зокрема науково-дослідних і навчальних закладів юридичного профілю.

Крім того, поглиблення уявлення про судову практику як цілісної категорії трьох взаємопов'язаних елементів – досвіду, діяльності та результату – дозволяє досягти інтегративний метод. Цей спосіб теоретичного пізнання і практичного освоєння соціально-правової дійсності, надає можливість дослідникові консолідувати на загальній основі всі внутрішні і зовнішні компоненти судової практики, відобразивши тим самим її соціально-державну природу, її особливу нормативність і обов'язковість. Інтегративний підхід дозволяє точніше підійти до оцінки об'єктивного і суб'єктивного в судовій практиці, осмислити роль судової діяльності в процесі формування правил застосування правових норм, а отже, і визначити природу так званих «судових норм», не відносячи їх до неправових факторів.

Також, останнім часом розширюється впровадження кібернетичного методу та методу правової компаративістики у процесі аналізу судової практики, що базується на застосуванні абстрагування від простого інформування та вивчення до узагальнення судової практики з використанням цифрових технологій. В зв'язку з чим пропонується впровадження інтелектуальних систем аналізу судових рішень та технології чат-ботів.

Висновки і пропозиції. Отже, світоглядна позиція діалектичного матеріалізму, об'єднання методологічних принципів плюралізму думок, всебічності та комплексності пізнання, а також принципів детермінізму, відповідності та додатковості, обов'язкове поєднання класичних та сучасних методів наукового пошуку, дозволяє об'єктивно і гармонійно підійти до дослідження судової практики, розкрити загальні закономірності виникнення і розвитку даного явища, виявити її зміст, форми, розкрити функції та взаємодію з іншими правовими явищами, визначити вплив судової практики на правотворчість і правореалізацію, упорядкувати процедури формування та застосування її результатів, досягти однакового розуміння природи судової практики.

Список використаної літератури

1. Новиков А. М., Новиков Д. А. Методология: Словарь системы основных понятий. Москва: Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2013. 208 с.
2. Керимов Д. А. Методология права: Предмет, функции, проблемы философии права. Москва: Изд-во СГУ, 2009. 521 с.
3. Плавич В.П. Проблеми сучасного праворозуміння: Теоретико-методологічний та філософсько-правовий аналіз. Одеса: Астропринт, 2011. 232 с.

References

1. Novikov A. M. & Novikov D. A. (2013) Methodology: Vocabulary of a system of basic concepts. Moscow [in Russian].
2. Kerimov D. A. (2009) Subject, functions, problems of philosophy of law. Moscow [in Russian].
3. Plavich V. P. (2011) Problems of modern understanding of law: Theoretical and methodological and philosophical and legal analysis. Odesa [in Ukrainian].

Р. С. Прытченко, старший преподаватель
 Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
 Кафедра общеправовых дисциплин и международного права
 Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина
 e-mail: romanprytchenko@gmail.com
 ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0555-6107>

ОСОБЕННОСТИ СОВРЕМЕННОЙ МЕТОДОЛОГИИ ИССЛЕДОВАНИЯ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ

Резюме

Статья посвящена изучению основных методов исследования судебной практики. Анализируются как классические, так и новые методологические подходы к пониманию сущности судебной практики, анализу ее содержания и определения форм судебной практики. Анализ методологических основ исследования сущности, содержательных элементов и форм судебной практики, как элемента правовой системы Украины, которая обеспечивает сочетание сферы правотворчества и сферы реализации правовых норм.

Большинство проведенных ранее исследований основывалось на положения материалистической диалектики, центром которой является теория развития. Такой подход, основой которого является учение о взаимосвязи, развитие и сменяемость явлений, позволил выявить закономерности судебной практики как источника права, как явления, которое функционирует и развивается.

Ключевые слова: метод исследования, методология, методика, судебная практика.

R. S. Prytchenko, Senior Lecturer
 Odesa I. I. Mechnikov National University
 the Department of General law and International law
 Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine
 e-mail: romanprytchenko@gmail.com
 ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0555-6107>

FEATURES OF MODERN JURISPRUDENCE RESEARCH METHODOLOGY

Summary

This article identifies the main methods of jurisprudence research. Classical and new methodological approaches to understanding the essence and content of jurisprudence and defining existing forms of jurisprudence are analysed.

The study of jurisprudence, taking into account classical and new methodological approaches, provides a more accurate understanding of jurisprudence; contributes to a more detailed analysis of the content of jurisprudence; allows for a more grounded identification of forms of jurisprudence.

The evolutionary path of jurisprudence is directly linked at each stage to the state system, the economy, the legal culture and the legal consciousness in society.

The regulation of social relations is achieved through customs, contracts, judicial precedents, and regulations. However, it is the responsibility of the courts to resolve conflict situations and, after consideration of the dispute, make a decision accordingly. Repeated application by the courts of the norms governing disputed social relations creates uniformity in the dispute resolution process and develops a uniform rule for the application of these norms in a certain disputed situation, i. e. creates jurisprudence.

At present, only on the basis of dialectical materialism, using the principles of pluralism of opinion, comprehensiveness and complexity of knowledge, as well as the principles of determinism, correspondence and additionality, applying classical and modern methods of scientific inquiry, can one approach the study of judicial practice in an objective and harmonious way. This will allow to reveal general regularities in the emergence and development of judicial practice, to identify its content, forms, functions, interaction with other legal phenomena, to determine its influence on law-making and law-enforcement, to understand procedures of formation and process of practical application of its results, to develop a unified understanding of the nature of judicial practice.

Keywords: methods of research, methodology, judicial practice.

УДК 340.13

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2021.42.232435>

О. В. Ткаля, канд. юрид. наук, доцент
Чорноморський національний університет ім. Петра Могили
Кафедра конституційного та адміністративного права і процесу
вул. Театральна, 49/44, Миколаїв, 54000, Україна
e-mail: tk-helen@rambler.ru

ВИТОКИ ПРАВОВИХ АНОМАЛІЙ, ЇХ ІСТОРИЧНІ ПРИЧИНИ

В статті здійснена загальнотеоретична характеристика витоків правових аномалій, оскільки це дає змогу детально проаналізувати їх форми, виокремити найбільш поширені з них, проаналізувати причини виникнення та шляхи подолання. Закріплюється теза, що правові аномалії є складним соціальним явищем, яке тісно пов'язане з правовою свідомістю людини та детермінується різними негативними процесами у суспільстві.

Досліджено історичні передумови виникнення правових аномалій в Україні, особлива увага приділена правовому нігілізму та ідеалізму. Першим видом аномалій, що зароджується ще за часів Київської Русі є правовий нігілізм. З розвитком держави змінюються фактори, які йому сприяють, дещо змінюються форми прояву, проте сам правовий нігілізм не зникає.

Робиться акцент, що на виникнення правових аномалій впливають політичні, правові, організаційно-управлінські, морально-психологічні та інші чинники. Найголовнішими причинами правових аномалій виділяється низький рівень правової культури, нестабільності нормативно-правових актів, недовіри та безграмотності правових актів, невпорядкованість законодавства, його суперечливість та нестабільність.

Ключові слова: правові аномалії, правовий нігілізм, правовий ідеалізм, історичні витoki, правовий інфантилізм, правова свідомість.

Постановка проблеми. Проблеми виникнення, сутності права, його функціонування, ролі та значення в житті суспільства, державно-правової дійсності та тенденцій розвитку, політико-правових процесів та їх відображення у свідомості людей належать до найскладніших та основних.

Дослідження питань формування правових норм, цілей держави на певному історичному етапі розвитку, роль права в суспільстві, ставлення до нього та його сприйняття дає можливість збагатити свій світогляд, підняти власну правосвідомість, збагатити правову культуру, а також досліджуючи причини певних негативних явищ, які виникають у зв'язку з прийняттям в державі тих чи інших правових норм дає змогу проаналізувати можливі недоліки в методах регулювання суспільних відносин, та виробити шляхи протидії негативним правовим явищам.

Виникнення правових аномалій тісно пов'язане з генезисом права в цілому, адже досліджуючи це питання можна проаналізувати ставлення людей до права, рівень їх правосвідомості, а також простежити певні прояви правових аномалій на різних етапах правотворення. Крім того, значимим є вивчення правових аномалій як загрози соціальній безпеці населення, оскільки вона тісно пов'язана з якістю світогляду людей, з єдністю суспільства щодо певних цілей та цінностей.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. На даний момент проблеми правових аномалій не досліджені в повному обсязі. Незначну увагу приділялося сучасним умовам та причинам їх виникнення, новим формам їх прояву та сучасним шляхам їх подолання. Загалом вчені звертали увагу лише на окремі аспекти даної проблематики. Дослідженню правових аномалій присвячені праці таких вітчизняних та зарубіжних науковців, як В. П. Бойко, Л. М. Герасіна, О. В. Дручек, В. В. Дудченко, Н. М. Ємельянова, М. П. Козирев, М. І. Козюбра, Н. М. Крестовська, О. М. Литвак, Ю. М. Оборотов, О. С. Пінська, В. Л. Погрібна, П. М. Рабінович, О. Я. Рогач, Ю. В. Сагайдюк, О. В. Ткаля, А. С. Ткачук, М. П. Требін, М. Є. Черкас, О. О. Черніков, Г. М. Чувакова, Ю. С. Шемшученко та інші.

Мета статті. Проаналізувати підходи щодо розуміння об'єктивних та суб'єктивних причин та умов виникнення правових аномалій, виокремлення історичних витоків їх форм та різновидів.

Виклад основного матеріалу. Правова свідомість, правова культура виникають як результат процесу правової соціалізації особи, тобто її входження в правове середовище, послідовне отримання нею правових знань, залучення до правових цінностей та культурних надбань суспільства, їх втілення в діяльність суб'єкта, та його правова активність. Правосвідомість складається за певних історичних умов в країні, та має великий вплив на розвиток правової системи [1, с. 170].

Під правовими аномаліями розуміється відхилення від загальної закономірності, нормального формування та розвитку суспільних відносин, обумовлене різними факторами як об'єктивного, так і суб'єктивного характеру.

Найдавнішим видом правових аномалій, виникнення якого можна простежити ще з часів Київської Русі є правовий нігілізм. В давньоруській державі відбувалося формування права, основними джерелами якого виступали: звичаєве право, устави, уставні грамоти князя, а також Руська правда, як найвизначніший збірник стародавнього руського права. Важливим вектором духовного, політико-правового розвитку виступало прийняття православ'я. Візантійське право мало великий вплив на формування правосвідомості населення Київської Русі.

Значний вплив на розвиток українських земель мала юрисдикція різних держав, до складу яких вони входили. В ті часи правовий нігілізм проявляється як суттєва проблема правової свідомості українського народу. Його найяскравішим проявом є скептичне ставлення до законодавства, що мало пропагандистські наміри держави-загарбника, та суперечило інтересам українського народу, адже законодавство знаходилося під впливом польського, австро-угорського чи російського права. Тому для збереження власної національно-культурної ідентичності орієнтирами правосвідомості українців виступали традиції та звичаї, а не діюче в ті часи право. Переважна більшість українського суспільства була наділена такими визначальними рисами, як законслухняність, патріотизм, які могли б стати належним підґрунтям для розбудови правової держави, проте воно не залучалося до керівництва в державі за часів панування Польщі та Австро-Угорщини, що і є однією з причин малообізнаності в обранні доцільних форм та методів управління державою.

Період знаходження України в складі Російської імперії був складним для українського населення. Він характеризується поглибленням протиріч в суспільстві, високим рівнем зловживань з боку державних органів. Жителі колишньої Гетьманщини болісно переживали обмеження прав та свобод людини, що є типовими для російського авторитаризму.

В 1917–1918 роки (національно-демократична революція) також можна простежити певні прояви правового нігілізму. Великий вплив на політику держави мали політичні партії. Українські соціал-демократи та есери заявляли про необхідність зміцнення демократичних принципів в Росії. Вони залякували селян, що Україна зі здобуттям незалежності повернеться до дореволюційних порядків. Цим було закладено фундамент недовір'я до Української Народної Республіки.

Входження України до складу СРСР стало поштовхом для подальшого розвитку правового нігілізму, адже в цей період на територіях українських земель поширеним було порушення прав та свобод людини. Також цьому сприяло прийняття репресивного законодавства для регулювання суспільних відносин, залежність правосуддя від виконавчої влади, та його недосконалість в цілому. Влада виступала найвищою соціальною цінністю, в той час як сама людина, її життя, честь, гідність, недоторканість і безпека не визнавалися на належному рівні. Саме таке розставлення пріоритетів простежується за всі часи радянської історії. Внаслідок цього право та закон виступали як другорядні явища щодо держави. Союзні Конституції не розглядалися як гарант прав і свобод людини.

Масова зневіра суспільства та розвиток нігілістичних поглядів на право, мораль, політику та цінності були викликані спробами реформувань і перетворень в період перебудови.

Як відмічають А. П. Альбов, С. В. Ніколюкін у радянський період правовий нігілізм був закладений вже в самій конституції. Стаття 6 Конституції СРСР 1977 року передбачала, що КПРС являється ядром політичної системи радянського суспільства, його головною та спрямовуючою силою. Проте КПРС, будучи політичною партією, не могла і не повинна була здійснювати повноваження органів державної влади [2, с. 289].

На думку Ю. А. Вереднікова, А. В. Папірни правовий нігілізм в СРСР проявлявся в двох формах:

1) теоретичній (ідеологічній) – ідеї про відмирання держави та права при соціалізмі обґрунтовувалися на державному рівні, що в суспільному житті принижувало роль права. Встановлювалася перевага всесвітньої пролетарської революції щодо прав людини, постанови Комуністичної партії виступали більш значущими в порівнянні з законами, право відіграло вторинну роль;

2) практичній, що проявлялася в недосконалості законодавства, адже велика кількість нормативно-правових актів не відповідала тогочасним умовам суспільства, норми були морально застарілими або ж містили незрозумілі, нечіткі формулювання чи зовсім суперечили один одному. Це фактори, які стали причиною правової деградації суспільства. Населення втратило віру в об'єктивність права та проявляло зневагу до правових норм. Навіть державні органи, посадові особи ігнорували власно прийняті норми права, що спричинило виникнення відомчого нігілізму. Діяльність правозастосовних та правоохоронних органів здійснювалася відповідно до принципу пріоритету доцільності перед законом та правом [3, с. 292].

Основними причинами поглиблення та поширення правового нігілізму були: 1) відсутність демократичних традицій державотворення; 2) неконтрольований самосуд та відсутність рівності перед судом; 3) велика кількість репресій з боку органів влади; 4) декларативний характер правових норм; 5) викорінення інакомислення; 6) не надання більшості населення доступу до нормативних документів; 7) маніпулювання правовими нормами з боку державних органів на власний розсуд, обмежуючи права і свободи людини; 8) застосування насилля для вирішення конфліктів у суспільстві, беззаконня [4, с. 488–489].

Правовий ідеалізм як абсолютизація, ідеалізація ролі права, перебільшення його регулятивних можливостей порівняно з іншими системами регулювання в суспільстві є менш поширеним правовим явищем. Свій найяскравіший прояв він отримує у переламні в історії становлення держави періоди. Прикладом його прояву є права ейфорія, що мала місце в період «Хрущовської відлиги», що характеризувалася пом'якшення державно-політичного режиму у 60-ті – 70-ті роки ХХ століття, або в період горбачовської перебудови в СРСР в 90-ті роки.

Основним об'єктивним фактором виникнення правових аномалій виступає історична успадкованість неповаги до права багатьма суб'єктами від часів радянської доби.

В державах перехідного типу незрілість громадянського суспільства є головним об'єктивним фактором деформації правової свідомості. Перехідний стан виступає основним чинником розладу, дисгармонії всіх основ функціонування державності, що слугує передумовою до прояву будь-яких негативних процесів. Незріле громадянське суспільство не здатне забезпечити належний контроль за діяльністю державних органів, що призводить до впевненості посадових осіб у власній безкарності та до непрозорої діяльності влади [5, с. 11].

Правові аномалії виникають внаслідок чинників об'єктивного та суб'єктивного характеру, наприклад таких як наступність нігілістичних традицій – протягом багатьох століть формувалося нігілістичне ставлення до правових норм, що приймалися в угоду влади та втілювалися в життя з порушенням принципів справедливості, свободи та рівності. У радянський період особливо розвивалося нігілістичне ставлення до права, адже на дер-

жавному рівні обґрунтовувалися ідеї про відмирання права і держави при соціалізмі, про перевагу всесвітньої пролетарської революції над правами людини.

Найголовнішими причинами правових аномалій є низький рівень правової культури, недовіра та безграмотність правових актів, невпорядкованість законодавства, його суперечливість та нестабільність.

За радянських часів в певній мірі знаходив свій прояв і такий вид правових аномалій, як правовий інфантилізм. В ті часи в основному переважали прагматичні підходи до права. Воно розглядалося як знаряддя, «силовий» інструмент перетворень в суспільстві. Серед населення панувала думка, що для вирішення проблем в певній галузі суспільних відносин достатньо прийняти закон. Проте скороспішне закріплення абсолютно нових принципів в законах призвело до «оксамитового» втілення демократії в Україні. Не виконання «ідеальних проєктів», які були спрямовані на інфантильно налаштовані маси призвело до втрати довіри до влади [6, с. 219].

Зі здобуттям Україною незалежності кількість факторів, що спричиняють виникнення правових аномалій та впливають на правосвідомість населення збільшилася. В суспільствах перехідного типу різного роду відхилення в правосвідомості громадян мають тенденцію до розповсюдження.

Недосконалість, незрілість демократичної і правової держави сприяє порушенню принципу поділу влад, спричиняє збій у функціонуванні державного механізму та правової системи, відбувається протистояння гілок влади, поширюється корупція серед державних службовців. Цей об'єктивний фактор породжує недовіру до діяльності державного апарату, невпевненість у майбутньому, втрату віри у регулятивні можливості права, деякі суб'єкти принижують значення правових цінностей в суспільстві, що сприяє виникненню нових видів правових аномалій.

На ставлення суспільства до ролі права, формування правових аномалій впливають також різні труднощі право- та державотворення, що виникають у зв'язку з прагненнями владних структур до одночасної розбудови демократичної, соціально-правової держави та громадянського суспільства. Адже у високорозвинених державах на засадах демократії спочатку формувалося громадянське суспільство, яке потім мало значний вплив на розбудову правової держави. В таких складних умовах державного та правового будівництва у суб'єктів права починає відбуватися переоцінка цінностей, переорієнтація на інші соціальні еталони, що стає причиною зневіри же в право та його дієвість, або виникає зневажливе чи байдуже ставлення до правових норм як засобу регулювання суспільних відносин. Такі трансформаційні процеси в правосвідомості особи породжують окремі види правових аномалій, таких як правовий нігілізм, правовий інфантилізм, правовий дилетантизм та правову демагогію.

Причиною поширення цих явищ виступає також злиття вищої державної влади з олігархічним капіталом, адже внаслідок цього представники громадянського суспільства залишаються осторонь від виборних державних структур, втрачають виборче право, надане законом.

Важливим об'єктивним фактором прояву правових аномалій є незрілість представників влади перехідних суспільств, які власною діяльністю показують негативний приклад ставлення до права та правових цінностей. Владна еліта має малий досвід соціальної діяльності на правових засадах заради блага суспільства.

Велика кількість суб'єктивних факторів призводять до відхилень в правосвідомості громадян. Так наприклад, недосконалість кадрової політики призводить до наповнення владних структур неосвіченими, легковажними та безвідповідальними людьми, що не мають глибоких теоретичних знань, практичного та життєвого досвіду.

Поширення популізму, корупції серед посадових осіб державної влади, спрямованість їх діяльності на отримання власної вигоди та задоволення своїх інтересів також є суттєвими факторами прояву правових аномалій [5, с. 9].

На виникнення правових аномалій впливають певні чинники. Вони можуть бути політичними, правовими, організаційно-управлінськими, морально-психологічними та

іншими. Так, наприклад серед політичних чинників виділяють: правову нестабільність, допущення помилок при проведенні реформ в державі, непослідовність внесення певних змін в різні сфери життя, відсутність належного контролю за діяльністю вищих посадових осіб. До правових відносять: неможливість забезпечення в належній мірі державними органами принципів верховенства прав і свобод людини і громадянина та законності, висока поширеність правового нігілізму як серед населення, так і серед посадових осіб органів державної влади, місцевого самоврядування, відсутність системності в прийнятті законів, часте внесення змін та доповнень, що не сприймається населенням, наявність в законодавстві прогалин та колізій, вибірковість в застосуванні правових норм, що стає причинами корупції, поширення злочинності. Що стосується організаційно-управлінських чинників, ними є недосконалість всієї системи органів влади, недоліки в системі набору кадрів до державних органів, неефективність системи державного управління.

Як відмічає М. П. Козирев, на основі всіх цих чинників виникають також і морально-психологічні, що пов'язані з деморалізацією суспільства, нехтуванням усталеними цінностями, відчуттям безкарності за порушенням законності, зневірою населення в позитивні наміри політичного керівництва, професійною і моральною деформацією посадових осіб [7, с. 200].

Правові аномалії зумовлюються також внутрішніми причинами, серед яких можна виділити: слабкість людини перед соціумом; наявність у суб'єкта стереотипних уявлень, шаблонів мислення; позиція індивідуалізму, небажання брати на себе зобов'язання та відповідальність; правовий вакуум; політичний радикалізм тощо.

Будь-який вид правових аномалій має певні передумови виникнення. Такими передумовами, наприклад, для виникнення правового ідеалізму є: 1) соціально-політичні – в суспільстві виникає ейфорія внаслідок очікувань прогресивного оновлення суспільних відносин; 2) соціально-психологічні – роль відіграє ментальність певних народів, віра в добро; 3) недоліки в нормотворчому процесі – законодавець має не «вигадувати» закони, а закріплювати в нормах положення відображаючи сутність реальних відносин, також закон має бути тісно пов'язаним з культурою суспільства; 4) недовіра нормативно-правових актів, адже для забезпечення їх дії держава має бути матеріально забезпечена, мати організаційні, політичні, соціальні засоби для приведення їх в дію [8, с. 53].

В умовах сучасності в Україні є певні проблеми, що мають величезний вплив на правосвідомість громадян. Політична та економічна криза в суспільстві, воєнні конфлікти на території держави, соціальна та правова незахищеність певної частини населення, корумпованість державних органів – все це виступає причинами прояву деформації правосвідомості, вираження недовіри до діяльності державних органів, втрати надії в вирішальну роль права, розподілу населення на певні групи.

Певні негативні процеси в державі спричиняють деформацію соціально-політичного статусу особи, що викликає в індивіда певну реакцію у різних формах правових аномалій. Вона може проявлятися як в байдужості до того, що відбувається навколо неї, так і в активному протистоянні політичному режиму, що супроводжувалася масовими акціями населення, збройними протистояннями проти діючої влади. В Україні прояви такої реакції спостерігалися в листопаді-грудні 2004 року – Помаранчева революція, що супроводжувалася певними протестами, мітингами, страйками та іншими актами громадянської непокорності. Також в грудні 2013 року на території України відбулася Революція гідності та свободи..

Висновки і пропозиції. Таким чином, правові аномалії є складним соціальним явищем, що тісно пов'язане з правовою свідомістю людини та детермінується різними негативними процесами у суспільстві. Воно має глибокі історичні коріння. Правові аномалії виникають під впливом чинників об'єктивного та суб'єктивного характеру. Головними причинами правових аномалій є низький рівень правової свідомості та культури суспільства, недовіра до правових актів, суперечливість та нестабільність законодавства. Суспільство втрачає віру в політику держави та зневажає прийняті нею норми, адже

представники держави ігнорують та нехтують правовими нормами. На даний момент кількість правових аномалій розширилась, з'явилися їх нові види та прояви, що є результатом впливу негативних факторів політичного, економічного, ідеологічного, правового, організаційного та іншого характеру.

Список використаної літератури

1. Черкас М.Є. Актуальні проблеми формування правосвідомості в Україні. *Право та інновації*. 2015. № 4(12). С. 169–175
2. Альбов А. П., Николокин С. В. Теория государства и права: Том 2: Особенная часть: учебник и практикум для прикладного бакалавриата. М.: Юрайт, 2018. 336 с.
3. Вередніков Ю. А., Папірна А. В. Теорія держави і права: навч. пос. К.: Знання, 2008. 336 с.
4. Дьоміна К. А. Правовий нігілізм в Україні: випадковість чи закономірність? *Альманах права*. 2012. Вип. 3. С. 488–490
5. Ганьба Б. П., Ганьба О. Б. Фактори, що спричиняють формування дефектної правосвідомості у суспільствах перехідного типу. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2012. Вип. 2. С. 6–15
6. Герасіна Л. М., Погрібна В. Л. Позиція правового інфантилізму як деформація правосвідомості українського соціуму. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. 2016. № 2 (29). С. 219–222
7. Козирев М. П. Чинники та форми деформації правосвідомості *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2016. № 2. С. 196–206
8. Пінська О. С. Деформація правової свідомості та її класифікація. *Право і безпека*. 2011. № 1 (38). С. 53–58

References

1. Cherkas M. (2015) Actual problems of formation of legal consciousness in Ukraine. *Law and innovation*. № 4 (12) [in Ukrainian]
2. Al'bov A., & Nikolukin S. (2018) *Theory of State and Law: Volume 2: Special part: textbook and practicum for applied bachelor's degree*. M.: Yurayt [in Russian]
3. Verednikov Y., & Papirna A. (2008) *Theory of State and Law: textbook*. K.: Znannia [in Ukrainian]
4. Dyomina K. (2012) Legal nihilism in Ukraine: coincidence or regularity? *Al'manakh prava*. 3rd edition [in Ukrainian]
5. Gan'ba B., & Gan'ba O. (2012) Factors causing the formation of defective legal consciousness in transitional societies. *Prykarpattya Legal Bulletin*. 2nd edition. [in Ukrainian]
6. Gerasina L., & Pogribna V. (2016) The position of legal infantilism as a deformation of the legal consciousness of Ukrainian society. *Bulletin of the National University «Yaroslav the Wise Law Academy of Ukraine»*. № 2 (29). [in Ukrainian]
7. Kozyrev M. (2016) Factors and forms of deformation of legal consciousness. *Scientific Bulletin of Lviv State University of Internal Affairs*. № 2. [in Ukrainian]
8. Pins'ka O. (2011) Deformation of legal consciousness and its classification. *Law and security*. № 1 (38). [in Ukrainian]

Стаття надійшла 05.05.2021 р.

Е. В. Ткаля, канд. юрид. наук, доцент
Черноморский национальный университет им. Петра Могилы
Кафедра конституционного и административного права и процесса
ул. Театральная, 49/44, Николаев, 54000, Украина
e-mail: tk-helen@rambler.ru

ИСТОКИ ПРАВОВЫХ АНОМАЛИЙ, ИХ ИСТОРИЧЕСКИЕ ПРИЧИНЫ

Резюме

В статье осуществлена общетеоретическая характеристика истоков правовых аномалий, поскольку это дает возможность детально проанализировать их формы, выделить наиболее распространённые из них, определить причины возникновения и пути преодоления. Закрепляется тезис, что правовые аномалии являются сложным социальным явлением, которое тесно связано с правовым сознанием человека и детерминируется различными негативными процессами в обществе.

Исследованы исторические предпосылки возникновения правовых аномалий в Украине, особое внимание уделено правовому нигилизму и идеализму. Первым видом аномалий, которые зародились еще во времена Киевской Руси, является правовой нигилизм. С развитием государства меняются факторы, которые ему способствуют, несколько меняются формы проявления, однако сам правовой нигилизм не исчезает.

Делается акцент, что на возникновение правовых аномалий влияют политические, правовые, организационно-управленческие, морально-психологические и другие факторы. Главными причинами правовых аномалий выделяется низкий уровень правовой культуры, нестабильности нормативно-правовых актов, неэффективность и безграмотность правовых актов, неустроенность законодательства, его противоречивость и нестабильность.

Ключевые слова: правовые аномалии, правовой нигилизм, правовой идеализм, исторические истоки, правовой инфантилизм, правовое сознание.

O. V. Tkalia, Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor
Department of Constitutional and Administrative Law and Procedure
Petro Mohyla Black Sea State University
Teatral'na St., 49/44, Mykolaiv, 54000, Ukraine
e-mail: tk-helen@rambler.ru

THE ORIGINS OF LEGAL ANOMALIES, THEIR HISTORICAL CAUSES

Summary

The article provides a general theoretical description of the origins of legal anomalies, as it allows to analyze in detail their forms, to identify the most common of them, to analyze the causes and ways to overcome them. It is confirmed that legal anomalies are a complex social phenomenon that is closely linked to the legal consciousness of a person and is determined by various negative processes in society.

The historical preconditions for the emergence of legal anomalies in Ukraine are studied; special attention is paid to legal nihilism and idealism. The first type of anomaly that dates back to the times of Kievan Rus is legal nihilism. With the development of the state, the factors and the forms of manifestation that contribute to it change, but legal nihilism itself does not disappear. In Soviet times, there are manifestations of legal idealism, which is due to historical reasons. It is noted that the main objective factor in the occurrence of legal anomalies is the historical inheritance of disrespect for the law by lots of subjects since the Soviet era.

The author emphasizes that the occurrence of legal anomalies is influenced by political, legal, organizational and managerial, moral and psychological and other factors. The main causes of legal anomalies are the low level of legal culture, instability of legal acts, ineffectiveness and illiteracy of legal acts, disorder of legislation, its inconsistency and instability.

Keywords: legal anomalies, legal nihilism, legal idealism, historical origins, legal infantilism, legal consciousness.

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО

УДК 342.9

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2021.42.232408>

П. П. Білик, канд. юрид. наук, доцент
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
Кафедра адміністративного та господарського права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна
e-mail: pasha.bilik@ukr.net

І. А. Осадча, адвокат, старший викладач
Одеська національна академія харчових технологій
Кафедра соціології, філософії і права
вул. Канатна, 112, Одеса, 65039, Україна
e-mail: pravnic@ukr.net

АДМІНІСТРАТИВНИЙ РОЗСУД В ПУБЛІЧНОМУ АДМІНІСТРУВАННІ ТА ЙОГО ЗВ'ЯЗОК З ЮРИДИЧНОЮ ДЕОНТОЛОГІЄЮ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Стаття присвячена розкриттю розуміння публічного адміністрування як процесу розробки та прийняття управлінських рішень, встановленню ролі та значення посадових осіб системи органів публічного адміністрування в процесах забезпечення реалізації прав і свобод осіб, їх професійних та особистісних якостей у змісті ефективності та результативності публічного адміністрування. Визначено поняття публічного адміністрування, адміністративного розсуду; піддано аналізу розуміння державного управління як процесу розробки та прийняття управлінських рішень, що спирається на дискреційні повноваження.

Наголошено, що публічна сфера, яка є об'єктом державно-владного впорядковуючого впливу з боку системи органів та посадових осіб публічного адміністрування, є вкрай широкою та непередбачуваною, що зумовлює необхідність використання в компетенційному адміністративному законодавстві адміністративного розсуду.

Встановлено, що юридична деонтологія в сучасному розумінні є надійним підґрунтям, на якому базується побудова професійних якостей сучасного публічного адміністратора.

Ключові слова: державне управління, публічне адміністрування, компетенція, людиноцентризм, функції та повноваження, адміністративний розсуд, адміністративні послуги, юридична деонтологія.

Постановка проблеми. Незважаючи на певні позитивні зрушення в сфері організації та діяльності апарату державного управління, на жаль, можна констатувати, що система публічно-владного впливу на основні галузі життєдіяльності суспільства та на суспільні відносини все ще потребує реформування і запровадження нових підвалін розуміння соціальної сутності та призначення такої діяльності і спрямування її на досягнення конституційно встановленої мети існування – утвердження і забезпечення прав і свобод людини, що і є головним обов'язком держави. Серед недоліків, які виявляються в процесі побудови нової системи публічно-владного впливу на суспільні відносини, передусім вбачається відсутність концептуальних засад побудови нової системи публічного адміністрування замість системи державного управління, а саме, становлення публічно-адміністративного впливу відбувається хаотично, безсистемно, шляхом перебудови застарілих уявлень про характер впливу для вирішення управлінських проблем, форм та методів, які переважно засновані на командному адмініструванні на форми та методи, засновані на здобутках менеджеристських підходів до організації управління, шляхом

залучення до процесу публічного адміністрування організацій та осіб, які не мають стосунку до владного керівного впливу тощо. Проте, на заваді становленню оптимальної, науково виваженої та практично відпрацьованої системи публічного адміністрування стоять не виключно об'єктивні чинники, – велику долю перешкод становить суб'єктивний фактор – неготовність (освітня, досвідна, морально-етична) публічних адміністраторів (посадових та службових осіб публічних адміністрацій) до організації управлінської праці в умовах впровадження людиноцентристських засад організації державної діяльності із утвердження і забезпечення прав і свобод людини, як основного обов'язку держави. Особливого значення цей суб'єктивний чинник набуває в умовах такої організації адміністративно-процедурного законодавства, коли публічним адміністраторам, за умови діяльності в межах, встановлених Конституцією і відповідно до законів України, все ж надається можливість (водночас це є їх обов'язком) для відшукування найоптимальнішого варіанту вирішення управлінської проблеми, виходячи із так званого «здорового глузду», що за допомогою наукових дефініцій визначається, як адміністративний розсуд та дискреційні повноваження. Для вирішення питання про такий варіант організації публічно-владної управлінської праці, який би найповніше відповідав соціальному призначенню цього виду державної діяльності, необхідно пов'язати розуміння публічного адміністрування, як процесу розробки, прийняття та реалізації управлінських рішень із юридичною деонтологією, як наукою, що дозволяє встановити необхідний перелік нормативних та морально-етичних якостей публічного адміністратора, відповідність яким зробить такого публічного адміністратора здатним повною мірою використовувати адміністративний розсуд на благо людини, для забезпечення прав і свобод якої його і призначено на відповідну посаду та наділено певними державно-владними повноваженнями.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання публічного адміністрування і державного управління досліджені належним чином в публікаціях наукового спрямування останнього часу, зокрема, в працях В. Авер'янова, Г. Агаманчука, В. Бакуменка, Ю. Битяка, А. Васильєва, А. Волощука, А. Дегтяра, В. Коваленко, В. Колпакова, М. Корецького, О. Лазора, В. Лугового, В. Мартиненка, А. Мерзляк, О. Миколенка, П. Надолішнього, С. Сербогіна, І. Сікорської, Ю. Сурміна, Ю. Шарова та ін. Питання адміністративного розсуду також отримали наукового осмислення та вирішення через розгляд його сутності, видів, зумовленості та обмеження тощо в працях В. Дубовицького, Б. Лазарєва, В. Лебединського, І. Пахомова, В. Ремнева, А. Севаст'янова, Ю. Соловей, Г. Ткача, Д. Чечота та ін. Втім питання взаємозв'язку застосування адміністративного розсуду в процесі розробки та прийняття управлінського рішення і внутрішнього морально-етичного ставлення публічного адміністратора до здійснюваних ним дій в межах виконання функцій і завдань держави та до результату, якого прагне отримувач публічної послуги, повною мірою досі не висвітлювалося.

Мета статті полягає в намаганні наукового осмислення засад поєднання нормативних вимог до посадових осіб органів публічного адміністрування з необхідністю впровадження підвищених морально-етичних, деонтологічних вимог до них крізь погляд на їх управлінську працю, як на щоденну розробку, прийняття та реалізацію управлінських рішень, яке, переважною більшістю спирається на їх розуміння управлінської проблеми і на можливість здійснювати керівний вплив, спираючись на адміністративний розсуд.

Виклад основного матеріалу. Отже, на сьогоднішній день в науці адміністративного права набула поширення ідея впровадження якісних перетворень в системі державного управління, результатом яких є створення замість заснованого на застарілих, переважно командно-адміністративних методах, державно-владного впливу на суспільні відносини в публічній сфері, оновленої, більш прогресивної та результативної на погляд науковців системи публічного адміністрування. Основні відмінні риси публічного адміністрування, як оновленої моделі управлінського впливу від державного управління полягають, виходячи із наявних досліджень в наступному. Так, зокрема, зазначається, що на відміну від державного управління, публічне адміністрування – «це цілеспрямована взаємодія публічних адміністрацій з юридичними і фізичними особами з приводу забез-

печення реалізації законів й підзаконних актів та виконання частини основних функцій: орієнтуючого планування, що визначає бажані напрями розвитку, створення правових, економічних та інших умов для реалізації інтересів учасників взаємодії, розподілу праці, кооперування і координування діяльності, моніторинг результатів» [1, с. 77–78]. В спеціальних дослідженнях стверджується, що «розуміння сутності державного управління зазнало еволюції внаслідок розвитку демократії та громадянського суспільства у світі та, зокрема, в Україні.

Отже, нині аспект взаємодії держави і громадянського суспільства в державному управлінні є дуже важливим, на відміну від традиційного бачення державного управління як організуючого й регулюючого впливу держави на суспільну життєдіяльність людей із метою її упорядкування, зберігання або перетворення, що спирається на її владну силу» [2, с. 150]. Слушною вбачається також теза про те, за визначеннями (державне управління і публічне адміністрування) «...дуже схожі, проте державне управління відноситься до авторитарного виду управління, а публічне адміністрування – до демократичного» [3, с. 43]. У державному управлінні до суб'єктів управління належать: органи виконавчої влади (уряд, міністерства, державні комітети, інші центральні органи виконавчої влади, місцеві державні адміністрації); керівники і керівний склад цих органів (політичні діячі; посадові особи; службові особи, які наділені державно-владними повноваженнями) [4, с. 36]. У публічному адмініструванні суб'єктом виступають публічні адміністрації [3, с. 44]. А сама публічна адміністрація визначається «сукупністю державних і недержавних структур та повноважних осіб, які здійснюють публічне урядування й адміністрування. До складу публічної адміністрації входять органи виконавчої влади, адміністративний апарат та виконавчі органи місцевого самоврядування [5, с. 21]. Є. І. Таран зазначає, що «незважаючи на те, що визначення державного управління і публічного адміністрування дуже схожі, основною відмінністю в них є те, що державне управління належить до авторитарного виду управління, а публічне адміністрування – до демократичного. У державному управлінні об'єктом виступає держава, а в публічному адмініструванні об'єктом є суспільство» [6, с. 35]. О. В. Серов вказує, що «...в Україні державне управління демонструє яскраво виражену тенденцію до регламентації життя громадянина, а не до надання йому потрібних послуг [7, с. 19]. Виходячи з цього можна зробити припущення, що публічному адмініструванню це не властиве, і воно тяжіє від регламентації суспільного життя до надання публічних послуг споживачам. Можна висловити зауваження, що спостереження цих точок зору свідчить про відсутність єдиного погляду на відмінні та переважні риси публічного адміністрування від державного управління. Всі висновки зосереджені на переконанні, що публічне адміністрування є більшою мірою ефективним та результативним за рахунок наближення апарату владного впливу до споживача управлінських послуг та завдяки його «демократичності». Вагому роль в розрізненні публічного адміністрування і державного управління відіграє орієнтир державного апарату до надання так званих «публічних послуг» населенню. Проте варто звернути увагу, що навряд чи виправданим є отожднення державно-владного впливу на фінансову стабільність держави, забезпечення її територіальної цілісності, економічної самостійності, обороноздатності, боротьби із тероризмом та злочинністю з публічними послугами. Втім ця діяльність переважно має виконавчо-розпорядчий характер і полягає в здійсненні державно-владного впливу з боку системи центральних органів виконавчої влади та їх територіальних підрозділів. Вона цілком може бути визначена і як державне управління і як публічне адміністрування, хоча із наданням послуг жодним стосунком не пов'язана. Значить відмінності публічного адміністрування і державного управління містяться дещо в іншій площині. До її розуміння підводить така теза: «...адміністрування – це дії державних службовців у частині надання громадянам країни послуг щодо чинного законодавства, а публічне адміністрування – це метод управління, який, з одного боку, забезпечує надання суспільству послуг щодо законодавства, з другого – реалізацію обраного типу політики, що втілюють державні службовці, яким було делеговано повноваження під час волевиявлення народу на виборах як у межах країни, так і за кордоном, у всіх напрямках її прояву» [8, с. 389]. Оскільки із всіх визначень, які наведені дослідника-

ми, впливає, що провідною сутніснотворною категорією і публічного адміністрування, і державного управління, є «вплив», як результат «цілеспрямованої взаємодії суб'єкта і об'єкта, яка здійснюється у формі прийняття та реалізації рішень і виконання основних функцій та супроводжується домінуванням відносин підпорядкування, що характеризуються залежністю об'єкта від суб'єкта, високим рівнем централізації, відповідальністю суб'єкта за стан системи» [9, с. 12], то вбачається виправданим пошук відмінностей публічного адміністрування від державного управління в площині форм та методів владного керівного впливу, які застосовуються з метою досягнення управлінського результату у вигляді впорядкованих суспільних відносин.

Як, попри існуючу термінологічну суперечку, зазначає Ю. М. Старілов, «відмінності між поняттями «форма управління», «форма державного управління» та «форма здійснення виконавчої влади» є непринциповими та визначає їх як зовнішній вираз практичної реалізації функцій і методів управління, управлінського впливу, конкретних дій, що мають місце у процесі здійснення виконавчої влади, адміністративної діяльності» [10, с. 421–423]. Повною мірою поділяючи цю точку зору, зазначимо, що до ряду – «форма управління», «форма державного управління» та «форма здійснення виконавчої влади» в умовах становлення системи публічного адміністрування варто додати ланцюг «форма публічного адміністрування» і визначити також відсутність принципових відмінностей в термінологічному навантаженні цих понять. На підтвердження висловленої думки стосовно того, що за характером застосовуваних форм управлінського впливу публічне адміністрування відрізняється від державного управління наводиться думка, що «... поза конкретними способами зовнішнього вираження публічне адміністрування залишається доволі абстрактним явищем для посадових осіб. Спрямованість на задоволення публічного інтересу, гласність, готовність до координації та інші якісні сторони сучасного урядування доносяться до приватних осіб через зміну співвідношення наявних та впровадження нових форм. Дотримання вимог кожної з форм, їх адекватне застосування дозволяє також розрізнити реальний (практичний, прикладний) та декларований зміст публічного адміністрування [11, с. 80]. Проте, характер владно-управлінського впливу на суспільні відносини залежить не тільки від форм управління/публічного адміністрування, а й від обраних методів впливу, застосування яких в поєднанні з відповідними формами структурують стиль управління, який може бути варіативним – від авторитарного до ліберального і демократичного залежно від об'єкта управління, його стану та проблем, які всередині об'єкта виникають та потребують управлінського втручання з метою впорядкування і вирішення».

Як зазначає Д. Летучий, «Стиль являє собою відображення в особливій управлінській сфері суспільства єдність об'єктивного та суб'єктивного» [12, с. 223].

З точки зору суб'єктивної складової в змісті стилю управління його характеризує А. О. Клочко, зокрема зазначаючи, що «стиль управління – явище суто індивідуальне, тому що він визначається специфічними характеристиками конкретної особистості, відображає особливості роботи з людьми та технологію прийняття рішень саме цією особистістю. Таким чином, стиль управління регламентується особистими рисами керівника, менеджера. У процесі трудової діяльності формується виключно індивідуальний тип керівника, дії якого повторити в деталях практично неможливо. Визначення літературних джерел дало змогу уточнити сутність поняття «стиль управління». Стиль управління – це стиль поведінки керівника щодо своїх підлеглих, який змінюється залежно від ситуації, охоплює суб'єктивно-психологічні характеристики керівника і є спрямованим на досягнення поставлених завдань [13, с. 31]. Це певним чином пояснює орієнтир нашого дослідження на визначення специфіки характеристик особистості публічного адміністратора, набір яких дозволяє йому сформулювати належний, орієнтований на досягнення найвишого управлінського результату, стиль управління, як поєднання дозволених до застосування форм та методів управлінської діяльності».

Втім, на даному етапі до висновків переходити зарано, адже попередньо варто визначити предметну сферу застосування стилю управління, в якій об'єктивуються зовнішні об'єкти до застосування з метою вирішення управлінських проблем форми та методи владного

впорядковуючого впливу. Такою предметною сферою вбачається управлінська діяльність системи органів та осіб публічного адміністрування. Її сутність виходить передусім із розуміння того, що, як зазначає Є.Л. Стрельцов, «право не регулює суспільні відносини. Воно створює «тільки» умови для правової регламентації суспільних відносин або правову базу для прийняття відповідних, встановлених державою правових заходів» [14, с. 15]. Тобто йдеться про статистику норм права, які своїм існуванням не забезпечують впорядкованості суспільних відносин – для їх динаміки потрібна управлінська діяльність системи спеціально уповноважених органів та посадових осіб публічного адміністрування. За роздумами Є.Л. Стрельцова, процес впорядкування, який в даному випадку вбачається сутніснотворним, охоплюється поняттям «правове регулювання»: «правове регулювання в традиційному розумінні представляє собою процес здійснення цілеспрямованого упорядкування державних суспільних відносин з використанням юридичних засобів і методів, з метою стабілізації, та охорони таких відносин» [14, с. 8].

Серед концептуальних підходів до розуміння правового регулювання особливе місце посідають точки зору, які не обмежують правове регулювання виключно процедурою прийняття нормативно-правового акту, адже зрозуміло, що для досягнення мети у вигляді впорядкованих суспільних відносин, необхідно забезпечити належне виконання правових приписів, додержання нормативних встановлень в конкретних суспільних відносинах конкретними їх учасниками. Звідси впливає цілком слушна позиція розуміння правового регулювання, як діяльності держави і суспільства, здійснюваної в процесі підготовки й прийняття норм права, їх реалізації в конкретних відносинах та застосування державного примусу до правопорушників з метою досягнення стабільного правопорядку в суспільстві [15, с. 148] або як «здійснюваного державою за допомогою права і сукупністю правових засобів упорядкування суспільних відносин, їх юридичне закріплення, охорона і розвиток» [16, с. 7]. Правове регулювання, слушно зазначає С.М. Чистов, це «діяльність держави щодо встановлення обов'язкових для виконання юридичних норм (правил) поведінки суб'єктів права» [17, с. 36]. Ще минулого століття до суб'єктів, задіяних в процесі правового регулювання поряд з державою, її органами та посадовими особами, Ф.Н. Фаткуллін назвав уповноважені громадські організації [18, с. 1058]. Особливо слушним це вбачається в наш час в умовах залучення до процесу публічного адміністрування поряд з державою інших суб'єктів – елементів громадянського суспільства.

Отже, як впливає з розуміння правового регулювання, його діяльнісна частина, тобто та складова, яка відповідає за практичну реалізацію правових приписів щодо конкретних суспільних відносин сутнісно співпадає з розумінням виконавчо-розпорядчої діяльності, державного управління і публічного адміністрування. Адже сутність такої діяльності, її призначення і полягає в «виконанні діючого законодавства, виробленні основних напрямів внутрішньої та зовнішньої політики держави, організації діяльності державного апарату з реалізації такої політики, а також охороні прав і свобод» [19, с. 281].

Варто розуміти, що діяльність із забезпечення виконання, додержання та застосування приписів нормативно-правових актів, а більше того, із вироблення основних напрямів внутрішньої та зовнішньої політики держави, організації діяльності державного апарату з реалізації такої політики, а також із охорони прав і свобод не виглядає і не може виглядати як набір фізичних активних дій посадових осіб системи публічного адміністрування – вона вирізняється такими особливостями: «вона є розумовою працею, тобто в обов'язки керівника входять приймання та передавання інформації, доведення рішень до виконавців та контроль виконання, підготовка відповідних рішень, документаційні, навчальні та формально-логічні операції. Другою особливістю управлінської праці є участь у створенні матеріальних благ управлінського персоналу здійснюється опосередковано, тобто через працю інших. Третьою особливістю є те, що одним з основних засобів праці виступає інтелект людини, а предметом праці – інформація. І останньою особливістю управлінської праці є те, що результатами праці є управлінські рішення» [20, с. 656]

Отже, оскільки державно-управлінська діяльність є інтелектуальною за змістом, спрямованою на розробку, прийняття і реалізацію рішень, покликаних змінювати у визначеному напрямі стан і перебіг суспільних процесів, а також поведінку і діяльність людей відповідно до визначеної суспільством стратегії розвитку, спирається на інформацію, полягає у пошуку, відборі, фіксації і введення в суспільні процеси, у свідомість, поведінку і діяльність людей управлінської інформації, то її ефективність і результативність великою мірою залежить від особи, призначенням якої в системі публічного адміністрування, є здійснення такої діяльності – публічного адміністратора. Така заснована на законі, інтелектуальна впорядковуюча діяльність призначена до виконання функцій і завдань держави у визначених галузях публічної сфери і полягає в адмініструванні шляхом розробки, прийняття та реалізації управлінських рішень. Враховуючи те, що «чимало авторів розглядає поняття «рішення» як вибір альтернативи, але інша велика група дослідників трактує це поняття як результат перш за все розумових дій (творчий акт)», в дослідженнях пропонується розуміти «поняття «рішення» як спеціально організований розумовий процес вибору особистістю або соціальною групою кращої альтернативи способу дій, з урахуванням зовнішніх та внутрішніх впливів, для досягнення бажаного результату» [21, с. 40–41]. Враховуючи наведене, а також керуючись міркуваннями А. С. Васильєва, за якими «... зміст управлінського рішення як форми прояву волі суб'єкта управління стосовно об'єкта, яким він управляє, уособлюється у виявленні та забезпеченні задоволення потреб та інтересів учасників процесу управління на основі вибору з деякої множини можливих варіантів їх поведінки такого варіанта, який би найбільше відповідав конкретній ситуації та цілям функціонування системи, яка управляється на даному етапі розвитку» [22, с. 14], можна цілком слушно стверджувати, що більшою мірою від знань, навичок, досвіду та бажання досягти результату управлінської діяльності особи, уповноваженої на реалізацію функцій і завдань держави через публічне адміністрування, залежить ефективність та результативність здійснюваних такою особою публічно-адміністративних заходів. Особливо актуальним це питання є у світлі того, що процес розробки, прийняття та забезпечення реалізації управлінського рішення здійснюється на основі вибору посадовою особою публічного адміністрування з деякої множини можливих варіантів поведінки такого варіанта, який би найбільше відповідав конкретній ситуації та цілям функціонування системи, яка управляється на даному етапі розвитку.

Під час реалізації наданих повноважень суб'єкт публічного адміністрування, «маючи свободу вибору ухвалювати одне із декількох рішень, виконує інтелектуально-вольову діяльність з урахуванням підстав, меж та способів, передбачених законодавчими приписами» і використовує «адміністративний розсуд – певний ступінь свободи, яка у визначених законом межах надається суб'єкту публічної адміністрації у вирішенні різного роду правових справ» [23, с. 262]. Прийняття рішень суб'єктами публічного адміністрування з використанням адміністративного розсуду зумовлюється багатьма чинниками, серед яких – «тенденції до розширення сфер публічного управління, складність досягнення ефективних результатів при реалізації прогностичної управлінської функції, через непередбачуваність і постійне ускладнення сучасного світу, актуалізацію потреб ефективності управлінських рішень шляхом пришвидшення процесу їх прийняття тощо» [24, с. 113]. Навіть найдосконаліший нормативно-правовий масив, яким сучасний стан адміністративного законодавства важко назвати, не здатен повною мірою передбачити всі можливі проблеми, які виникають в процесі публічного адміністрування щодо забезпечення прав і свобод людини, тим більше не можливо на законодавчому рівні передбачити всі можливі варіанти та способи їх владно-адміністративного вирішення через реалізацію конкретних заходів. Тому найоптимальнішим варіантом побудови адміністративного законодавства в цій частині вважається надання можливості посадовим особам публічного адміністрування діяти, виходячи із адміністративного розсуду. Повною мірою підтримуючи визначення адміністративного розсуду як «здатності суб'єктів публічної адміністрації здійснювати аналітичну, інтелектуальну, творчу діяльність у межах і спо-

сіб, установлені законодавством, через оцінювання фактичних обставин справи на виконання законної мети з дотриманням принципів верховенства права, справедливості, розсудливості, оперативності, з подальшим вибором оптимального рішення в конкретній адміністративній справі» [23, с. 137], зазначимо що чималу роль в обранні того чи іншого набору адміністративно-правових інструментів, моделі поєднання відповідних управлінській проблемі форм та методів впливу на об'єкт управління з метою його як найоптимальнішого впорядкування, відіграють особистісні характеристики публічного адміністратора. І мова йде не лише про рівень його освіти та досвід роботи, що дає змогу йому, як професіоналу, обрати варіант вирішення управлінської проблеми, виходячи із адміністративного розсуду, а й великою мірою, про його внутрішні психологічні настанови, морально-етичні переконання, що спрямовують його управлінську працю не на механічне виконання функцій та повноважень (яке, до речі, часто не приводить до очікуваного споживачем управлінських послуг результату), а на справжнє забезпечення прав і свобод людини як найвищої соціальної цінності. Про моральну складову в застосуванні розсуду веде мову О.О. Папкова, яка, зокрема, визначає, що «під розсудом потрібно розуміти регламентований нормативними положеннями, реалізовуваний у процесуальній (процедурній) формі різновид діяльності, яка змістовно полягає у наданні органу державної влади повноважень для самостійного вирішення спірних питань, базуючись на цілях та принципах, ураховуючи об'єктивні обставини справи» [24, с. 107], а дискреційні рішення необхідно ухвалювати, «виходячи з критеріїв справедливості, розумності та загально-визнаних основ моралі» [24, с. 107]. Рівень здібностей публічного адміністратора, який від імені держави в інтересах особи ухвалює управлінські рішення, повинен відповідати, і відповідає (раз особа призначена на відповідну посаду) нормативним вимогам. Проте, право, хоч і потужний, втім, не єдиний соціальний регулятор. Як зазначається фахівцями, «механізм морального впливу інколи дієвіший за правове регулювання. Моральні вимоги звернені до совісті людини, пов'язані із саморегуляцією дій, усвідомленням свого обов'язку, почуттям справедливості. Вони орієнтовані на свідоме і добровільне дотримання моральних принципів. Дотримання норм моралі забезпечується можливістю застосування заходів громадського впливу; але людина керується передусім своїм внутрішнім переконанням» [25, с. 288].

Щодо сучасного стану морально-етичного регулювання діяльності посадових осіб органів публічного адміністрування доречним є вираз, який окреслює напрямок реформування: «... усе залежить від їх готовності та здатності уявляти себе на службі «не володарями», а слугами і розпорядниками загальних громадянських та державних інтересів і відповідним чином підпорядковувати їм свої приватні інтереси і потреби» [26]. Оскільки «етичні кодекси – це форма публічного проголошення правил і стандартів поведінки, яких очікує від службовця колектив, громадянин, суспільство, і ними регулюють моральне середовище при виконанні професійних обов'язків, надаючи або обмежуючи можливість ініціативи та забезпечують відкритість і прозорість діяльності державного службовця», то саме на спеціально-деонтологічні зводи правил, дотримання яких є передумовою формування необхідного морально-етичного рівня сучасного публічного адміністратора, покладається навантаження щодо допущення до владного здійснення публічного адміністрування виключно тих осіб, які за своїми морально-етичними якостями здатні виконувати функції і завдання держави із забезпечення прав і свобод людини належним чином і щодо виключення із цієї системи осіб, що не відповідають очікуваному рівню і не здатні належним чином використовувати надану свободу оцінювати управлінську проблему, обирати належний режим впливу на об'єкт управління з метою його впорядкування. Особливого значення це набуває, як було вказано вище, за умови надання публічним адміністраторам права виконувати компетенційні завдання за адміністративним розсудом.

Висновки і пропозиції. Чималу роль в обранні того чи іншого набору адміністративно-правових інструментів, моделі поєднання відповідних управлінській проблемі форм та методів впливу на об'єкт управління з метою його як найоптимальнішого впорядкування,

відіграють особистісні характеристики публічного адміністратора. І мова йде не лише про рівень його освіти та досвід роботи, що дає змогу йому, як професіоналу, обрати варіант вирішення управлінської проблеми, виходячи із адміністративного розсуду, а й великою мірою, про його внутрішні психологічні настанови, морально-етичні переконання, що спрямовують його управлінську працю не на механічне виконання функцій та повноважень (яке, до речі, часто не приводить до очікуваного споживачем управлінських послуг результату), а на справжнє забезпечення прав і свобод людини як найвищої соціальної цінності. За умов вибудови адміністративного законодавства України, яке покликане впорядкувати діяльність держави в особі її органів та посадових осіб із забезпечення прав і свобод і створення необхідних умов для їх безперешкодної реалізації, таким чином, що публічні адміністратори (посадові особи апарату державного управління/публічного адміністрування) переважною більшістю випадків приймають управлінські рішення, виходячи із наданих дискреційних повноважень, доопрацювання етичного кодексу службовця державної служби та служби в органах місцевого самоврядування з позиції забезпечення становлення його належного, відповідного концепції людиноцентризму, морально-етичного рівня, є на часі та потребує подальших наукових досліджень і практичної нормотворчої роботи.

Список використаної літератури

1. Європеїзація публічного адміністрування в Україні в контексті європейської інтеграції: матеріали наук.-практ. конф. 17 груд. 2009 р., м. Дніпропетровськ / за заг. ред. Л.Л. Прокопенка. Дніпро: ДРІДУ НАДУ, 2009. 224 с.
2. Енциклопедичний словник з державного управління/ уклад.: Ю.П. Сурмін, В.Д. Бакуменко, А.М. Михненко та ін.; за ред. Ю.В. Ковбасюка, В.П. Трощинського, Ю.П. Сурміна. Київ: НАДУ, 2010. 820 с.
3. Колесникова К.О. Співвідношення державного управління та публічного адміністрування у процесі суспільної трансформації. *Публічне управління: теорія та практика*. 2013. Вип. 3. С. 41–45.
4. Малиновський В.Я. Державне управління: Навчальний посібник. Вид. 2-е, доп. та перероб. К, 2003. 576 с.
5. Демократичне урядування та публічне адміністрування: проблеми вимірювання та аудиту: наук.-метод. посіб. / авт. кол.: А.Ф. Колодій, М.З. Бунік, П.М. Петровський та ін. К.: НАДУ. 2011. 56 с.
6. Таран Є.І. Співвідношення понять «державне управління», «публічне адміністрування» та «публічне управління» у трансформаційних процесах України. *Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського. Серія: Державне управління*. 2020. Том 31 (70) № 2. С. 33–37
7. Серов О.В. Аналіз термінологічного забезпечення категорійно-понятійного апарату в галузі знань «Публічне управління й адміністрування». *Державне управління: теорія та практика*. 2016. № 2. С. 15–23
8. Семенчук Т.Б. Сутність категорії «Публічне адміністрування» та передумови її формування. *Вісник економіки транспорту і пром.* 2013. № 42. С. 385–389
9. Державне управління: підручник: у 2 т. / Нац. акад. держ. упр. при Президентіві України; ред. кол.: Ю.В. Ковбасюк (голова), К.О. Ващенко (заст. голови), Ю.П. Сурмін (заст. голови) та ін.. К.; Дніпропетровськ: НАДУ, 2012. Т. 1. 564 с.
10. Россинский Б.В. Административное право: учебник. 4-е изд., пересмотр. и доп.. М., 2009. 928 с.
11. Яковлев І.П. Форми і методи публічного адміністрування у державній митній справі: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право». Одеса, 2016. 224 с.
12. Летучий Д. Типологія стилів управління персоналом у сфері державної служби / Державне управління та місцеве самоврядування: зб. наук. пр. / Нац. акад. держ. упр. при Президентіві України, Дніпропетр. регіон. ін-т держ. упр. Д.: ДРІДУ НАДУ, 2011. Вип. 4(11). С. 223–231
13. Ключко А.О. Теоретичні аспекти дослідження стилю управління в керівників освітніх організацій. Актуальні проблеми психології: зб. наук. праць Інституту психології імені Г.С. Костюка НАПН України. 2017. № 47. С. 29–33
14. Стрельцов Є.Л. Правове регулювання або правове управління: привід для обговорення. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2017. № 10. С. 8–17.
15. Сырых В.М. Теория государства и права: учебник. М., 2001. 592 с.
16. Плавич В.П. Правове регулювання ринкових економічних відносин. *Правова держава*. 2002. № 4. С. 175–184.
17. Чистов С.М. Державне регулювання економіки: навч.-метод. посіб. для самост. вивч. дисц. К.: КНЕУ, 2002. 208 с.

18. Шопіна І. М. Щодо концептуальних підходів до визначення поняття правового регулювання. *Форум права*. 2011. № 2. С. 1055–1061
19. Реснянская С. О. Законодательная, исполнительная и судебная ветви власти в системе разделения властей. *Известия Алтайск. гос. ун-та*. 2009. № 4–1. С. 280–283.
20. Чернушкіна О. О. Особливості управлінської праці в сучасних умовах. *Глобальні та національні проблеми економіки*: електрон. наук. вид. Миколаїв. нац. ун-т ім. В. О. Сухомлинського. Миколаїв, 2016. Вип. 11. С. 654–658
21. Воронов О. Інтерпретація поняття «управлінське рішення» у сфері державного управління. *Державне управління та місцеве самоврядування*. 2015. Вип. 2. С. 38–47.
22. Васильев А. С. Подготовка и принятие управленческих решений: организационно-правовые проблемы. О.: Бахва, 1997. 160 с.
23. Семеній О. Ознаки адміністративного розсуду в діяльності суб'єктів публічної адміністрації. *Підприємство, господарство і право*. 2017. № 6. С. 136–139
24. Папкова О. О. Понятие судейского усмотрения. *Журнал российского права*. 1997. № 12. С. 98–118
25. Маськовіта М. М. Деонтологічні кодекси як морально-правова основа підвищення ефективності реалізації присяги. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Серія: Юридичні науки. 2016. № 837. С. 287–291
26. Люхтерхандт О. Експертний висновок щодо проекту «Концепція реформи адміністративного права України». *Адміністративна реформа в Україні: Документи і матеріали*. Укр. правов. часоп. 1999. Вип. 4. С. 92–106

References

1. Europeanizing of public administration in Ukraine in the context of European integration: materials of science-pract. conf. 17 december. (2009), Dnipropetrovsk / after gen. real. L. L. Prokopenko. Dnopr: DRIPA of NAPA, 224 p. [in Ukrainian].
2. Encyclopaedic dictionary from state administration (2010). mode.: U. P. Surmin, V. D. Bakumenko, A. M. Michnenko and other; under release. U. V. Kovbasuk, V. P. Troshinskiy, U. P. Surmin. Kyiv: of NAPA, 820 p. [in Ukrainian].
3. Kolesnikova K. O. (2013) Correlation of state administration and public administration in the process of public transformation. *Public management: theory and practice*. Vol. 3. P. 41–45. [in Ukrainian].
4. Malynovskiy V. Y. (2003). *State administration: train. Kind*. 2nd. K, 576 p. [in Ukrainian].
5. Democratic management and public administration: problems of measuring and audit: scientifically-methodical manual / authorial group.: (2011) A. F. Colodiy, M. Z. Bunyk, P. M. Petrovskiy and other K.: NAPA. 56 p. [in Ukrainian].
6. Taran E. I. (2020). Correlation of concepts «state administration», «public administration» and «public management», is in the transformation processes of Ukraine. *Scientists of message of TNU under the name of V. I. Vernadskiy. Series: State administration*. Vol 31(70) № 2. P. 33–37 [in Ukrainian].
7. Serov O. V. (2016). Analysis of the terminological providing of категорійно-понятійного vehicle in area of knowledge the «Public management and administration». *State administration: theory and practice*. № 2. P. 15–23 [in Ukrainian].
8. Semenchuk T. B. (2013). Essence of category «Public administration» and pre-conditions of her forming. *Announcer of economy of transport and industry*. № 42. P. 385–389 [in Ukrainian].
9. State administration: is a textbook: in 2 parts. / Nat. akad. state. gov. at President of Ukraine; editorial college.: (2012). U. V. Kovbasiuk (chairman), K. O. Vashenko (deputy of chairman), U. P. Surmin (deputy of chairman) and other. Dnipropetrovsk: of NASU, T. 1. 564 p. [in Ukrainian].
10. Rossinsky B. V. (2009). *Administrative law: Textbook*. 4th ed., Revision. and add. M., 928 p. [in Russian].
11. Yakovlev I. P. (2016). Forms and methods of public administration in the State Customs: Dis. Cand. Law. Sciences: special. 12.00.07 «Administrative Law and Process; finance law; Information law». Odessa, 224 p. [in Ukrainian].
12. Letuchiy D. Typology of personnel management staff in the field of civil service (2011). *Public Administration and Local Self-Government*. National governance academy Under the President of Ukraine, Dnipropetr. Region. Institute of State. D.: NAPA, Vol. 4 (11). P. 223–231. [in Ukrainian].
13. Klochko A. O. (2017). Theoretical aspects of studying the style of management of educational organizations. *Actual Problems of Psychology*. Collection of scientific works of the Institute of Psychology named after G. S. Kostyuk NALS of Ukraine. № 47. P. 29–33. [in Ukrainian].
14. Streltsov E. L. (2017). Legal regulation or legal management: an excuse for discussion. *Bulletin of the Southern Regional Center of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*. No. 10. P. 8–17. [in Ukrainian].
15. Syrych V. M. (2001). *State and Law Theory: Tableware*. M., 592 p. [in Russian].
16. Plavich V. P. (2002). Legal regulation of market economic relations. *Constitutional State*. No. 4. P. 175–184. [in Ukrainian].
17. Chistov P. M. (2002). *State Adjustment of the Economics: Teaching method. manual. for self. Learning*. Disc. K.: KNEU, 208 p. [in Ukrainian].

18. Shopina I. M. (2011). Regarding conceptual approaches to determining the concept of legal regulation. Forum right. № 2. P. 1055–1061 [in Ukrainian].
19. Rosinskaya S. O. (2009). Legislative, executive and judicial branches of power in the system of separation of the authorities. Ivestiya Altaisk State university. № 4–1. P. 280–283. [in Russian].
20. Chernushkina O. O. (2016). Features of managerial labor in modern conditions. Global and National Problems of Economics: Electron. science. kind. Mykolaiv. Nation. University under the name of V. O. Sukhomlinsky. Nikolaev, Vol. 11. P. 654–658. [in Ukrainian].
21. Voronov O. (2015). Interpretation of the concept of «managerial decision» in the field of public administration. Public Administration and Local Self-Government. Vol. 2. P. 38–47. [in Ukrainian].
22. Vasilyev A. S. (1997). Preparation and adoption of management decisions: Organizational and legal problems. Odesa.: Bachva, 160 p. [in Russian].
23. Semenyi O. (2017). Signs of administrative discretion in the activities of public administration subjects. Entrepreneurship, economy and law. No. 6. P. 136–139 [in Ukrainian].
24. Papkova O. (1997). The concept of a judicial discretion. Journal of Russian Law. № 12. P. 98–118 [in Russian].
25. Maskovita M. M. (2016). Deontological Codes as a moral and legal basis for increasing the efficiency of realization of sworn. Bulletin of the National University «Lviv Polytechnic». Series: Legal sciences. No. 837. P. 287–291 [in Ukrainian].
26. Lukherhandt O. (1999). Expert opinion on the project «Concept of Reform of Administrative Law of Ukraine». Administrative reform in Ukraine: documents and materials. Ukr. Law. Hours. Vol. 4. P. 92–106 [in Ukrainian].

Стаття надійшла 15.05.2021 р.

П. П. Билык, канд. юрид. наук, доцент
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
Кафедра административного и хозяйственного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина
e-mail: pasha.bilik@ukr.net

И. А. Осадчая, адвокат, старший преподаватель
Одесская национальная академия пищевых технологий
Кафедра социологии, философии и права
ул. Канатная, 112, Одесса, 65039, Украина
e-mail: pravnic@ukr.net

АДМИНИСТРАТИВНОЕ УСМОТРЕНИЕ В ПУБЛИЧНОМ АДМИНИСТРИРОВАНИИ И ЕГО СВЯЗЬ С ЮРИДИЧЕСКОЙ ДЕОНТОЛОГИЕЙ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ

Резюме

В процессе реализации функций и задач государства по обеспечению реализации прав и свобод человека должностные лица системы органов публичного администрирования, исходя их концепции построения компетенционного административного законодательства, зачастую сталкиваются с необходимостью принимать управленческие решения, исходя из административного усмотрения. Эффективность и целесообразность принятых и реализуемых в таких условиях управленческих решений напрямую зависит от профессионального уровня публичного администратора. Уровень профессионализма зависит не только от уровня знаний и навыков публичного администратора, но и в не-малой степени от его стремления и желания надлежащим образом выполнить свое профессиональное призвание. Юридическая деонтология способствует нормативному определению оптимального свода морально-этических требований, соответствие которым свидетельствует о готовности служащего системы органов публичного администрирования реализовывать функции и задачи государства надлежащим образом.

Ключевые слова: Государственное управление, публичное администрирование, компетенция, человекоцентризм, функции и полномочия, административное усмотрение, административные услуги, юридическая деонтология.

P. P. Bilyk, Candidate of Juridical Science, Associate Professor
 Odesa I. I. Mechnikov National University
 The Department of Administrative and Commercial Law
 Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine
 e-mail pasha.bilik@ukr.net

I. A. Osadcha, Lawyer, Senior Lecturer
 Odessa National Academy of Food Technologies
 Department of Sociology, Philosophy and Law
 Street Kanatna, 112, Odessa, 65039, Ukraine
 e-mail: pravnic@ukr.net

ADMINISTRATIVE DISCRETION IN PUBLIC ADMINISTRATION AND ITS CONNECTION WITH LEGAL DEONTOLOGY: THEORETICAL AND LEGAL ASPECT

Summary

In the process of implementing the functions and objectives of the state to ensure the realization of human rights and freedoms Officials of the public administration authorities based on the concept of building competent administrative legislation often face the need to make management decisions, based on their administrative discretion. Effectiveness and feasibility of adopted and implemented in such conditions managerial decisions directly depends on the professional level of the public administrator. The level of professionalism depends not only on the level of knowledge and skills of the public administrator, but also depends a considerable extent from its desire and desire to properly blame its professional vocation. Legal deontology contributes to the regulatory definition of the optimal crime of moral and ethical requirements compliance with which testifies to the readiness of the public administration authorities system to implement the functions and objectives of the state as appropriate. The article analyzes the concept of public administration and is concluded about its identity of the Public Administration category. Both administrative and legal categories are manifested as the process of developing, making and implement management decisions. Administrative legislation is constructed in such a way that its procedural part based on opportunities based on and within the Constitution and Laws of Ukraine, it is based on public administration based on administrative discretion. In public administration, the result of the implementation of the administrative discretion is the formation of an appropriate management style, as the result of the use and variation association of permissible forms and management methods. The public administrator is a representative of the state in a relationship with a person. The level of rights and freedoms proclaimed by law depends on his management decisions. Given the need to appeal when making decisions to administrative discretion, the deontological component of the professional characteristics of the public administrator seems to be significant.

Keywords: State government, public administration, competence, human reference-point, functions and plenary powers, administrative discretion, administrative services, legal deontology.

УДК 347.9

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2021.42.232422>

Н. В. Льєва, канд. юрид. наук, доцент
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
Кафедра адміністративного та господарського права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна
e-mail: nvh2@i.ua
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5710-1318>

Е. А. Крістева, аспірантка
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
Економіко-правовий факультет
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна
e-mail: ella.kristeva@gmail.com

ОСНОВНІ ФУНКЦІЇ НОТАРІАЛЬНОЇ ТАЄМНИЦІ В УКРАЇНІ

Статтю присвячено функціям нотаріальної таємниці, як одним з основоположних структурних компонентів системи нотаріальної діяльності в Україні. Функції відіграють найбільш активну роль у правовій системі будь-якої держави, тому що спрямовані на виконання завдань, які стоять перед суспільством. Автори проаналізували поняття, зміст та сутність функцій нотаріальної діяльності в Україні, розкрили юридичну природу нотаріальної таємниці в Україні, провели аналіз функцій нотаріальної таємниці, а також процесуальних аспектів, пов'язаних із ними.

Ключові слова: нотаріальна діяльність, нотаріальна таємниця, інформація, професійна таємниця, функції нотаріальної таємниці, нотаріус.

Постановка проблеми. Захист прав та законних інтересів фізичних і юридичних осіб, запобігання правопорушенням – є основним завданням нотаріату, авторитет і значення якого невпинно зростає в нинішніх умовах кардинального реформування соціально-економічних відносин. Нотаріат в Україні – це правовий інститут, покликаний забезпечувати позасудову охорону та захист прав і законних інтересів фізичних і юридичних осіб, територіальних громад, а також держави шляхом вчинення в межах безспірних правовідносин нотаріальних дій уповноваженими посадовими особами. В цьому визначенні наведені всі характерні риси нотаріату як правового інституту: позасудова охорона та захист прав і законних інтересів, безспірність правовідносин, щодо яких вчиняються нотаріальні дії, здійснення нотаріальних дій уповноваженими на те органами та посадовими особами, а також функції нотаріату: охорони та захисту.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Предметом аналізу та науково-теоретичним підґрунтям стали праці видатних вітчизняних та зарубіжних вчених, які безпосередньо досліджують проблематику організації діяльності органів нотаріату та сутність нотаріальної таємниці в Україні, серед яких слід зазначити праці: В. В. Баранкової, М. В. Бондаревої, Г. Ю. Гулевської, Н. М. Денисяк, М. С. Долинської, К. Л. Зілковської, Н. В. Льєвої, В. В. Комарова, Я. П. Панталієнко, В. М. Парасюк, Л. С. Сміян, К. І. Федорової, С. Я. Фурси та інших.

Мета статті. На підставі дослідження наукової юридичної літератури, доробків науковців та вчених, нормативно-правових актів встановити правову природу функцій нотаріальної таємниці, виявити прогалини у правовому полі, опрацювати і запропонувати шляхи розвитку, методи та способи вдосконалення чинного законодавства України, яким реалізується інститут нотаріату в Україні.

Виклад основного матеріалу. Активна роль права в житті суспільства та його соціальне призначення виражаються в його функціях. У розумінні функцій права в юридичній літературі немає однаковості і однотайності. Функції права почали розроблятися на початку ХХ століття. Так, на думку одних вчених, функціями права є реалізація його

соціального призначення, що складається з потреб суспільного розвитку. Інші вважають, що функції права – це головні напрямки правового впливу на суспільні відносини, тобто форми, способи, шляхи впливу права на суспільні відносини. Однак багато вітчизняних вчених вважають, що поняття «функції права» повинне охоплювати обидва ці аспекти – і соціальне призначення права і які з цього призначення способи, шляхи впливу права на суспільні відносини.

Отже, функції права – головні елементи правового впливу на суспільні відносини, обізнаність і поведінку суб'єктів суспільних відносин з наміром рішення певних завдань та їхнього упорядкування. Найважливіша функція права зводиться до того, що вона є нормативним і загальнообов'язковим способом визначення суспільних відносин, а тому і функція є нормативно-регулюючою.

Загалом термін «функція» є досить багатозначним. Наприклад, у кібернетиці функція означає цілеспрямовану дію певної системи (структури), в математиці функція – перемінна величина, що змінюється залежно від зміни іншої величини, а в юриспруденції поняття «функція» характеризує соціальну роль держави і права» [1, с. 375].

У дослідженні кібернетиків Р. Акоффа і Ф. Емері зазначається, що «функцію не можна відривати від структури – функціональне уявлення про природу речей є цілком сумісним із структурним розумінням цієї природи. Так, слід розрізнити зовнішні й внутрішні функції речей або подій, які залежать від їх структури» [2, с. 149].

Намагався свого часу розкрити поняття, зміст, сутність функції права відомий вчений-юрист В.Г. Смирнов, який стверджує, що поняття «функція права» синтезує завдання і способи регулювання суспільних відносин, що визначаються єдністю мети і методів їх регулювання. Завдання та методи не можуть бути зрозумілими без з'ясування структури і змісту предмета, на який впливає право, а поняття функції права фактично відображає в сукупності предмет, завдання і метод регулювання» [3, с. 159].

На думку В.В. Ісаєвої, «функція права впливає з її сутності і визначається призначенням права в суспільстві. Функції – це «світіння» сутності права в суспільних відносинах. Водночас, будучи проявом іманентних властивостей сутності, функції не зводяться до них і не є простою їх «проекцією». Не можна механічно зв'язувати функції і сутність права. Як явище завжди містить момент незалежності від сутності, так і функція права має певну ступінь незалежності від його сутності» [4, с. 45–48].

В. С. Ковальський вважає, що «розкриваючи складну взаємодію принципів і функцій права, потрібно зазначити, що напрями впливу – це найбільш суттєвий компонент функції права, вони є свого роду відповіддю на потреби суспільного розвитку, наслідком законодавчої політики, що концентрує ці потреби і трансформує їх у позитивне право, публічні обов'язки. Змінюються, збільшуються суспільні потреби – змінюються та розширюються функції і принципи права. І навпаки, зменшуються ці потреби – це відбивається і у функціях права, про що свідчить, наприклад, історичний досвід побудови соціалізму та комунізму в окремо взятій країні, досвід розбудови правової держави в Україні» [1, с. 155].

Багато вчених під функцією права мають на увазі громадське призначення права чи його рух правового впливу на громадські відносини, або все разом. У цьому випадку необхідно звернути увагу на нераціональність та непрактичність ототожнення або конфронтацію напрямів правового впливу громадському призначенню права і навпаки. Трактуючи розуміння будь-якої функції права, треба постійно передбачати визначеність функцій призначенням права і зв'язок призначення права з течією його впливу. У суспільному житті функції права розкриваються через основні напрями впливу на суспільні відносини.

Отже, вважаємо, що функції права – це основні напрями впливу права на поведінку суб'єктів суспільних відносин, що обумовлені сутністю та соціальним призначенням права.

І. В. Антошина вказує, що «мета вивчення механізму реалізації функції права та її елементів полягає у з'ясуванні суті та змісту інформаційної функції права в ракурсі інформаційного впливу права» [5, с. 214–219].

Дослідження механізму реалізації інформаційної функції права зумовлює теоретико-правовий аналіз його сутності та елементів. Як вважає Є. М. Корж, «механізм реалізації інформаційної функції права – це система правової інформації, суб'єктів, об'єктів і юридичних засобів правового інформування та підтримання інформаційної цілісності правової системи, що пов'язані між собою різноманітними взаємодіями і взаємовпливами для досягнення мети правового регулювання. До елементів механізму реалізації інформаційної функції права відносяться: система правової інформації; суб'єкти, які здійснюють функції права; об'єкти впливу інформаційної функції права; юридичні засоби правового інформування та підтримання інформаційної цілісності правової системи» [6, с. 12].

Функції права мають дуже важливе значення у правовій системі. Вони, разом з принципами права, є необхідними відправними структурними елементами цієї системи. Функції права без сумніву націлені на виконання завдань, що стоять перед державою.

Функції права не існують ізольовано одна від одної, вони взаємозалежні та зв'язані між собою і реалізують сукупний вплив на державу, суспільство шляхом юридичних засобів. Значна кількість вчених класифікують функції права на загально-соціальні та спеціально-юридичні, але є науковці, які виділяють і інші умови поділу функцій права. Так, наприклад, Н. М. Оніщенко підкреслює, що «можна виділити п'ять функцій права, що утворюють систему:

- міжгалузеві (властиві двом чи більше, але не всім галузям права);
- загальноправові (властиві всім галузям права);
- галузеві (властиві одній галузі права);
- правових інститутів (властиві конкретному інституту права);
- норм права (властиві конкретному виду норм права)» [7, с. 35].

Таким чином, розуміємо, що поняття функції права включає в себе основні напрямки впливу права на суспільні відносини, які визначаються соціальним призначенням права в житті суспільства. Відповідно цьому можна відзначити наступні особливості функцій права:

- виражають універсальні ознаки права, його соціальне призначення в різних сферах суспільного життя;
- відображають напрями активного впливу права на суспільні відносини;
- характеризуються безперервністю і тривалістю дії та водночас гнучкістю змісту відповідно до мінливості суспільних відносин;
- мають на меті упорядкування суспільних відносин у повній відповідності з задумом нормотворця (законодавця) і очікуваннями адресатів правових норм;
- діють у єдиній цілісній системі на кожному етапі розвитку суспільства і вважаються реалізованими лише тоді, коли повністю вирішені усі завдання і досягнуті результати правового регулювання;
- кожна з них використовує відповідний їй арсенал правових способів (дозволів, зобов'язань, заборон, заохочень, покарань тощо). Функції права можна класифікувати так: загально-соціальні і юридичні (спеціально-соціальні) [8].

С. Я. Фурса та Є. І. Фурса, аналізуючи проблеми функцій саме нотаріальної діяльності, приходять до висновку, що «основною функцією нотаріату при здійсненні правоохоронної функції є регулювання нотаріусом прав на стадії їх реалізації» [9, с. 12].

Г. Г. Черемних вважає, що основною функцією нотаріату є «надання кваліфікованої юридичної допомоги». Водночас у юридичному підручнику «Нотаріальне право», який виданий у співавторстві з І. Г. Черемних, автори чітко та глибоко досліджують функції нотаріату, відокремлюючи їх в залежності від джерела: «ті, що витікають з публічно-правового характеру нотаріальної діяльності, та ті, що витікають з приватноправового характеру діяльності нотаріату» [10, с. 19].

Вважаємо, що основна функція нотаріату в Україні чітко визначена у ст. 1 Закону України «Про нотаріат», яка закріплює, що на нотаріат «покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії передбачені цим Законом з метою надання їм юридичної вірогідності» [11]. Разом із цим,

це основна функція, яка не припиняє дію системи інших, вторинних функцій, які виконує нотаріат.

Виходячи з ступеня важливості, функції нотаріату можуть бути класифіковані на основні та вторинні. З цією класифікацією до основних функцій нотаріату належить:

- 1) посвідчення прав та фактів, які мають юридичне значення;
- 2) вчинення нотаріальних дій з метою надання їм юридичної вірогідності.

Те, що ці функції належать до важливих та основних, прямо витікає із ст. 1 Закону. Проте, вбачається, що цей перелік повинен бути доповнений і функцією захисту прав та законних інтересів суб'єктів цивільних правовідносин у порядку та обсязі визначених чинним законодавством. Аналіз Закону дає підстави стверджувати, що він визначає і інші функції нотаріату. Вони визначені через обов'язки нотаріуса, які закріплені у ст. 5 Закону.

Значна кількість дій, що вчиняються сьогодні суб'єктами правовідносин вимагає нотаріального посвідчення. Їх кількість постійно зростає, а отже зростає потреба у кваліфікованій нотаріальній діяльності. Можна вважати, що функціональну сутність нотаріату утворює вся сукупність дій, які має право вчиняти нотаріус. Звичайно, що найважливіша сторона функціональної сутності діяльності нотаріуса пов'язана із фіксацією виникнення, зміни або припинення особи-учасника правовідносин суб'єктивних прав. Як загалом відомо, джерелом виникнення, зміни та припинення суб'єктивних прав особи є волевиявлення суб'єкта правовідносин. У ситуаціях можливого порушення і оспорювання прав особи, ця функціональна суть нотаріату набуває особливого значення.

Через високу зацікавленість та інтерес, щодня нотаріальна таємниця привертає до себе підвищену увагу злочинного світу, маючи на меті вивідати секрети нотаріального провадження для своїх корисних цілей. Збереження професійної таємниці є одним з елементів обов'язків нотаріуса. Згідно Закону України «Про нотаріат», нотаріус та особи, яким надано право вчиняти деякі нотаріальні дії, а також помічник нотаріуса зобов'язані зберігати нотаріальну таємницю, навіть якщо їх діяльність обмежується наданням правової допомоги чи ознайомленням з документами і нотаріальна дія або дія, яка прирівнюється до нотаріальної, не вчинялась [11].

Розголошення нотаріальної таємниці у правовій державі неприпустимо та карається законом. Так, в основі будь-якої таємниці, як вказують у своїй монографії Д. В. Журавльов, О. В. Коротюк та К. І. Чижмарь, лежить «приховування» певних відомостей і обмежене коло осіб, які володіють зазначеними відомостями. Як зазначалося, ознаками будь-якої таємниці є: визначене коло зобов'язаних суб'єктів (щодо яких передбачається обов'язок дотримуватися таємниці); важливість (значимість, цінність) відомостей, що складають предмет таємниці; можливість завдання шкоди правам та законним інтересам будь-яких осіб або держави в разі поширення відомостей; правова охорона (тобто охорона відомостей, що становлять предмет таємниці, чинним законодавством). При цьому, важливість відомостей, що складають предмет таємниці, та в силу цього – можливість завдання шкоди правам і законним інтересам будь-яких осіб у разі їх неправомірного розповсюдження є необхідною підставою правової охорони цих відомостей. З огляду на це, необхідність приховування відомостей зумовлена цінністю відомостей і загрозою завдання відповідної шкоди. При цьому, рівень (ступінь) цінності відомостей є основоположними для розкриття питання можливості завдання шкоди.

Наприклад, відомості, що є цінними в суб'єктивному розумінні, тобто для конкретно визначеної особи, але не знаходяться в межах охоронюваних законом прав, свобод, інтересів, в разі їх поширення серед необмеженого кола осіб, не можуть завдати шкоди, достатньої для передбачення юридичної відповідальності за їх поширення. Тому визначальним питанням при визначенні цінності (важливості) інформації є її з охоронюваними законом правами та інтересами, змістовна сутність зазначеного зв'язку з правами та інтересами. У випадку відсутності зазначеного зв'язку поширення цих відомостей не є суцільно небезпечними. Знаходження цінної інформації в межах визначеного кола

суб'єктів забезпечує дотримання прав і законних інтересів, а їх вихід за межі зазначеного кола осіб – зачіпає і порушує чийсь права та інтереси [12, с. 22].

Отже, вважаємо, що дотримання таємниці є дотриманням і збереженням прав громадян, їх охороною від порушень.

З моменту свого виникнення нотаріат являє собою унікальний інститут превентивного правосуддя, який покликаний забезпечувати чітку реалізацію прав і законних інтересів учасників цивільного обороту з метою попередження звернення останніх до судових інстанцій за захистом. Щодня до нотаріусів і посадових осіб, на яких покладено виконання деяких нотаріальних дій, звертаються тисячі громадян і представників юридичних осіб за посвідченням угод, засвідченням копій документів або вчиненням інших нотаріальних дій. Одним з основоположних принципів здійснення нотаріальної діяльності – є дотримання нотаріальної таємниці як найважливіший засіб забезпечення можливості людини реалізувати свою автономію, незалежність в цьому світі, коли кожного з нас оточує величезна кількість людей, органів, організацій, які проявляють до нашого життя великий інтерес.

Нотаріальна таємниця, поряд з адвокатською, банківською та медичною відноситься до різновидів професійної таємниці. Як відомо, професійна таємниця – це матеріали, документи, інші відомості, якими користується людина в процесі виконання своїх професійних обов'язків, її забороняється розголошувати у будь-якій формі. Збереження в таємниці відомостей, отриманих у зв'язку з вчиненням нотаріальних дій, тобто забезпечення конфіденційності взаємин нотаріуса і зацікавлених осіб дають правові гарантії належного захисту суб'єктивних прав [13, с. 36–45].

Треті особи не повинні стежити і слідкувати за рухом нотаріальної процедури. Конфіденційність необхідна бути організована змогою провести бесіду і вчинити нотаріальну дію в ізольованому окремому приміщенні. Цей обов'язок нотаріусу необхідно реалізовувати без різниці де здійснюється нотаріальна діяльність: чи в приміщенні нотаріальної контори або за її межами. Це один з головних і важливих способів забезпечення здатності людини реалізувати свої права та автономію.

У європейському законодавстві закріплені не менш жорсткі правила щодо охорони нотаріальної таємниці. У більшості країн такі норми взяті за основу, однак існує і спеціальне законодавство, що охороняє нотаріальну таємницю та встановлює відповідальність за її порушення. У Франції, наприклад, норми дотримання нотаріальної таємниці є елементом професійної етики нотаріуса та прописані в Національному регламенті професії. Безпека клієнта є основоположним принципом роботи нотаріуса. Посвідчення документів, обмін кореспонденцією чи конфіденційною інформацією в усній формі відбувається з додержанням цього принципу. У випадку його недотримання на порушника чекає покарання у вигляді кримінального, цивільного та дисциплінарних стягнень. Варто зауважити, що європейський законодавець хоча і забезпечує належний порядок дотримання нотаріальної таємниці, стоїть на стороні захисту суспільного інтересу та суспільного блага – професійна таємниця не є абсолютною: нотаріус має розкрити зміст нотаріального запису у кримінальному судочинстві або коли того вимагає норма Закону. Проте і тут існують винятки, зокрема, у ФРН розголошення відомостей у судовому процесі є допустимим, якщо всі учасники посвідчення звільняють нотаріуса від збереження таємниці. У Литовській Республіці вимоги, що висуваються до нотаріальних бюро, встановлюються Міністром юстиції з урахуванням того, що у приміщеннях нотаріального бюро мають бути створені умови для збереження таємниці нотаріальних дій.

Висновки і пропозиції. Отже, нотаріальна таємниця, як вже зазначалось, має надзвичайно вагомe значення під час здійснення нотаріального провадження, адже вона підкріплює довіру громадян до нотаріату та є одним із важливих правил діяльності самого нотаріуса, що забезпечує його авторитет. Додержання таємниці вчинюваних нотаріальних дій є одним із важливих правил діяльності нотаріуса, що забезпечує його професійну повагу і перешкоджає виникненню несприятливих наслідків для осіб, які звернулися до нотаріуса. Це означає, що державні та приватні нотаріуси не можуть розголошувати ві-

домості, що стали їм відомі у зв'язку із вчиненням нотаріальних дій. Вимога додержання таємниці вчинюваної нотаріальної дії стосується не тільки змісту дії, а й самого факту її вчинення.

Список використаної літератури

1. Оборотов Ю. Н. Общетеоретическая юриспруденция. Феникс. 2011. 436 с.
2. Акофф Р. О целеустремленных системах. Москва. 1974. 272 с.
3. Смирнов В. Г. Функции права. ЛГУ. 1965. 188 с.
4. Ісаєва В. В. Функції права: теоретико-правовий аналіз. *Часопис Київського університету права*. 2013. № 1. С. 45–48.
5. Антошина І. В. Механізм реалізації інформаційної функції права. *Актуальні проблеми держави і права*. 2012. № 64. С. 214–219.
6. Корж Є. М. Реалізація інформаційної функції права в діяльності органів внутрішніх справ: автореф. дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук: спец. 12.00.07. Харків, 2010. 20 с.
7. Онопенко П. В. Правоохоронні функції української держави: зміст і реалізація: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2005. 193 с.
8. Погорілко В. Ф. Функції української держави та її правові основи. *Бюлетень Міністру України*. 2004. № 1.
9. Фурса С. Я. Нотаріальний процес: Теоретичні основи. Київ. Істина. 2002. 320 с.
10. Черемных Г. Г., Черемных И. Г. Нотариальное право. Эксмо. 2006. С. 17–27.
11. Про нотаріат: Закон України від 02.09.1993 № 3425-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 39.
12. Правова охорона нотаріальної таємниці: монографія / Д. В. Журавльов, О. В. Коротюк, К. І. Чижмарь. К.: ОВК, 2017. 190 с.
13. Ільєва Н. В., Крістева Е. А. Сутнісний аналіз поняття та змісту нотаріальної таємниці в Україні. *Правова держава*. Одеса: 2020. № 37. С. 36–45.

References

1. Oborotov Yu. N. (2011). General theoretical jurisprudence.: Fenyks [in Russian].
2. Akoff R. (1974). About purposeful systems.: Moskow [in Russian].
3. Smyrnov V. H. (1965). Functions of law.: LHU[in Russian].
4. Isaieva V. V. (2013). Functions of law: theoretical and legal analysis.: Chasopys Kyivskoho universytetu prava [in Ukrainian].
5. Antoshyna I. V. (2012). Mechanism of implementation of information functions of law. Actual problems of power and law [in Ukrainian].
6. Korzh Ye. M. (2010). Realization of the informational function of law in the activity of internal authorities. Extended abstract of candidate's thesis. Kharkiv [in Ukrainian].
7. Onopenko P. V. (2005). Law enforcement functions of the Ukrainian state: change and implementation. Extended abstract of candidate's thesis. Kyiv [in Ukrainian].
8. Pohorilko V. F. (2004). Functions of the Ukrainian state and legal basis.: Biuleten Miniustu Ukrainy [in Ukrainian].
9. Fursa S. Ya. (2002). Notarial process: Theoretical basis.: Kyiv. Istyna [in Ukrainian].
10. Cheremnykh H. H., Cheremnykh, Y. H. (2006). Notarial law.: Eksmo [in Russian].
11. Law of Ukraine on the Notary Public No. 3425-XII. (1993, September 2). Vidomosti Verkhovnoyi Rady of Ukrayiny, 39 [in Ukrainian].
12. Zhuravlov D. V., Korotiyuk, O. V., & Chyzhmar K. I. (2017) Legal protection of notarial taemmitsi. KYIV: OVK [in Ukrainian].
13. Ilieva N. V., Kristieva E. A. (2020). Daily analysis of the understanding and the witness of the notarial office in Ukraine.: Odesa. Pravova derzhava, 37 [in Ukrainian].

Стаття надійшла 15.05.2021 р.

Н. В. Ильева, канд. юрид. наук, доцент
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
Кафедра административного и хозяйственного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина
e-mail: nvh2@i.ua
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5710-1318>

Э. А. Кристева, аспирантка
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
Экономико-правовой факультет
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина
e-mail: ella.kristeva@gmail.com

ОСНОВНЫЕ ФУНКЦИИ НОТАРИАЛЬНОЙ ТАЙНЫ В УКРАИНЕ

Резюме

Статья посвящена функциям нотариальной тайны, как одним из основных структурных компонентов системы нотариальной деятельности в Украине. Функции права играют наиболее активную роль в правовой системе любого государства, так как направлены на выполнение задач, стоящих перед обществом. Авторы проанализировали понятие, содержание и сущность функций нотариальной деятельности в Украине, раскрыли юридическую природу нотариальной тайны, провели анализ функций нотариальной тайны, а также процессуальных аспектов, связанных с ними.

Ключевые слова: нотариальная деятельность, нотариальная тайна, информация, профессиональная тайна, функции нотариальной тайны, нотариус.

N. V. Ilieva, Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor
Odesa I. I. Mechnikov National University
the Department of Administrative and Commercial Law
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine
e-mail: nvh2@i.ua
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5710-1318>

E. A. Kristeva, student PhD
Odesa I. I. Mechnikov National University
Economics and Law Faculty
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine
e-mail: ella.kristeva@gmail.com

MAIN FUNCTIONS OF NOTARIAL SECRET IN UKRAINE

Summary

The article is devoted to the functions of notarial secrecy as one of the fundamental starting structural components of the system of notarial activity in Ukraine. The functions of law play the most active role in the legal system of any state, because they are aimed at fulfilling the tasks facing society. The authors analyzed the concept, content and essence of the functions of notarial secrecy in Ukraine, revealed the legal nature, conducted a comprehensive analysis of the functions of notarial secrecy, procedural aspects related to them.

Every day, thousands of citizens and representatives of legal entities apply to notaries and officials entrusted with the performance of certain notarial acts to certify agreements, certify copies of documents or perform other notarial acts. One of the fundamental principles of notarial activity – is the observance of notarial secrecy as the most important means of



enabling a person to realize their autonomy, independence in this world, when each of us is surrounded by a huge number of people, bodies, organizations that show great interest in our lives.

In carrying out his professional activity, a notary always gets acquainted with many facts of a person's private life, without the knowledge of which it is impossible for him to exercise his notarial powers. A person must provide their documents in which information, the disclosure of which can create many problems in the future for both parties to the notarial process. We believe that the secret of notarial activity is designed to realize the privacy of a person. This rule exists in the legislation of many countries.

The purpose of the article. Based on the study of scientific legal literature, achievements of scientists and scholars, regulations to establish the legal nature of the functions of notarial secrecy, identify gaps in the legal field, develop and propose ways of development, methods and ways to improve current legislation of Ukraine governing the institution of notaries in Ukraine.

Keywords: notarial activity, notarial secret, information, professional secret, functions of notarial secret, notary.

УДК 342.7: 477

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2021.42.232431>

О. І. Миколенко, докт. юрид. наук, професор, завідувач кафедри
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
Кафедра адміністративного та господарського права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна
e-mail: O. Mykolenko@onu.edu.ua
ORCID ID: 0000-0002-9755-9454

О. М. Миколенко, докт. юрид. наук, професор
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
Кафедра кримінального права, кримінального процесу та криміналістики
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна
e-mail: mikolenkoalena@gmail.com
ORCID ID: 0000-0003-2080-413X

СТУПІНЬ НАУКОВОГО ОБҐРУНТУВАННЯ І АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНИХ ЗАСАД ВІДНОСИН ДЕРЖАВИ І ЦЕРКВИ

У статті здійснено аналіз розвитку наукової думки щодо адміністративно-правового забезпечення відносин держави і церкви, а також розкрито сучасний стан національного адміністративного законодавства у сфері релігії. Встановлено, що в доктрині адміністративного права дослідження адміністративно-правового забезпечення відносин держави та церкви носять фрагментарний характер. Це негативно позначається на адміністративно-правовому регулюванні суспільних відносин у сфері релігії, на ефективності діяльності суб'єктів публічного адміністрування, які реалізують державну політику у сфері релігії, та на стані захищеності віруючих осіб в Україні. Зроблено висновок, що стан наукового обґрунтування адміністративно-правового забезпечення конституційних засад відносин держави і церкви залишається незадовільним в Україні.

Обґрунтовано, що в сучасних умовах розвитку суспільства церква, попри всі обмеження, які закріплені у конституційних засадах відносин держави та церкви, є активним учасником адміністративних правовідносин. Разом з тим, недосконалість існуючих механізмів реалізації права особи на свободу віросповідання і конституційних засад відносин держави та церкви, а також прогалини в чинному адміністративному законодавстві іноді призводять до того, що на практиці ці конституційні положення або взагалі не реалізуються, або ж реалізуються лише частково, що, в свою чергу, призводить до напруги у суспільстві з питань свободи віросповідання та діяльності релігійних організацій.

Ключові слова: церква, відносини держави та церкви, право особи на свободу віросповідання, наука адміністративного права, адміністративно-правове регулювання.

Постановка проблеми. Соціально-економічні та політичні зміни, які відбулися в Україні за роки незалежності, свідчать про те, що, по-перше, змінилася роль держави як регулятора суспільних відносин, яка вирішує нагальні проблеми суспільства не командно-адміністративними методами, а шляхом налагодження діалогу та за допомогою демократичних механізмів, по-друге, змінилася роль церкви як учасника соціальних відносин, адже від суб'єкта, який суттєво впливав на політику держави, та від суб'єкта, який вороже сприймався державою, церква поступово трансформувалась у один із важливих інститутів громадянського суспільства.

Сьогодні церква, попри всі обмеження, які закріплені у конституційних засадах відносин держави та церкви, є активним учасником правовідносин, значна частина з яких є за своєю правовою природою адміністративно-правовими відносинами. За роки незалежності України адміністративне право поступово трансформувалося із суто управлінської галузі права в галузь права, яка закріплює не тільки систему та повноваження органів виконавчої влади, а й закріплює механізми, процедури і форми реалізації значної

кількості конституційних прав людини та громадянина, серед яких особливе місце посідає право особи на свободу віросповідання.

Недосконалість існуючих механізмів реалізації права особи на свободу віросповідання і конституційних засад відносин держави та церкви, а також прогалини в чинному адміністративному законодавстві іноді призводять до того, що на практиці ці конституційні положення або взагалі не реалізуються, або ж реалізуються лише частково, що, в свою чергу, призводить до напруги у суспільстві з питань свободи віросповідання та діяльності релігійних організацій.

У зв'язку ж з тим, що суспільні відносини перебувають і мають перебувати під державно-правовою охороною та захистом, питання вдосконалення адміністративно-правових механізмів охорони та захисту суспільних відносин в сфері релігії набувають особливого значення. При цьому, важливо дослідити загальні тенденції як у сфері доктрини адміністративного права, так і у сфері національного законодавства щодо адміністративно-правового забезпечення конституційних засад відносин держави і церкви.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі аспекти адміністративно-правового регулювання суспільних відносин в сфері релігії досліджувались у працях таких авторів як В. Білик, О. Дзявроник, Є. Додіна, М. Кравцова, П. Мінка, Т. Москаленко, І. Пристінський, М. Червенкова і інші.

Разом із тим, в адміністративному праві дослідження адміністративно-правового забезпечення відносин держави та церкви носять фрагментарний характер. Вкрай мало праць, які б пропонували узгоджену систему адміністративно-правових засобів, що забезпечують реалізацію не тільки права особи на свободу віросповідання, а й реалізацію конституційних засад відносин держави і церкви в Україні. Це негативно позначається на адміністративно-правовому регулюванні суспільних відносин у сфері релігії, на ефективності діяльності суб'єктів публічного адміністрування, які реалізують державну політику у сфері релігії, та на стані захищеності віруючих осіб в Україні.

Отже стан наукового обґрунтування і адміністративно-правового забезпечення конституційних засад відносин держави і церкви залишається незадовільним в Україні.

Мета статті. Метою написання статті є визначення загальних тенденцій розвитку доктрини адміністративного права та національного законодавства з питань адміністративно-правового забезпечення суспільних відносин у сфері релігії.

Виклад основного матеріалу. Вже зверталась увага на те, що у науці адміністративного права дослідження адміністративно-правового забезпечення відносин держави та церкви носять фрагментарний характер. Зокрема, частина наукових праць у своєму змісті зосереджує увагу виключно на розкритті змісту відносин держави та церкви, а тому така характеристика зводиться до визначення моделей відносин держави і церкви, які існують у світі, та до визначення основних засад, на яких формуються ці відносини між державою та церквою в Україні. Тобто такі наукові праці обмежуються теоретичною частиною формування відносин держави та церкви в історичному аспекті. Зазвичай, в таких дослідженнях відсутня характеристика особливостей реалізації засад відносин держави та церкви, тим паче, відсутній аналіз адміністративно-правових механізмів реалізації цих засад. Подібні дослідження проводяться в основному в межах богослов'я, теорії права та теорії державного управління.

Так, Д. О. Вовк за правовим статусом церкви у державі виділяє чотири моделі взаємовідносин держави і церкви: 1) примат церкви над державою; 2) підпорядкування церкви державі; 3) державно-церковне протистояння; 4) автономія держави і церкви [1, с. 159]. Виділяючи особливості кожної із визначених моделей відносин держави і церкви, Д. О. Вовк констатує, що в Україні сформувалась автономна сепараційна модель, яка має як свої переваги, так і недоліки.

По-перше, особливістю сепараційної моделі є те, що вона проголошує та дотримується рівності усіх релігійних організацій перед законом. Тобто не визнає існування якоїсь однієї особливої (офіційної) церкви серед усіх інших. Останнім часом в Україні

з'явилися тенденції (зادля додаткового забезпечення незалежності і суверенітету України) не тільки створити помісну Українську Православну Церкву, а й поступово наділити її статусом офіційної церкви в Україні. Занадто небезпечні речі для розвитку українського суспільства в ХХІ столітті. В умовах глобалізації світу, в умовах мультикультурності та інформатизації, українське суспільство шукає чомусь вихід не у майбутньому (розвиток технологій, інфраструктури, тощо), а у архаїчних уявленнях про державу та націю (наприклад, постійний пошук національної ідентичності, намагання дотримуватись традицій на шкоду розвитку суспільства, невміння направляти в конструктивне русло історичний досвід, тобто не концентруючись на історичних образах та не акумулюючи в собі ворожнечу і ненависть, тощо). Мотивом для створення помісної Української Православної Церкви повинна бути не державна воля і не бажання об'єднати націю та скріпити державу, а лише ініціатива певної групи віруючих, які хочуть бути прихожанами саме цієї, а не будь-якої іншої церкви.

По-друге, сепараційна модель відносин держави та церкви характеризується підвищеним ступенем автономності держави та церкви один від одного. Наприклад, з боку держави відсутня будь-яка матеріальна підтримка релігійним організаціям. Внутрішнє господарство релігійних організацій є виключною прерогативою церкви. При цьому, держава зобов'язується не втручатись у внутрішні справи церкви за винятком випадків грубих порушень законодавства з боку останньої, а церква зобов'язується не втручатись в державну політику та триматись осторонь від виконання державних функцій. Разом з тим, підвищений ступінь автономності держави та церкви заважає налагодженню між цими суб'єктами партнерських взаємовідносин. Такі стосунки можливі при іншій моделі відносин держави та церкви – коопераційній моделі.

У політичних діячів та державних службовців, які реалізують свої повноваження у сфері релігії, виникає певна дилема. З одного боку, в Конституції України проголошена сепараційна модель відносин держави і церкви, яка мінімізує сфери спілкування держави і церкви в суспільстві, а, з іншого, – є бажання держави налагодити діалог та співпрацю з церквою у окремих сферах життя суспільства (благодійність, соціальна допомога, освіта, наука, культура і ін.), тобто є бажання започаткувати в Україні коопераційну модель відносин держави та церкви. Для налагодження такого діалогу потрібен окрім Основного Закону України офіційний документ, який би закріплював засади спілкування церкви та держави у світській країні. На жаль, Концепція державно-конфесійних відносин в Україні, яка повинна була ліквідувати прогалину у цій сфері, так і залишилась у вигляді проекту.

Велика частина наукових праць у своєму змісті зосереджує увагу виключно на конституційно-правовому регулюванні відносин держави та церкви. Наприклад, Г.Л. Сергієнко вважає, що: а) в основу політики держави не можуть бути покладені одне віросповідання чи одна церква; б) недопустимою є оцінка з боку держави релігії, церкви чи релігійних організацій; в) правовому регулюванню підлягають лише суспільні відносини, які створюються державою для забезпечення реалізації особою права на свободу совісті [2, с. 23]. Відповідно, Г.Л. Сергієнко доводить, що конституційне право, по-перше, встановлює заборони як для держави, так і для церкви, щоб визначити сфери їх взаємного невтручання у справи один одного, по-друге, проголошує одне із природніх прав людини і громадянина – право на свободу віросповідання; по-третє, через систему конституційних принципів закріплює модель відносин держави та церкви в Україні, по-четверте, закріплює конституційно-правові механізми всього вище переліченого. Загалом погоджуючись із висновками Г.Л. Сергієнко хочемо зазначити, що без адміністративного права та адміністративно-правових механізмів більшість конституційних засад відносин держави і церкви та конституційне право особи на свободу віросповідання так і залишилися б деклараціями, які чудово звучать, але не мають свого прояву у реальному житті суспільства.

Отже дослідження відносин держави та церкви, що здійснюються представниками науки конституційного права, є важливими для розвитку національної юридичної на-

уки. Особливість таких досліджень у тому, що вони детально розкривають зміст конституційних засад (наприклад, свободи віросповідання чи відокремлення держави та церкви). Разом з тим, такі наукові праці обмежуються аналізом матеріальної частини правового регулювання, і зазвичай, мимохідь розкривають порядок реалізації передбачених Конституцією України засад відносин держави та церкви, вже не кажучи про адміністративно-правові механізми їх забезпечення.

Лише в поодиноких наукових працях розкриваються особливості адміністративно-правового регулювання суспільних відносин у сфері релігії. В таких дослідженнях, як правило, вся увага прикута до особливостей якогось одного аспекту, наприклад, адміністративно-правовий статус релігійних організацій [3], адміністративно-правове забезпечення конституційного права особи на свободу віросповідання [4; 5], релігійні відносини та їх адміністративно-правове забезпечення [6], тощо. Звернення ж до моделі відносин держави та церкви, яка існує в Україні, та до системи конституційних засад, які формують ці відносини, в таких наукових працях носять фрагментарний характер.

Певним виключенням із усього загалу подібних праць є дисертаційне дослідження О. П. Мельничука, який поступово розкриває загальні тенденції щодо використання в Україні автономної сепараційної моделі відносин держави та церкви, а також комплексно розкриває особливості реалізації конституційних засад відносин держави та церкви в Україні за допомогою адміністративно-правових засобів. При цьому, послідовно розкриваються як особливості адміністративно-правового забезпечення окремих груп конституційних принципів відносин держави та церкви, так і особливості адміністративно-правового регулювання статусу релігійних організацій, їх участі в адміністративних правовідносинах, а також особливості реалізації своїх повноважень органами публічного адміністрування у сфері релігії [7]. Зокрема, О. П. Мельничук виділяє в науці адміністративного права чотири напрями досліджень: а) адміністративно-правове регулювання права на свободу віросповідання; б) адміністративно-правові механізми і засоби реалізації права особи на свободу віросповідання; в) адміністративно-правовий статус релігійних організацій в Україні; г) релігійні відносини як об'єкт адміністративно-правового регулювання [7, с. 407]. При цьому автор не тільки констатує факт існування таких напрямів досліджень, а й здійснює їх критичний аналіз. О. П. Мельничук стверджує, що в дослідженнях адміністративно-правового регулювання права на свободу віросповідання зміст конституційного права часто зводиться до його розуміння як суб'єктивного права особи, а тому із предмета таких досліджень випадають питання, присвячені: державній політиці у сфері релігії та церкви; моделям відносин держави та церкви; релігійним організаціям як суб'єктам адміністративного права, а категорія «адміністративно-правове регулювання» не дозволяє в повному обсязі охопити всю проблематику, яка виникає у сфері формування відносин держави та церкви в Україні [7, с. 132].

Стосовно досліджень адміністративно-правових механізмів і засобів реалізації права особи на свободу віросповідання О. П. Мельничук зазначає, що цей напрям досліджень оминає такі важливі питання як місце і роль церкви в системі суб'єктів адміністративних правовідносин [7, с. 132]. Праці ж, які присвячені адміністративно-правовому статусу релігійних організацій в Україні, на думку О. П. Мельничука, більшою мірою сконцентровані на проблемах визначення поняття «адміністративно-правовий статус», ніж на розкритті зв'язку між моделлю відносин держави та церкви в Україні, державною політикою у сфері релігії та церкви і безпосередньо адміністративно-правовим статусом релігійної організації [7, с. 133]. Про останній напрям досліджень, який присвячено релігійним відносинам як об'єкту адміністративно-правового регулювання, О. П. Мельничук взагалі висловлюється дуже негативно: «Такі дослідження мають більше недоліків, ніж переваг, адже в них допускаються чисельні термінологічні неузгодженості, а шлях до наукового результату безпідставно ускладнено» [7, с. 133].

Отже, наукова думка в Україні щодо адміністративно-правового забезпечення відносин держави і церкви розвивалась за декількома напрямами, кожен із яких має свої переваги та недоліки. Якщо ж наукові праці, які присвячені проблемам адміністративно-

правового забезпечення відносин держави і церкви, аналізувати за хронологічним критерієм, то виділити етапи розвитку такої думки не можливо. Наприклад, про церкву як інститут громадянського суспільства та про уточнення в національному законодавстві адміністративно-правового статусу релігійних організацій почали говорити в науковій літературі ще в середині 90-х років минулого століття, але за двадцять п'ять років суттєвих змін у цій сфері не відбулося. І сьогодні науковці, які розглядають адміністративно-правові аспекти відносин держави та церкви, продовжують обґрунтовувати необхідність розгляду церкви як інституту громадянського суспільства, та необхідність вдосконалення адміністративно-правового статусу релігійних організацій. Різниця полягає лише в науковій методології досліджень, які проводяться, та аргументації висновків. Все це не можливо покласти в основу класифікації розвитку наукової думки на етапи за хронологічною ознакою.

Цікавим є і питання визначення ступеня адміністративно-правового забезпечення відносин держави та церкви в Україні.

Поступова зміна і розвиток релігійних відносин в Україні мають безпосередній вплив на динаміку адміністративного законодавства та відображаються на повноваженнях і діяльності органів публічного адміністрування, які реалізують державну політику у сфері релігії. Разом з тим, динаміка змін національного законодавства у цій сфері характеризується повільною реакцією держави на нагальні проблеми, які існують у сфері релігії.

Положення Конституції України, які закріплюють засади відносин держави та церкви в Україні, а також Закон України «Про свободу совісті та релігійні організації» [8], який закріплює правовий статус релігійних організацій, на жаль не забезпечують в повній мірі адміністративно-правовими механізмами реалізацію особою свого права на свободу віросповідання. Власне тому, до змісту Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» постійно вносяться зміни, які спрямовані на усунення прогалин в адміністративному законодавстві.

Якщо звернутися до положень національного законодавства, то можливо визначитись з етапами адміністративного нормативно-правового регулювання сфери релігії. Зокрема, до таких етапів можна віднести:

1) період з 1991 по 1996 роки, коли відбулося поєднання правового регулювання сфери релігії за допомогою норм радянського законодавства (мова йде про положення Конституції Української Радянської Соціалістичної Республіки) та норм незалежної держави «Україна» (мова йде про Закон України «Про свободу совісті та релігійні організації»). Особливість цього періоду полягає в тому, що у держави було чітке уявлення про необхідність правового забезпечення реалізації права особи на свободу віросповідання, але не було повного розуміння щодо моделі відносин між державою і церквою;

2) період з 1996 р. по сьогодні. Цей період характеризується тим, що в національному законодавстві відбувалися зміни щодо цивільно-правового статусу релігійних організацій, але не відбувалося суттєвих змін у їх адміністративно-правовому статусі.

Разом з тим, суспільні відносини у сфері релігії, хоча і мають певний рівень правового регулювання, потребують подальшого свого вдосконалення. Зокрема, до недоліків національного законодавства у сфері релігії можна віднести наступні: а) невідповідність законодавства реальним процесам, що відбуваються сьогодні у сфері свободи релігії (наприклад, відсутній нормативно-правовий акт, який би закріплював державну політику у сфері релігії, відсутня Концепція державно-конфесійних відносин в Україні і ін.); б) відсутність у суспільстві концептуального бачення розвитку відносин держави та церкви (по-перше, відсутня згода між Президентом України, Кабінетом Міністрів України та Верховною Радою України як суб'єктів, що формують державну політику у сфері релігії, по-друге, діяльність суб'єктів публічного адміністрування, які повноважені реалізовувати державну політику у сфері релігії, не завжди збігається за змістом з проголошеними у Конституції України засадами відносин держави та церкви); в) відсутність у суб'єкта законодавчої діяльності комплексного підходу до вирішення проблем

у сфері релігії та церкви під час розробки нормативно-правових актів (взагалі діяльність парламенту в сучасних умовах хочеться назвати «латанням дірок», «лобюванням інтересів олігархічних груп», а не професійною законотворчою роботою); г) повільна реакція держави на проблеми, які виникають у сфері забезпечення права особи на свободу віросповідання (на жаль самозахвати релігійних споруд стали звичайним явищем в Україні за останні двадцять років).

Прискіпливий аналіз положень Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» (далі – Закон) дає можливість виявити наступні недоліки цього нормативно-правового акту:

1) цілий Розділ Закону присвячено правам релігійних організацій і відсутня жодна стаття, яка б перераховувала їх основні обов'язки. Про обов'язки релігійних організацій в Законі згадується лише один раз. Так у ст. 13 нормативно-правового акту зазначається, що релігійна організація як юридична особа користується правами і несе обов'язки відповідно до чинного законодавства і свого статуту та положення;

2) частина прав релігійних організацій, що перераховані в Законі, реалізується без будь-якого правового забезпечення (тобто не потребує якихось правових процедур), частина прав – за своєю суттю є цивільно-правовими чи господарсько-правовими правами (тобто вони не мають відношення до публічно-правової сфери суспільних відносин), і лише декілька прав потребують адміністративно-правового регулювання та чітких адміністративних процедур їх реалізації. Запропонований перелік прав є, по-перше, не повним, по-друге, безсистемним, адже до купи зібрані права, передбачені різними галузями права (цивільним, господарським, міжнародним, адміністративним).

Отже, положення Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» не дають загального уявлення про систему прав та обов'язків релігійних організацій, які вони реалізують та виконують в Україні. Для уточнення переліку загальних прав і обов'язків релігійних організацій доводиться аналізувати весь спектр чинного законодавства та по крупинках вишукувати приклади їх правового закріплення.

Достатньо розгорнутий перелік прав і обов'язків релігійних організацій пропонується в Проекті Концепції державно-конфесійних відносин в Україні. З більшістю перерахованих там прав і обов'язків погоджуємось, а також підтримуємо фіксацію цього переліку в межах одного офіційного документу. Разом з тим, Концепція державно-конфесійних відносин в Україні, як вже зазначалося, не отримала офіційного визнання з боку держави.

Релігійні організації є учасниками великої кількості груп адміністративних правовідносин. Зокрема серед таких груп можна виділити: 1) адміністративні правовідносини щодо створення релігійної організації; 2) адміністративні правовідносини, які не пов'язані із застосуванням заходів примусу; 3) адміністративні правовідносини, які пов'язані із застосуванням заходів примусу; 4) адміністративні правовідносини, пов'язані із діяльністю представників релігійних організацій у складі консультативно-дорадчих органів при органах публічного адміністрування.

Разом з тим, поглиблений аналіз цих груп правовідносин виявив достатній рівень адміністративно-правового регулювання лише двох із них – суспільних відносин щодо створення релігійних організацій та стосовно надання адміністративних послуг релігійним організаціям. Всі ж інші види правовідносин мають фрагментарне адміністративно-правове регулювання, що, з одного боку, показує перспективи розвитку адміністративного законодавства у майбутньому, а, з іншого, – показує недосконалість адміністративного законодавства у сфері релігії, яке існує сьогодні в Україні.

Висновки і пропозиції. На підставі проведеного дослідження можна зробити наступні висновки.

Встановлено, що в науці адміністративного права відсутні праці, які б комплексно (тобто з урахуванням напрацювань теорії права, конституційного та адміністративного права) вирішували проблеми адміністративно-правового забезпечення відносин держави та церкви. Відірваність тематики праць у сфері адміністративно-правового забезпечення відносин держави та церкви однієї від одної не дає в кінцевому рахунку того бажаного

результату, який намагається досягнути адміністративне право в цілому, а саме, забезпечити реалізацію конституційних засад відносин держави та церкви.

Можна виділити два етапи адміністративного нормативно-правового регулювання сфери релігії:

1) період з 1991 по 1996 роки, який характеризується тим, що у держави було чітке уявлення про необхідність правового забезпечення реалізації права особи на свободу віросповідання, але не було повного розуміння щодо моделі відносин між державою і церквою;

2) період з 1996 по сьогодні, який характеризується тим, що в національному законодавстві відбувалися зміни щодо цивільно-правового статусу релігійних організацій, але не відбувалося суттєвих змін у їх адміністративно-правовому статусі.

Суспільні відносини у сфері релігії, хоча і мають певний рівень правового регулювання, потребують подальшого свого вдосконалення власне у частині адміністративно-правового регулювання.

Список використаної літератури

1. Вовк Д. О. Право і релігія: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.01. Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень. Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого. Харків, 2008. 211 с.
2. Сергієнко Г. Л. Роль конституційно-правового регулювання відносин держави і релігійних організацій у гарантуванні свободи віросповідання в Україні: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.02. Конституційне право; муніципальне право. Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого. Харків, 2004. 181 с.
3. Пристінський І. О. Адміністративно-правовий статус релігійних організацій в Україні: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.07. Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право. Національна академія внутрішніх справ. Київ, 2010. 18 с.
4. Мінка П. П. Адміністративно-правове регулювання свободи віросповідання в Україні: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.07. Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право. Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ. Дніпропетровськ, 2010. 20 с.
5. Москаленко Т. О. Адміністративно-правове забезпечення права людини на свободу віросповідання в Україні: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.07. Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право. Державний науково-дослідний інститут МВС України. Київ, 2012. 167 с.
6. Кравцова М. О. Адміністративно-правове регулювання релігійних правовідносин в Україні: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.07. Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право. Донецький юридичний інститут МВС України. Кривий Ріг, 2020. 19 с.
7. Мельничук О. П. Відносини держави і церкви (адміністративно-правовий аспект): дис. ...докт. юрид. наук: 12.00.07. Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право. Запорізький національний університет. Запоріжжя, 2021. 452 с.
8. Про свободу совісті та релігійні організації: Закон України від 23.04.1991. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 25. Ст. 283.

References

1. Vovk D. O. (2008) Pravo i relihiya: dys. ...kand. yuryd. nauk: 12.00.01. Teoriya ta istoriya derzhavy i prava; istoriya politychnykh i pravovykh vchen'. Natsional'na yurydychna akademiya Ukrainy imeni Yaroslava Mudroho. Kharkiv. 211 s. [in Ukrainian].
2. Serhiyenko H. L. (2004) Rol' konstytutsiyno-pravovoho rehulyuvannya vidnosyn derzhavy i relihiynykh orhanizatsiy u harantuvanni svobody virospovidannya v Ukraini: dys. ...kand. yuryd. nauk: 12.00.02. Konstytutsiynе pravo; munitsypal'ne pravo. Natsional'na yurydychna akademiya Ukrainy imeni Yaroslava Mudroho. Kharkiv. 181 s. [in Ukrainian].
3. Prystins'kyi I. O. (2010) Administratyvno-pravovyy status relihiynykh orhanizatsiy v Ukraini: dys. ...kand. yuryd. nauk: 12.00.07. Administratyvne pravo i protses; finansove pravo; informatsiynе pravo. Natsional'na akademiya vnutrishnikh sprav. Kyiv. 18 s. [in Ukrainian].
4. Minka P. P. (2010) Administratyvno-pravove rehulyuvannya svobody virospovidannya v Ukraini: dys. ...kand. yuryd. nauk: 12.00.07. Administratyvne pravo i protses; finansove pravo; informatsiynе pravo. Dnipropetrovs'kyi derzhavnyy universytet vnutrishnikh sprav. Dnipropetrovs'k. 20 s. [in Ukrainian].
5. Moskalenko T. O. (2012) Administratyvno-pravove zabezpechennya prava lyudyny na svobodu virospovidannya v Ukraini: dys. ...kand. yuryd. nauk: 12.00.07. Administratyvne pravo i protses; finansove pravo; informatsiynе pravo. Derzhavnyy naukovy-doslidnyy instytut MVS Ukrainy. Kyiv. 167 s. [in Ukrainian].

6. Kravtsova M.O. (2020) Administratyvno-pravove rehulyuvannya relihiynykh pravovydnosyn v Ukraini: dys. ...kand. yuryd. nauk: 12.00.07. Administratyvne pravo i protses; finansove pravo; informatsiyne pravo. Donets'kyu yurydychnyy instytut MVS Ukrainy. Kryvyy Rih, 19 s. [in Ukrainian].
7. Mel'nychuk O.P. (2021) Vidnosyny derzhavy i tserkvy (administratyvno-pravovyy aspekt): dys. ...dokt. yuryd. nauk: 12.00.07. Administratyvne pravo i protses; finansove pravo; informatsiyne pravo. Zaporiz'kyu natsional'nyy universytet. Zaporizhzhya. 452 s. [in Ukrainian].
8. Pro svobodu sovisti ta relihiyni orhanizatsiyi: Zakon Ukrainy vid 23.04.1991. Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrainy. № 25. St. 283. [in Ukrainian].

Стаття надійшла 15.05.2021 р.

А. И. Миколенко, докт. юрид. наук, профессор, заведующий кафедры
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
Кафедра административного и хозяйственного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина
e-mail: O. Mykolenko@onu.edu.ua
ORCID ID: 0000-0002-9755-9454

А. Н. Миколенко, докт. юрид. наук, профессор кафедры
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
Кафедра уголовного права, уголовного процесса и криминалистики
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина
e-mail: mikolenkoalena@gmail.com
ORCID ID: 0000-0003-2080-413X

СТЕПЕНЬ НАУЧНОГО ОБОСНОВАНИЯ И АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРИНЦИПОВ ОТНОШЕНИЙ ГОСУДАРСТВА И ЦЕРКВИ

Резюме

В статье проведен анализ развития научной мысли по поводу административно-правового обеспечения отношений государства и церкви, а также раскрыто современное состояние национального административного законодательства в сфере религии. Установлено, что в доктрине административного права исследования административно-правового обеспечения отношений государства и церкви носят фрагментарный характер. Это негативно сказывается на административно-правовом регулировании общественных отношений в сфере религии, на эффективности деятельности субъектов публичного администрирования, которые реализуют государственную политику в сфере религии, и на состоянии защищенности верующих в Украине. Сделан вывод, что состояние научного обоснования административно-правового обеспечения конституционных принципов отношений государства и церкви остается неудовлетворительным в Украине.

Обосновано, что в современных условиях развития общества церковь, несмотря на все ограничения, закрепленные в конституционных принципах отношений государства и церкви, является активным участником административных правоотношений. Вместе с тем несовершенство существующих механизмов реализации права человека на свободу вероисповедания и конституционных принципов отношений государства и церкви, а также пробелы в действующем административном законодательстве иногда приводят к тому, что на практике эти конституционные положения или вообще не реализуются, или реализуются лишь частично, что, в свою очередь, приводит к напряжению в обществе по вопросам свободы вероисповедания и деятельности религиозных организаций.

Ключевые слова: церковь, отношения государства и церкви, право человека на свободу вероисповедания, наука административного права, административно-правовое регулирование.

O. I. Mykolenko, Doctor of Juridical Sciences, Professor
Odessa I. I. Mechnikov National University
Head the Department of Administrative and Commercial Law
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine
e-mail: O. Mykolenko@onu.edu.ua
ORCID ID: 0000-0002-9755-9454

O. M. Mykolenko, Doctor of Juridical Sciences, Professor
Odessa I. I. Mechnikov National University
the Department of Criminal Law, Criminal Procedure and Criminalistics
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine
e-mail: mikolenkoalena@gmail.com
ORCID ID: 0000-0003-2080-413X

DEGREE OF SCIENTIFIC SUBSTANTIATION AND ADMINISTRATIVE AND LEGAL SUPPORT OF CONSTITUTIONAL FUNDAMENTALS OF STATE AND CHURCH RELATIONS

Summary

The article analyzes the development of scientific thought on the administrative and legal support of relations between the state and the church, as well as reveals the current state of national administrative legislation in the field of religion. It has been established that in the doctrine of administrative law studies of administrative and legal support of relations between the state and the church are of a fragmentary nature. This has a negative impact on the administrative and legal regulation of public relations in the sphere of religion, on the effectiveness of public government bodies implementing state policy in the sphere of religion, and on the state of protection of believers in Ukraine. It is concluded that the state of scientific substantiation of administrative and legal support of the constitutional principles of relations between the state and the church remains unsatisfactory in Ukraine.

It is substantiated that in modern conditions of society development, the church, despite all the restrictions enshrined in the constitutional principles of relations between the state and the church, is an active participant in administrative relations. However, the imperfection of the existing mechanisms for the implementation of the right to freedom of religion and the constitutional principles of state-church relations, as well as gaps in the current administrative legislation sometimes lead to the fact that in practice these constitutional provisions are either not implemented in practice or implemented in full or in part, which, in its turn leads to tensions in society over freedom of religion and the activities of religious organizations.

Keywords: church, relations between the state and the church, the right of a person to freedom of religion, the science of administrative law, administrative and legal regulation.

МОРСЬКЕ ПРАВО

УДК 35.077/078:656.61(477)

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2021.42.232404>

Т. В. Аверочкіна, докт. юрид. наук, професор
Національний університет «Одеська юридична академія»
Кафедра морського та митного права
вул. Академічна, 2, Одеса, 65009, Україна
e-mail: tetianaaverochkina@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0652-7658>

ПУБЛІЧНЕ АДМІНІСТРУВАННЯ МОРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМИ ТА РІШЕННЯ

У статті охарактеризовано сучасний стан та проблемні аспекти публічного адміністрування морської та пов'язаної з нею портової діяльності в Україні. Актуальність порушеної тематики обумовлено триваючою кризою у правовому та управлінському забезпеченні цих сфер. Завданням статті є пошук оптимальних моделей та інструментів побудови нової системи публічного адміністрування морської галузі з урахуванням світових стандартів та кращих практик. У статті звернуто увагу на те, що задеклароване відродження та підтримання звання України як морської держави, розбудова її морського торговельного та військово-морського потенціалу не може відбуватися лише завдяки ситуаційним змінам за результатами реагування на кризові події або з метою пришвидшеного розв'язання проблем, які не вирішувалися десятиліттями. Тут має бути запроваджений інший, системний, підхід як до правового регулювання, так й до практики реалізації прийнятих правових норм – новий підхід до публічного адміністрування усієї галузі. Автором класифіковано заходи з подолання портової кризи в Україні: фінансові, інфраструктурні та експлуатаційні. Запропоновано здійснити переорієнтацію правового регулювання та практики правозастосування на підтримку суб'єктів господарювання державного сектору та моряків-громадян України, а також спрощення формальностей у портах України. Підкреслено актуальність концепцій людиноцентризму, сервісної держави та «good governance» з урахуванням систем управління ризиками на усіх рівнях для модернізації публічного адміністрування морської та портової діяльності в Україні. Першочерговим завданням визначено аналіз здійснених кроків, системне оновлення діючого морського та портового законодавства із застосуванням «паquetного» підходу до його розробки. Саме завдяки такому підходу можливо забезпечити врахування та баланс інтересів більшості зацікавлених суб'єктів морської і портової діяльності та держави.

Ключові слова: морська діяльність, портова діяльність, публічне адміністрування, морське законодавство, портове законодавство, Україна.

Постановка проблеми. Останнім часом питання реформування управлінських концепцій, що застосовуються у морській галузі України, засвідчують стабільні тенденції до підвищення актуальності. Це пояснюється створенням Морської адміністрації та необхідністю формування і реалізації ефективної морської політики держави. Оновлені програмні документи галузі – Морська доктрина України на період до 2035 року [1] (далі – Морська доктрина) та Стратегія розвитку морських портів України на період до 2038 року [2] (далі – Стратегія) – визначили напрями такого реформування та механізми відродження і зростання галузі. При цьому, поряд із проголошеними вдосконаленнями, практика їх запровадження не є настільки прогресивною та фокусується, переважно, на найбільш резонансних подіях та рішеннях. Зазвичай зусилля зосереджуються на виробленні управлінських (адмініструючих) позицій у окремих кризових ситуаціях при тому, що на теперішній час є необхідним комплексний, системний підхід, розрахований на тривалий час та пошук і відпрацювання механізмів, що будуть результативними поза залежністю від політичних вподобань та призначень. Вони мають бути спрямовані на

поступальний розвиток і, на наше переконання, не на «відновлення» галузі, а на її повне «перезавантаження» з повним оновленням технічного забезпечення, підвищенням зацікавленості робітників, податковими та іншими пільгами, що надасть довготривалий, макроекономічний ефект. Формування таких механізмів вимагає пошуку нових інструментів оновлення концепції публічного адміністрування морської та безпосередньо пов'язаної з нею портової діяльності в Україні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблематика оновлення підходів до управління (адміністрування) морською галуззю України доволі часто порушується у наукових монографічних та дисертаційних дослідженнях, у фаховій періодиці. Обмін думками відбувається під час спеціалізованих форумів для спеціалістів морської та портової сфер, та на загальнодержавному рівні з залученням фахівців з усіх галузей господарювання та управління, що так чи інакше сполучені з морською та портовою діяльністю. Розглядів кризових ситуацій та формуванню правових позицій з їх вирішення присвячуються статті у спеціалізованих правових та економічних виданнях. Зокрема, окремі правові аспекти реформування управлінських механізмів у морській галузі України розглядалися у працях С. В. Ківалова, Б. А. Кормича, С. О. Кузнецова, А. О. Панчук, Т. М. Плачкової, В. В. Серафімова та деяких інших. При цьому, сучасна практика публічного адміністрування морської діяльності потребує подальшого вивчення та пошуку нових моделей та шляхів її удосконалення. Цим визначається **мета пропонованої статті**, що полягає у формуванні пропозицій стосовно застосування кращих світових практик до адміністрування морської діяльності в Україні з метою його оновлення та забезпечення довгострокового зростання та якісного функціонування галузі.

Виклад основного матеріалу. Морська діяльність, як її визначено у Морській доктрині, являє собою діяльність у сфері забезпечення сталого економічного і соціального розвитку суспільства, вивчення, освоєння і використання моря, захисту національної безпеки; вона охоплює також морську торгівлю (комерційні операції, які пов'язані з використанням морських суден, купівля-продаж товарів, що перевозяться морським шляхом, фрахтування суден, морське агентування, морське страхування тощо). До її складових Доктриною віднесені: торговельне мореплавство, морський транспорт, суднобудування, військово-морську діяльність, використання водних біоресурсів та інших ресурсів моря, туристичну та рекреаційну діяльність, а також діяльність у сферах науки, освіти, екології і захисту моря. Зважаючи на охоплення значного сегменту активностей, пов'язаних з використанням морських просторів та узбережжя, їх якісну конкретизацію, поняття морської діяльності набуло у оновленій наприкінці 2018 року Доктрині значно кращого визначення у порівнянні з попередньою редакцією [3, с. 30–31].

У цілому оновлена Доктрина стала прогресивнішою, у її нормах нарешті було означено вектори публічного адмініструючого впливу, що мають підвищену актуальність та відповідають сучасним (з 2014 року) викликам та загрозам українській державності. Крім того, документ містить значну кількість норм про необхідність дотримання міжнародних стандартів, активізацію участі у роботі міжнародних організацій у сфері торговельного мореплавства та упровадження кращих європейських практик, зокрема у сфері екологічного моніторингу. Але, як і у попередні часи, цей програмний документ так й залишається здебільшого декларацією гарних змін на краще, а практика публічного адміністрування галузі свідчить про триваючу системну кризу та відсутність політичної волі до налагодження ефективної роботи її управлінського механізму. Доказами цьому – проблеми у дипломуванні моряків, інституційна криза у системі адміністрування їх професійної підготовки та складання іспитів, скасований через надмірність та корупційну складову екологічний контроль у портах і майже річне перебування аварійного танкера-бункерувальника «Delfi» у безпосередній близькості до узбережжя м. Одеси. Цей короткий перелік поєднав лише найбільш резонансні події галузі 2020 року. Вони стали очікуваним результатом неуваги до якості її організаційно-правового забезпечення, обмеження лише епізодичними, вкрай необхідними у конкретний період часу змінами. Такими, наприклад, як створення Морської адміністрації заради «проходження»

обов'язкового аудиту Міжнародної морської організації та з наступною роботою цього органу державної влади, яка не витримувала жодної критики і стала навіть предметом розгляду Антимонопольного комітету України [4].

У такій ситуації необхідно взяти до уваги, що задеклароване відродження та підтримання звання України як морської держави, розбудова її морського торговельного та військово-морського потенціалу не може відбуватися лише завдяки ситуаційним змінам за результатами реагування на кризові події або з метою пришвидшеного розв'язання проблем, які не вирішувалися десятиліттями. Тут має бути запроваджений інший підхід як до правового забезпечення, так й до практики реалізації прийнятих правових норм – новий підхід до публічного адміністрування галузі. Відповідно до сучасних підходів до тлумачення цієї правничої та управлінської категорії, вона об'єднує законодавче та підзаконне регулювання, виконання встановлених приписів та застосування санкцій за їх порушення, і здійснюється як на внутрішньодержавному, так й на міжнародному рівні (особливо у сферах морської та митної діяльності). Тому поєднує нормотворчу та виконавчу діяльність усіх рівнів, й застосування відповідальності. Усі ці аспекти є особливо важливими для публічного адміністрування морської діяльності в Україні, адже його модифікація не може бути здійснена на основі застарілих механізмів управління.

Так, галузеве нормотворення (на усіх рівнях) має спиратися не на продукування свідомо прогального правового базису, а на формування норм на основі оцінки ризиків, управління ними, запобігання корупційним проявам та ґрунтуватися на вже отриманому досвіді (як позитивному, так й негативному; як вітчизняному, так й зарубіжному). Так, зокрема, проблематика дипломування моряків та діяльність відповідних уповноважених (на перевірки та схвалення відповідності стандартам тренажерних центрів, прийняття кваліфікаційних іспитів тощо) органів держави в Україні є актуальною вже більше 15 років. Але рішення про реформування системи почали прийматися лише у 2021 р. після гучних протестів моряків та профспілок наприкінці 2020. І тут дуже яскраво було проявлено кризу галузі, прогальність законодавства та організаційні «прорахунки» (звісно не на користь моряків), які стали причиною появи посередників, агентів тощо з «вирішення питань» зі складанням кваліфікаційних іспитів та отриманням сертифікатів. Аварія танкера «Delfi» та неспроможність примушення судновласника до прибирання власного затонулого майна також засвідчила проблеми, що мають місце у вже застарілому Кодексі торговельного мореплавства України [5], якими було «відкрито» можливості до практично нескінченного продовження капітаном морського порту Одеса строків для його прибирання судновласником.

Цілковито очевидно, що реформування потребує й портова галузь. Адже відомо, що морські порти України, працюючи в організаційно-правовій формі державних підприємств значно недоотримають допомоги від власної держави. Навіть – навпаки. Тут спостерігається слабе технічне оснащення, втрачаються суднозаходження, а державні кошти спрямовуються на підтримку приватних суб'єктів портової діяльності. Навіть точніше кажучи, порти на теперішній час до бюджету віддають набагато більше, ніж отримують для підтримання власної працездатності. Рішеннями, що можуть бути застосовані для подолання портової кризи в Україні, на наше переконання, є наступні: фінансові (підвищення державної підтримки портів-державних підприємств), інфраструктурні (технічне переобладнання портів новим устаткуванням), експлуатаційні (аудит заробітної платні керівного та основного персоналу з виробленням механізмів зацікавлення працівників, якими безпосередньо забезпечується основна діяльність портів).

Таким чином, проблеми дійсно наявні, але у ситуації відсутності кризових, надзвичайних ситуацій їх, нібито, й вирішувати не потрібно, адже «вже склався» певний механізм роботи та система управління галуззю. Проте, нарешті слід здійснити переорієнтацію правового регулювання та практики правозастосування з відвертого нехтування інтересами громадян та суб'єктів господарювання державного морського сектору на їх всебічну підтримку та урахування потреб розвитку. Адже неможливо досягти будь-якого прогресу, не надаючи сприяння у «проходженні» встановлюваних державою необхідних

процедур. Відомо, наприклад, що українські моряки приносять Україні \$3 млрд на рік [6; 7], але створені у державі механізми підтвердження їх дипломів ставлять під великий сумнів бажання працювати за фахом. І це – лише один приклад. А якщо прийняти до уваги формальності у морських портах та організаційні «новації» Морської адміністрації щодо оформлення суден [8; 9], то навряд чи це є тим самим дотриманням стандартів та впровадженням кращих практик. На противагу, звісно, можна відзначити про зменшення часу на оформлення суден у портах наприкінці 2020 р. [10], що стало реакцією на непопулярні організаційні рішення Морської адміністрації, але чи не замало цього для морської держави? Відповідь є очевидною. Тому концепції людиноцентризму, сервісної держави та «good governance» є на теперішній час надзвичайно актуальними в Україні. Адже держава, маючи потужний правовий та інституційний механізм, не повинна спрямовувати його проти власних громадян (як це сталося з дипломуванням моряків), встановлювати складні процедури для морської торгівлі тощо. Першочерговим завданням є аналіз здійснених кроків, системне оновлення діючого морського та портового законодавства із застосуванням дещо реформованого т.зв. «пакетного» підходу до його розробки. Відомо, що успіх провідної міжнародної морської угоди – Конвенції ООН з морського права 1982 р. [11] – був досягнутий саме такому комплексному («пакетному») підходу до формування її положень. Саме завдяки такому підходу було забезпечено врахування та баланс інтересів більшості держав Світу при встановленні режимів використання морських просторів.

Висновки і пропозиції. Таким чином, «пакетний», комплексний підхід, що зарекомендував себе кращим чином у побудові правового базису здійснення діяльності у морських просторах, має бути запозичений національними нормотворцями при оновленні законодавства у сфері морської діяльності. Звісно, цілковитий баланс інтересів та широке застосування домовленостей не можуть бути застосовані у державному управлінні (або публічному адмініструванні), адже тут завжди наявна керуюча, імперативна роль держави та уповноважених нею органів. Проте, саме інтегрований, комплексний підхід, вивчення досвіду та запровадження кращих практик на основі принципів людиноцентризму, сервісної держави та «good governance» з урахуванням систем управління ризиками на усіх рівнях адміністрування (у найбільш широкому його розумінні), є на теперішній час єдиною можливим шляхом для подолання кризи як у системі галузевого законодавства, так й у системі публічного адміністрування такої складної системи як морська діяльність. Також керівним принципом має стати забезпечення економічних інтересів держави при оновленні правового регулювання портової діяльності, спрямованість на перспективне оновлення та ефективне функціонування галузі, що має найзначніше значення для морської держави, якою є Україна.

Список використаної літератури

1. Про внесення змін до Морської доктрини України на період до 2035 року: постанова Кабінету Міністрів України від 18.12.2018 р. № 1108. *Офіційний вісник України*. 2019. № 2. Ст. 53.
2. Про внесення змін до Стратегії розвитку морських портів України на період до 2038 року: розпорядження Кабінету Міністрів України від 23.12.2020 р. № 1634-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1634-2020-p#Text>
3. Плачкова Т.М. Адміністративно-правове забезпечення безпеки мореплавства в Україні: дис. ... канд. юрид. наук, спеціальність 081 «Право». Одеса, 2020. 216 с.
4. Про припинення дій, які містять ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції: рекомендації Тимчасової адміністративної колегії Антимонопольного комітету України від 04.11.2020 р. № 2-рк/тк. URL: <https://amcu.gov.ua/storage/app/uploads/public/5fb/3a1/5e7/5fb3a15e73782481469507.pdf>
5. Кодекс торговельного мореплавства України, 1995. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 47. Ст. 349.
6. Ниякий И. Моряки приносят Украине \$3 млрд в год. Они могут потерять работу. URL: <https://biz.liga.net/ekonomika/transport/opinion/moryaki-prinosyat-ukraine-3-mlrd-v-god-no-mogut-poteryat-rabotu>
7. Ниякий И. Украина не хочет быть морской страной: когда власть даст нашим морякам спокойно работать. URL: <https://biz.liga.net/ekonomika/transport/opinion/ukraina-ne-morskaya-strana-kogda-ukrainskaya-vlast-dast-moryakam-spokoyno-rabotat>

8. Украина парадоксальная: чтобы оформить судно в порту, заставляют ехать за сотни километров. URL: <https://www.seafarersjournal.com/opinions/paradoks-chtoby-oformit-sudno-v-portu-ukrainy-nado-ehat-za-sotnik-kilometrov/>
9. АМКУ рекомендует отстранить «Морречсервис» от оформления судов в портах. URL: <https://mintrans.news/porty/amku-rekomenduet-otstranit-morrechservis-ot-oformleniya-sudov-v-portakh>
10. Украина сократила время на оформление захода судов в порты в 2 раза, Мининфраструктуры. Инфографика. URL: https://biz.censor.net/news/3229060/ukraina_sokratila_vremya_na_oformlenie_zahoda_sudov_v_porty_v_2_raza_mininfrastruktury_infografika
11. United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982. The official website of the UN. URL: http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf

References

1. On Amendments to the Maritime Doctrine of Ukraine for the Period up to 2035: Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine, of December 18, 2018, No. 1108. The Official Bulletin of Ukraine, 2019, 2, 53 [in Ukrainian].
2. On Amendments to the Strategy for the Development of Seaports of Ukraine for the Period until 2038: An Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine, of December 12, 2020, No. 1634-r. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1634-2020-p#Text> [in Ukrainian].
3. Plachkova T. M. (2020). Administrative legal provision of maritime safety in Ukraine: dissertation for the degree of Doctor of Philosophy in specialty 081 "Law". Odessa [in Ukrainian].
4. On termination of actions that contain signs of violation of the legislation on protection of economic competition: recommendations of the Provisional Administrative Board of the Antimonopoly Committee of Ukraine of November 4, 2020, No 2-rk/tk. URL: <https://amcu.gov.ua/storage/app/uploads/public/5fb/3a1/5e/7/5fb3a15e73782481469507.pdf> [in Ukrainian].
5. Code of Commercial Seafaring of Ukraine, 1995. Statements of the Verkhovna Rada of Ukraine, 47–52, 349 [in Ukrainian].
6. Nijakij I. (2020). Sailors bring Ukraine \$3 billion a year. They may lose their jobs. URL: <https://biz.liga.net/ekonomika/transport/opinion/moryaki-prinosyat-ukraine-3-mlrd-v-god-no-mogut-poteryat-rabotu> [in Russian].
7. Nijakij I. (2020). Ukraine does not want to be a maritime country: when the authorities give our sailors to work in peace. URL: <https://biz.liga.net/ekonomika/transport/opinion/ukraina-ne-morskaya-strana-kogda-ukrainskaya-vlast-dast-moryakam-spokoyno-rabotat> [in Russian].
8. Ukraine is paradoxical: in order to register a ship in the port, they are forced to travel hundreds of kilometers. URL: <https://www.seafarersjournal.com/opinions/paradoks-chtoby-oformit-sudno-v-portu-ukrainy-nado-ehat-za-sotnik-kilometrov> [in Russian].
9. The АМКУ recommends to remove "Morrechserservice" from registration of ships in ports. URL: <https://mintrans.news/porty/amku-rekomenduet-otstranit-morrechservis-ot-oformleniya-sudov-v-portakh> [in Russian].
10. Ukraine has reduced the time for registration of ships' entry into ports by 2 times, – Ministry of Infrastructure URL: https://biz.censor.net/news/3229060/ukraina_sokratila_vremya_na_oformlenie_zahoda_sudov_v_porty_v_2_raza_mininfrastruktury_infografika [in Russian].
11. United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982. The official website of the UN. URL: http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf

Стаття надійшла 07.05.2021 р.

Т. В. Аверочкина, докт. юрид. наук, профессор
 Национальный университет «Одесская юридическая академия»
 Кафедра морского и таможенного права
 ул. Академическая, 2, Одесса, 65009, Украина
 e-mail: tetianaaverochkina@gmail.com
 ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0652-7658>

ПУБЛИЧНОЕ АДМИНИСТРИРОВАНИЕ МОРСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В УКРАИНЕ: ПРОБЛЕМЫ И РЕШЕНИЯ

Резюме

В статье охарактеризованы современное состояние и проблемные аспекты публичного администрирования морской и связанной с ней портовой деятельности в Украине. Актуальность рассмотренной тематики обусловлена продолжающимся кризисом в правовом и управленческом обеспечении этих сфер. Задание статьи состоит в поиске оптимальных моделей и инструментов построения новой системы публичного администри-

рования морской отрасли с учетом мировых стандартов и лучших практик. В статье обращено внимание на то, что задекларированное возрождение и поддержание звания Украины как морской державы, развитие ее морского торгового и военно-морского потенциала не может происходить только благодаря ситуационным изменениям по результатам реагирования на кризисные события или для ускоренного разрешения проблем, которые не решались десятилетиями. Здесь должен быть внедрен другой, системный, подход как к правовому регулированию, так и к практике реализации уже принятых правовых норм – новый подход к публичному администрированию всей отрасли. Автором классифицированы меры по преодолению портового кризиса в Украине: финансовые, инфраструктурные и эксплуатационные. Предложена переориентация правового регулирования и практики правоприменения на поддержку субъектов хозяйствования государственного сектора и моряков-граждан Украины, а также упрощение формальностей в портах Украины. Подчеркнута актуальность концепций человекоцентризма, сервисного государства и «good governance» с учетом систем управления рисками на всех уровнях для модернизации публичного администрирования морской и портовой деятельности в Украине. В качестве первоочередной задачи определен анализ уже принятых шагов, системное обновление действующего морского и портового законодательства с применением «пакетного» подхода к его разработке. Именно благодаря такому подходу будет возможным обеспечить учет и баланс интересов большинства заинтересованных субъектов морской и портовой деятельности, а также государства.

Ключевые слова: морская деятельность, портовая деятельность, публичное администрирование, морское законодательство, портовое законодательство, Украина.

T. V. Averochkina, Doctor of Juridical Sciences, Professor
National University «Odessa Law Academy»
Department of Maritime and Customs Law
Akademichna Str., 2, Odessa, 65009, Ukraine
e-mail: tetianaaverochkina@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0652-7658>

PUBLIC ADMINISTRATION OF MARITIME ACTIVITIES IN UKRAINE: PROBLEMS AND DECISIONS

Summary

The article characterizes the current state and problematic aspects of public administration of maritime and related port activities in Ukraine. The urgency of the issue is due to the ongoing crisis in the legal and administrative regulation of these areas. The aim of the article is to establish optimal models and tools for constructing a new system of public administration of the maritime industry, taking into account international standards and best practices. The methodological basis of the research is formed by a system of general scientific and special legal methods of scientific research (historical, analysis and synthesis, scientific abstraction and forecasting). The article draws special attention to the fact that the declared revival and maintenance of the status of Ukraine as a maritime state, the development of its maritime trade and naval potential can not occur only due to situational changes in response to crisis events or to accelerate the decision of problems which have not been resolved for decades. Here, a different, systemic approach to both legal regulation and the practice of implementing the adopted legal norms should be introduced, a new approach to public administration of the entire industry. The author classifies measures to overcome the port crisis in Ukraine into financial, infrastructural and operational ones. It is proposed to repurpose the legal regulation and law enforcement practices to support public sector entities and seafarers-citizens of Ukraine, as well as to simplify formalities in the ports of Ukraine. The relevance of the concepts of anthropocentrism, service state and “good governance”, taking into account risk management systems at all levels for the modernization of public administration of maritime and port activities in Ukraine, is emphasized. The priority is to analyze the steps taken and systematically update the current maritime and port legislation using a “package” approach to its development. This approach enables to ensure that the interests of most maritime and port stakeholders and the state are taken into account and balanced.

Keywords: maritime activity, port activity, public administration, maritime legislation, port legislation, Ukraine.

УДК: 351.713:351.813.12(477):359.1/2(4/8).

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2021.42.232420>

Н. О. Коваль, канд. юрид. наук, доцент
Національний університет «Одеська юридична академія»
Кафедра морського та митного права
вул. Академічна, 2, Одеса, 65009, Україна
e-mail: kntp@meta.ua
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5738-3856>

МИТНІ ФОРМАЛЬНОСТІ ЩОДО ІНОЗЕМНИХ ВІЙСЬКОВИХ КОРАБЛІВ, ЇХ ОЗБРОЄННЯ ТА ЕКІПАЖІВ У ПОРТАХ УКРАЇНИ

Статтю присвячено визначенню сучасного стану та шляхів удосконалення правового регулювання здійснення митних формальностей стосовно іноземних військових кораблів їх озброєння та екіпажів у портах України. Актуальність тематики дослідження обумовлюється необхідністю пошуку оптимальної моделі правового забезпечення такої діяльності в Україні як державі порту та фрагментарністю сучасних правничих досліджень у сфері митних портових формальностей. Завданням статті є вироблення пропозицій щодо удосконалення правового регулювання митних формальностей, які застосовуються до іноземних військових кораблів у морських портах України. У статті охарактеризовано та проаналізовано норми законів, підзаконних та локальних актів, що діють у морських портах України. Запропоновано розробку єдиного нормативного документа, яким було б визначено усі аспекти заходження, перебування та залишення внутрішніх вод, зокрема акваторій морських портів України, іноземних військових кораблів.

Ключові слова: морський порт, митні формальності, іноземний військовий корабель, держава прапору, держава порту, юрисдикція, імунітет.

Постановка проблеми. Відвідання іноземними військовими кораблями морських портів України є звичайною практикою, спрямованою на обмін досвідом під час зустрічей з командуванням українського флоту, проведення спільних тренувань та навчань. Військовий корабель, незалежно від його розмірів є недоторканим, вільним від іноземної юрисдикції і користується різноманітними перевагами, пільгами і привілеями; він може успішно виконувати роль представницького державного органу і таким чином сприяти зміцненню та розбудові міжнародного співробітництва. З цією метою власне й використовується здавна усталена практика відвідувань військовими кораблями іноземних внутрішніх вод та портів. На підтвердження складеним традиціям лише на початку березня поточного року до акваторії Одеського морського порту завітали чотири кораблі НАТО [1] з метою відпрацювання взаємодії у складі багатонаціональних тактичних з'єднань екіпажів кораблів ВМС України з ВМС Туреччини, Румунії та Королівських ВМС Іспанії [2]. Щорічно влітку у північно-західній частині Чорного моря, у Одеській, Миколаївській та Херсонській областях проводяться навчання «Sea Breeze». Метою навчань є підвищення рівня взаємної сумісності підрозділів ВМС України та США і держав-партнерів НАТО під час виконання спільних завдань щодо сприяння безпеці торговельного (цивільного) судноплавства у Чорноморському регіоні з залученням морського, повітряного, берегового та водолазного компонентів [3].

Через особливий статус іноземних військових суден, митні формальності щодо них врегульовано спеціальними нормами внутрішнього законодавства України. В оновленій наприкінці 2018 р. Морській доктрині України на період до 2035 року [4] міститься окремий розділ, присвячений розвитку військово-морської діяльності України. А одним з напрямів повернення захоплених територій та забезпечення оборони з моря визначено «формування ефективної системи управління військово-морською діяльністю з урахуванням досвіду провідних держав світу та необхідності досягнення оперативної сумісності з військово-морськими силами держав-членів НАТО», що забезпечується саме

шляхом проведення консультацій, навчань та обміну досвідом проведення військово-морських операцій.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Через значне оновлення діючого законодавства, інституційної системи митних органів та запровадження оновлених практик протидії поширенню пандемії COVID-19, проблематика здійснення митних формальностей на морському транспорті та режимів портів досить часто розглядається у науковій періодиці та монографічних виданнях. Так, дослідженню режиму морських портів України, здійснюваних у них митних та інших формальностей присвячено праці С.В. Андрущенка, Л.В. Валуєвої, О.О. Зотенко, С.В. Ківалова, С.О. Кузнецова, Г.О. Панчук, О.В. Поліщука, В.В. Прокопенка, В.В. Серафімова, В.В. Ченцова та деяких інших. При цьому, аспект митного оформлення іноземних військових кораблів розглядався у їх працях у якості складника більш загальних теоретико-прикладних досліджень та не охопив деякі з рівнів їх правового регулювання.

У зв'язку з цим, **мета статті** полягає в означенні сучасного стану організаційно-правового забезпечення здійснення митних формальностей щодо іноземних військових кораблів, їх озброєння та екіпажів у портах України, окресленні можливих шляхів його оновлення та удосконалення.

Виклад основного матеріалу. Військові кораблі іноземних держав, які здійснюють заходження до прибережних вод країн, а особливо до тих з них, що є найближчими до узбережжя, є значною загрозою безпеці таких країн. Невипадково у нормах Конвенції ООН з морського права 1982 р. (далі – UNCLOS'82) [5] військові кораблі (поряд з іншими суднами, які перебувають на неурядовій службі) виокремлено серед інших суден з закріпленням особливостей їх правового статусу (ст.ст. 29–32, 236).

Допуск підрозділів військових сил та бойової техніки, у т.ч. військових кораблів інших держав, на територію України дозволяється відповідно до Закону України від 22.02.2000 р. «Про порядок допуску та умови перебування підрозділів збройних сил інших держав на території України» [6] (далі – Закон), яким передбачається, що крім участі у навчаннях та інших заходах щодо вдосконалення бойової підготовки військ та обміні досвідом, підрозділи збройних сил інших держав можуть бути допущені на територію України з метою: транзитного переміщення підрозділів збройних сил інших держав через територію України, при цьому строки такого переміщення не можуть перевищувати 10 діб, якщо інше не передбачене міжнародним договором України; надання Україні, на її прохання, військової допомоги у відсічі (відверненні, припиненні) збройної агресії зі сторони третьої країни (третіх країн); надання Україні, на її прохання, допомоги у ліквідації наслідків надзвичайних ситуацій, викликаних природними і техногенними наслідками; обслуговування тимчасово розміщених на території України відповідно до міжнародних договорів України військових частин; надання Україні, на її прохання, допомоги у вигляді проведення на її території міжнародної операції з підтримання миру і безпеки на підставі рішення ООН та/або ЄС (ст. 3).

Відповідно до ст. 10 Закону, особи військового і цивільного персоналу підрозділів збройних сил інших держав, їх особисті речі та зброя підрозділів збройних сил інших держав під час перетинання державного кордону України підлягають прикордонному і митному контролю. У разі перетинання зазначеними підрозділами державного кордону України для надання Україні, на її прохання, допомоги у ліквідації наслідків надзвичайних ситуацій вони підлягають прикордонному та митному контролю за спрощеним порядком, який визначається Кабінетом Міністрів України. Іноземні військові кораблі (судна), а також військова техніка, що прибувають до України чи вибувають за її межі, митному огляду не підлягають.

Цю норму доповнюють пункти 27 та 28 Правил плавання і перебування в територіальному морі, внутрішніх водах, на рейдах та в портах України іноземних військових кораблів, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 16 травня 1996 р. № 529 [7] (далі – Правила), де передбачений виняток (із загального правила про звільнення іноземних військових кораблів від митного огляду у портах України) стосовно осіб,

які не є членами екіпажів (у разі їх сходження на берег) та товарів і вантажів, що вивантажуються з корабля на берег (якщо інше не передбачено міжнародними договорами України). Ці Правила було прийнято на виконання норм Закону України від 04.11.1991 р. «Про державний кордон України» [8], якими встановлено загальні засади режиму військових кораблів у внутрішніх водах та територіальному морі України (ст.ст. 13–17). Також Правилами передбачено, що допуск на борт іноземного військового корабля і з корабля на берег осіб, що не належать до складу його екіпажу, здійснюється у порядку, що визначається командиром іноземного військового корабля (загону) за погодженням із старшим морським начальником, і з додержанням відповідних митних і паспортних правил України. Ця норма стосується, поперед усе, випадків, коли на борт іноземного військового корабля можуть бути доставлені (військовим кораблем України, яким здійснюється зустріч) посадові особи з митної території України: лоцман, перекладач тощо.

Митним кодексом України [9] (далі – МКУ) у ст. 252 закріплюється норма про те, що військова техніка, укомплектована повністю військовою командою (бойові та військово-транспортні повітряні судна, військові кораблі та судна забезпечення Військово-Морських Сил тощо), яка перетинає митний кордон України, підлягає митному оформленню. Митне оформлення військової техніки іноземних держав здійснюється митним органом за участю представників Міністерства оборони України, а у разі якщо заходи, у рамках яких переміщуються такі товари, належать до повноважень іншого центрального органу виконавчої влади, – представників цього центрального органу виконавчої влади. Товари, що переміщуються через борти іноземних військових кораблів та повітряних суден на митну територію України або у зворотному напрямку, підлягають митному оформленню в порядку, визначеному МКУ.

Необхідно пригадати, що визначення правової категорії «військовий корабель» міститься в UNCLOS'82: ним визнається судно, яке належить до військових сил будь-якої держави, має зовнішні ознаки, що відрізняють такі судна її національності, та знаходиться під командуванням офіцера, який перебуває на службі уряду даної держави і прізвище якого занесене до відповідного списку військовослужбовців або до еквівалентного йому документа, і має екіпаж, підпорядкований регулярній військовій дисципліні (ст. 29). Причому, якщо такий корабель втратить хоча б одну з наведених ознак, він втратить й свій специфічний правовий статус, і особливі правила режиму його діяльності [іммунітет від юрисдикції іноземних держав, спеціальні (полегшені) процедури у портах тощо] припинять діяти щодо нього.

Важливо також зауважити, що в іноземних портах та територіальному морі військові кораблі не є підвладними законам (правопорядку) країни перебування. Однак, користуючись іммунітетом, вони не звільняються від обов'язків дотримуватися законів країни перебування, що стосуються транспорту та судноплавства, митних, санітарних та інших (адміністративних за своєю суттю) формальностей, а також норм міжнародного права, що регламентують відносини з іноземними кораблями та владами. Іммунітет від іноземної юрисдикції не дає права командиру військового корабля вчиняти неправомірні дії. Якщо такий військовий корабель порушує встановлений державою перебування порядок або режим плавання та ігнорує будь-яку звернену до нього вимогу про необхідність їх дотримання, прибережна держава може вимагати від нього залишення своїх вод [10, с. 412, 416].

Особливість правового положення військового корабля в іноземному порту полягає у тому, що, з одного боку, він зобов'язаний поважати встановлені країною порту закони, правила і звичаї і не повинен загрожувати її безпеці, а з іншого, – прибережна держава не повинна зазіхати на іммунітет військового корабля, на його недоторканність. На основі цих двох взаємних інтересів формувалося правове положення військового корабля, відповідно до якого місцева адміністрація не може втручатися у внутрішнє життя корабля, здійснювати огляди і обшуки, арешти членів екіпажу та інші дії, які порушували б його іммунітет, суверенні права держави прапора корабля і могли б привести до серйозних між-

народних ускладнень. Корабель же у свою чергу не може порушувати правила, встановлені іноземною державою (державою порту перебування).

Порядок митного оформлення військової техніки, у т.ч. військових транспортних засобів, які перетинають митний кордон України затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 18.01.2003 р. № 63 [11]. Особливостями митного оформлення військової техніки є його здійснення у першочерговому порядку та залучення Державної служби експортного контролю України (далі – Держекспортконтроль) до здійснення необхідних формальностей. При переміщенні через митний кордон України військової техніки іноземних держав уповноважена особа не пізніше ніж за 3 дні до митного оформлення цієї техніки подає відповідному митному органу письмову заяву про місце, час, мету переміщення військової техніки та взяття на себе зобов'язання щодо здійснення її митного оформлення згідно із законодавством. Митне оформлення військової техніки здійснюється за умови надходження до Державної митної служби від Держекспортконтролю дозволів та висновків в електронній формі із застосуванням засобів кваліфікованого електронного підпису і врахуванням положень МКУ. Для митного оформлення військової техніки митному органу подається заповнена у встановленому порядку митна декларація.

Митне оформлення військової техніки, яка перетинає митний кордон України з метою здійснення заходів оперативно-тактичного характеру (військових навчань, міжнародних операцій з підтримання миру і безпеки, антитерористичних операцій, конвою морських суден, участі в ліквідації наслідків надзвичайних ситуацій, подання військової та гуманітарної допомоги тощо), здійснюється без подання дозволу або висновку Держекспортконтролю, якщо таке переміщення відбувається у рамках міжнародних договорів, що передбачають механізм здійснення державного контролю за переміщенням товарів. Перелік військової техніки, яка перетинає державний кордон України в рамках міжнародних договорів, що передбачають механізм здійснення державного контролю за переміщенням товарів, погоджується з Держекспортконтролем та затверджується керівником (його заступником) центрального органу виконавчої влади, до сфери управління якого належить така військова техніка або який є стороною, що її приймає. Податки і збори під час митного оформлення військової техніки справляються у порядку, визначеному законодавством. Зазначені норми відтворено також у Порядку виконання митних формальностей на морському та річковому транспорті, затвердженому наказом Міністерства фінансів України від 10.03.2015 р. № 308 [12].

Локальні акти морських портів України – зводи звичаїв та обов'язкові постанови (на прикладі Одеського порту [13; 14]) не містять норм, що були б присвячені особливостям режиму іноземних військових кораблів. А, наприклад, у Технологічній схемі пропуску осіб, транспортних засобів та вантажів в пункті пропуску через державний кордон України для міжнародного морського та поромного сполучення «Чорноморський морський порт», затвердженій наказом Одеського прикордонного загону від 16.08.2019 р. № 145 [15], передбачений розділ 4. «Особливості пропуску через державний кордон підрозділів збройних сил інших держав». У цьому розділі Технологічної схеми, на наше переконання, найбільш вдало поєднано більшість норм діючого законодавства України щодо прикордонних та митних формальностей стосовно іноземних військових кораблів у морських портах України. Тут містяться як згадки про нормативні акти, що присвячені таким формальностям, так й окремі їх норми з відповідною конкретизацією стосовно Чорноморського морського порту (п. 4.6). Також особливо важливим в умовах триваючої пандемії COVID-19 є норми про санітарні процедури щодо іноземних військових кораблів (п. 4.7), які набули нових особливостей упродовж 2020–2021 років та втілилися у повній забороні традиційних ознайомчих екскурсій на борти іноземних військових кораблів.

Висновки і пропозиції. Таким чином, діючим законодавством України, відповідно до складеної практики мореплавства та звичаєвих норм, що знайшли своє втілення у міжнародних договорах, визначено особливий порядок здійснення митних формальностей

стосовно іноземних військових кораблів, їх озброєння та екіпажів. Характерною рисою такого законодавства є те, що практично тотожні норми про такі формальності розміщено у різних нормативних актах різної юридичної сили. Цим обумовлюється необхідність розробки єдиного нормативного документа, яким було б визначено усі аспекти заходження, перебування та відходу з внутрішніх вод, зокрема акваторій морських портів України, іноземних військових кораблів.

Список використаної літератури

1. Чотири кораблі НАТО зайшли до Одеського порту. URL: <https://www.dw.com/uk/chotyry-korabli-nato-zaishly-do-odeskoho-portu/a-56828497>
2. Українські ВМС провели тренування з кораблями НАТО в акваторії Чорного моря. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-regions/3208870-ukrainski-vms-proveli-trenuvanna-z-korablami-nato-v-akvatorii-cornogo-mora.html>
3. У Sea Breeze 2021 візьмуть участь понад 30 кораблів та безпілотні авіаційні комплекси. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-ato/3212062-u-sea-breeze-2021-vizmut-ucast-ponad-30-korabliv-ta-bezpilotni-aviacijni-kompleksi.html>
4. Про внесення змін до Морської доктрини України на період до 2035 року: постанова Кабінету Міністрів України від 18.12.2018 р. № 1108. *Офіційний вісник України*. 2019. № 2. Ст. 53.
5. United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982. URL: https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf
6. Про порядок допуску та умови перебування підрозділів збройних сил інших держав на території України: Закон України від 22.02.2000 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1479-14/print>
7. Правила плавання і перебування в територіальному морі, внутрішніх водах, на рейдах та в портах України іноземних військових кораблів, затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 16 травня 1996 р. № 529. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/529-96-p#Text>
8. Про державний кордон України: Закон України від 04.11.1991 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1777-12#Text>
9. Митний кодекс України від 13 березня 2012 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4495-17/print>
10. Полищук А. В., Пашко П. В., Ченцов В. В. Таможенный контроль в морских пунктах пропуска: учебн. пособ. Одесса: «Пласке» ЗАО, 2009. 480 с.
11. Порядок митного оформлення військової техніки, у тому числі військових транспортних засобів, які перетинають митний кордон України, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 18.01.2003 р. № 63. *Офіційний вісник України*. 2003. № 4. Ст. 122.
12. Порядок виконання митних формальностей на морському та річковому транспорті, затверджений наказом Міністерства фінансів України від 10.03.2015 р. № 308. *Офіційний вісник України*. 2015. № 39. Ст. 1175.
13. Звід звичаїв морського порту Одеса, 2015. URL: http://www.uspa.gov.ua/images/other_files/Svody_obychaev/svod_odessa.pdf
14. Обов'язкові постанови по морському порту Одеса, затверджені Наказом державного підприємства «Адміністрація морських портів України» від 22.12.2015 р. № 266. URL: <http://www.port.odessa.ua/images/compulsory-regulations.pdf>
15. Технологічна схема пропуску осіб, транспортних засобів та вантажів в пункті пропуску через державний кордон України для міжнародного морського та поромного сполучення «Чорноморський морський порт», затверджена наказом Одеського прикордонного загону від 16.08.2019 р. № 145. URL: http://uspa.gov.ua/ilk/files/PRIKAZ_GPSU_16.08.2019_145.pdf

References

1. Four NATO ships entered the port of Odessa. URL: <https://www.dw.com/uk/chotyry-korabli-nato-zaishly-do-odeskoho-portu/a-56828497> [in Ukrainian].
2. The Ukrainian Department of the Navy conducted training with NATO ships in the Black Sea. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-regions/3208870-ukrainski-vms-proveli-trenuvanna-z-korablami-nato-v-akvatorii-cornogo-mora.html> [in Ukrainian].
3. More than 30 ships and unmanned aerial complexes will take part in Sea Breeze 2021. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-ato/3212062-u-sea-breeze-2021-vizmut-ucast-ponad-30-korabliv-ta-bezpilotni-aviacijni-kompleksi.html> [in Ukrainian].
4. On Amendments to the Maritime Doctrine of Ukraine for the Period up to 2035: Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine, of December 18, 2018, No. 1108. The Official Bulletin of Ukraine, 2019, 2, 53 [in Ukrainian].
5. United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982. URL: https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf

6. About procedure for the admission and conditions of stay of divisions of armed forces of other states in the territory of Ukraine: Law of Ukraine on February 2, 2000. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1479-14/print> [in Ukrainian].
7. On the approval of rules of navigation and stay in the territorial sea, inland waters, raids and ports of Ukraine of foreign warships, 1996: Regulation of the Cabinet of Ministers of Ukraine, of May 16, 1996, No. 529. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/529-96-п#Text> [in Ukrainian].
8. On State Boundary of Ukraine: Law of Ukraine on November, 4, 1991. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1777-12#Text> [in Ukrainian].
9. Customs Code of Ukraine, 2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4495-17/print> [in Ukrainian].
10. Polishhuk A. V., Pashko P. V., Chencov V. V. (2009). Customs control at sea checkpoints [in Russian].
11. The procedure of customs processing of military equipment, including military vehicles crossing the customs border of Ukraine: Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine, of January 18, 2003, No. 63. The Official Bulletin of Ukraine, 2003, 4, 122 [in Ukrainian].
12. The procedure for customs formalities on sea and river transport: Order of the Ministry of finance of Ukraine, of March 10, 2015, No. 308. The Official Bulletin of Ukraine, 2015, 39, 1175. [in Ukrainian].
13. Code of Practice of the Odessa seaport, 2015. URL: http://www.uspa.gov.ua/images/other_files/Svody_obychaev/svod_odessa.pdf [in Ukrainian].
14. Compulsory regulations on the Seaport of Odessa: Order of the Ukrainian Sea Ports Authority on December 22, 2015, No. 266. URL: <http://www.port.odessa.ua/images/compulsory-regulations.pdf> [in Ukrainian].
15. The technical scheme of people, vehicles and cargo passage at the checkpoint across the state border of Ukraine for the international sea and ferry service "Chornomorskyi morskyy port": Order of the Odessa Border Detachment on August 16, 2019, No. 145. URL: http://uspa.gov.ua/ilk/files/PRIKAZ_GPSU_16.08.2019_145.pdf [in Ukrainian].

Стаття надійшла 15.04.2021 р.

Н. А. Коваль, канд. юрид. наук, доцент
Национальный университет «Одесская юридическая академия»
Кафедра морского и таможенного права
ул. Академическая, 2, Одесса, 65009, Украина
e-mail: kmtп@meta.ua
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5738-3856>

ТАМОЖЕННЫЕ ФОРМАЛЬНОСТИ ОТНОСИТЕЛЬНО ИНОСТРАННЫХ ВОЕННЫХ КОРАБЛЕЙ, ИХ ВООРУЖЕНИЯ И ЭКИПАЖЕЙ В ПОРТАХ УКРАИНЫ

Резюме

Статья посвящена изучению современного состояния и путей совершенствования правового регулирования таможенных формальностей в отношении иностранных военных кораблей, их вооружения и экипажей в портах Украины. Актуальность тематики исследования определяется необходимостью поиска оптимальной модели правового обеспечения такой деятельности в Украине как государстве порта и фрагментарностью современных правовых исследований в сфере таможенных портовых формальностей. Задание статьи состоит в выработке предложений по усовершенствованию правового регулирования таможенных формальностей, применяемых к иностранным военным кораблям в морских портах Украины. В статье охарактеризованы и проанализированы нормы законов, подзаконных и локальных актов, действующих в морских портах Украины. Предложена разработка единого нормативного документа, которым были бы определены все аспекты захода, пребывания и отхода из внутренних вод, в частности акваторий морских портов Украины, иностранных военных кораблей.

Ключевые слова: морской порт, таможенные формальности, иностранный военный корабль, государство флага, государство порта, юрисдикция, иммунитет.

N.A. Koval, Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor
National University «Odessa Law Academy»
Department of Maritime and Customs Law
Akademichna Str., 2, Odessa, 65009, Ukraine
e-mail: kntp@meta.ua
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5738-3856>

CUSTOMS FORMALITIES FOR FOREIGN WARSHIPS, THEIR ARMS AND CREWS IN THE UKRAINIAN PORTS

Summary

The article is devoted to determining the current state and ways to improve the legal regulation of customs formalities for foreign warships, their arms and crews in the Ukrainian ports. The relevance of the research topic is due to the need to find the optimal model of legal regulation for such activities in Ukraine as the state port and the fragmentation of current legal research in the field of custom port formalities. The purpose of the article is to define the current state of organizational and legal regulation for the implementation of customs formalities for foreign warships, their arms and crews in the Ukrainian seaports, outlining possible ways to update and improve it. The methodological basis of the research is formed by general scientific and special legal methods of scientific knowledge (dialectical, analysis and synthesis, scientific abstraction, forecasting). The task of the article is to develop proposals for improving the legal regulation of customs formalities applicable to foreign warships in the Ukrainian ports. The article characterizes and analyzes the provisions of law, regulations and local acts in force in the Ukrainian seaports. It is noted that the current legislation of Ukraine, according to the established practice of navigation and customary norms embodied in international treaties, defines a special procedure for customs formalities in respect of foreign warships, their arms and crews. The characteristic feature of such legislation is that almost identical rules on such formalities are placed in different normative acts of different legal force. This specifies the necessity to develop a universal normative document that would define all aspects of entry, stay and leaving the inland waters for foreign warships, in particular to the waters of the Ukrainian seaports.

Keywords: seaport, customs formalities, foreign warship, flag state, port state, jurisdiction, immunity.

УДК 341.225.13

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2021.42.232421>

А. В. Ковбан, канд. юрид. наук, доцент
Національний університет «Одеська морська академія»
Кафедра загальноправових дисциплін
вул. Дідріхсона, 8, Одеса, 65029, Україна
e-mail: a.kovban@gmail.com
ORCID ID0000-0002-0272-1798

ПРАВОВИЙ ГЕНЕЗИС КОНЦЕПЦІЇ СВОБОДИ ВІДКРИТОГО МОРЯ

У статті досліджується зміст свободи відкритого моря на сучасному етапі розвитку, роль Конвенцій з морського права у формуванні та становленні свободи відкритого моря як інституту міжнародного морського права та аналіз результатів Конвенцій. Автор розглядає правовий генезис концепції свободи відкритого моря та сучасні тенденції трансформації свободи відкритого моря у сучасному міжнародному морському праві. Принцип свободи відкритого моря виражає об'єктивну необхідність держав та народів у вільному використанні морських просторів для здійснення міжнародних економічних, політичних та культурних зв'язків, а також використання живих ресурсів океану. Важлива трансформація міжнародного співробітництва та законодавства пов'язана також з принципом виключної юрисдикції держави прапора. Він означає, що у відкритому морі будь-яке судно підпорядковується виключно юрисдикції держави прапора, і жодна держава не має права втручатися в його законну діяльність, крім випадків, передбачених міжнародними угодами.

Всі чотири конвенції отримали широке визнання держав, що стали їх учасниками, та вважаються найважливішим етапом кодифікації міжнародного морського права та його подальшого прогресивного розвитку. Прийняття чотирьох конвенцій означало, що єдність морського права було втрачено, проте, можливо є і плюси в цьому, наприклад, прийняття конвенцій і одного протоколу, замість одного єдиного нормативно-правового акту, дало спробу залучити більшу кількість держав, принаймні до деяких із конвенцій, що також уникнуло великої кількості радикальних застережень. Створення морських захищених районів у відкритих водах Світового океану за межами національної юрисдикції не має правових основ. Конвенція 1982 р. не надає державам право розповсюджувати свою юрисдикцію на певні частини незалежно від переслідуваних цілей, тому створення морських захищених районів у відкритому морі є неможливим в існуючих міжнародно-правових межах.

Ключові слова: свобода відкритого моря, Світовий океан, свобода судноплавства, *Mare liberum*, Конвенція з морського права.

Постановка проблеми. В міжнародних відносинах проблеми Світового океану завжди відігравали значну роль. Це пояснюється тим, що друга половина ХХ ст. характеризується вдосконаленням традиційних видів людської діяльності на морі – судноплавства та риболовства.

Свобода відкритого моря (*Mare liberum*) вважається одним із найстаріших принципів правового режиму, що регулюють морські простори, а її основними елементами були спочатку свобода судноплавства та риболовства. У зв'язку з швидкими темпами науково-технічного прогресу, процесами глобального потепління, ростом рівня населення, що потребує харчування, діяльність у водах Світового океану набрала нових обертів, що потребує правового врегулювання.

В останні десятиліття проблеми освоєння та використання Світового океану набули глобального характеру, що помітно впливає на розвиток міжнародних відносин та торкається інтересів всіх держав світу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми визначення принципу свободи відкритого моря та його стан в історичних та сучасних умовах досліджували такі представники вітчизняної науки міжнародного права, як Г.О. Анцелевич, О.М. Шемякін,

В.В. Гончаренко, Ю.В. Бобровою, А.С. Скаридовим, А.Л. Колодкіним, А. Холлік, Т. Йоміфумі, Д. Ротвелл та ін.

Мета статті. Мета і завдання дослідження полягає у з'ясуванні правової природи та юридичної сили концепції свободи відкритого моря. Для досягнення поставленої мети визначено такі основні задачі: аналіз генезису свободи відкритого моря в міжнародному праві; роль Конвенцій з морського права у формуванні та становленні свободи відкритого моря як інституту міжнародного морського права та аналіз результатів Конвенцій; дослідження наслідків правового закріплення та визнання свободи відкритого моря у міжнародному морському праві.

Виклад основного матеріалу. Принцип свободи відкритого моря виражає об'єктивну необхідність держав та народів у вільному використанні морських просторів для здійснення міжнародних економічних, політичних та культурних зв'язків, а також використання живих ресурсів океану.

Правила користування просторами Світового океану створювалися протягом значного періоду, зазвичай як міжнародні звичаї. Проте виникає питання про необхідність створення та закріплення певних норм на міжнародному рівні, і вже на початку ХІХ ст. починають з'являтися перші міжнародні інституції, завдяки яким згодом з'являться перші міжнародні морські документи, які будуть регулювати питання міждержавного рівня. Перша конференція ООН по морському праву проходила з 24 лютого до 29 квітня 1958 р. у м. Женева (Швейцарія). Вона має важливе історичне значення, адже вперше на міжнародному рівні були установлені норми про правовий статус та режим використання морських просторів.

Скликання Конференції (на основі резолюції 1105 (ХІ) Генеральної Асамблеї ООН від 21 лютого 1958 р.) стало кульмінацією тривалого процесу. Воно мало свої прецеденти: у 1930 р. під егідою Ліги Націй проводилась Гаазька конференція з кодифікації міжнародного права. Вона займалася питаннями територіальних вод. Хоча ця Конференція не домовилась стосовно ширини територіального моря, їй вдалося привести у своїй доповіді проект із 13 статей, які відображали певну міру узгодженості по багатьом аспектам даної теми. Діюча в рамках ООН Комісія міжнародного права ще в 1949 р., із самого початку свого існування, включила режим відкритого та територіального моря до числа тих, що дозріли для кодифікації. Ці теми розглядалися Комісією на її сесіях протягом шести років (1950–1956 рр.). На одинадцятій сесії у 1956 р. був призначений спеціальний доповідач, який представляв доповіді по різним аспектам морського права, проте, лише у кінцевій доповіді, всі опрацьовані положення були впорядковані та викладені у вигляді зводу проектів статей, що охоплюють морське право цілком. Саме ця остання доповідь стала для Женевської конференції 1958 р. основною опорою в її роботі. Комісія міжнародного права розробила 4 конвенції: про територіальне море та прилеглу зону (набрала чинності 10 вересня 1964 р.); про відкрите море (набрала чинності 30 вересня 1962 р.); про континентальний шельф (набрала чинності 10 червня 1964 р.); про риболовство та охорону живих ресурсів відкритого моря (набрала чинності 20 березня 1966 р.). Додатково був прийнятий ще Факультативний протокол, який містив правила, що стосуються обов'язкового вирішення спорів (набрав чинності 30 вересня 1962 р.) Учасниками протоколу можуть стати лише ті держави, які беруть участь хоча б в одній з Женевських конвенцій. На практиці він ніколи не застосовувався. Мала кількість його учасників свідчить про те, що, якщо прагнути до практичної значущості обов'язкового урегулювання спорів в питаннях морського права, то цю процедуру необхідно зробити органічною частиною нормативного акту, який присвячений суті теми. Цей момент був врахований третьою Конференцією ООН з морського права [9].

Женевські конвенції отримали широке визнання держав, що стали їх учасниками, та вважаються найважливішим етапом кодифікації міжнародного морського права та його подальшого прогресивного розвитку. Конференція розподілила свою роботу між п'ятьма головними комітетами та пленумом. Правила процедури передбачали, що в кожному з комітетів положення будуть прийматися абсолютною більшістю, що не дозволило до-

мовитися відносно ширини територіального моря. Конвенція передбачає, що зовнішній кордон прилеглої зони не може перебільшувати 12 миль від вихідної лінії, і цей факт показує, що більш ніж 12-мильна ширина розглядалась неприпустимою. Єдність морського права було втрачено. Проте, можливо є і плюси в цьому, наприклад, прийняття чотирьох конвенцій і одного протоколу, замість одного єдиного нормативно-правового акту, дало спробу залучити більшу кількість держав принаймні до деяких із конвенцій, що також уникнуло великої кількості радикальних застережень [11].

Генеральна асамблея ООН не вирішила питання також про межі риболовних зон, що разом із проблемою ширини територіального моря було причиною для проведення другої Конференції ООН з морського права, що проходила в Женеві у період з 16 березня до 26 квітня 1960 р. а цій Конференції також не вдалося досягнути вирішення даної проблеми. Однією із пропозицій було встановлення ширини територіального моря 6 миль, яка була затверджена в комітеті повним складом, проте на пленумі вона не отримала необхідної більшості у дві третини.

Конвенція про відкрите море визначає, що слова «відкрите море» означають усі частини моря, які не входять ні до територіального моря, ні до внутрішніх вод якоїсь держави. Воно відкрите для всіх націй, жодна держава не може підкорити будь-яку його частину своєму суверенітету. Таким чином, Женевські конвенції не давали підстав для двоякого тлумачення того питання, який конкретно водний простір слід вважати відкритим морем [8, с. 207].

В Конвенції конкретно розглядається: зміст свободи відкритого моря (свобода судноплавства, свобода риболовства, свобода прокладати підводні кабелі та трубопроводи, свобода польотів над відкритим морем; право держави мати судна, що плавають під її прапором на визначених нею умовах (це право супроводжується неоднозначною вимогою про наявність «реального зв'язку»); права та обов'язки держави прапора; проблеми піратства; право переслідування. Зрозуміло, що всі ці свободи існували, використовувалися та розвивалися протягом століть, проте саме у 1958 р. на першій конференції ООН з морського права, були офіційно закріплені Конвенцією про відкрите море та визнані 86 країнами світу. Більшість держав, що не брали участі в розробці Женевських конвенцій 1958 р., закликали до перегляду існуючих режимів використання Світового океану [7]. Друга конференція ООН, скликана у 1960 р. теж не вирішила питань про межі територіального моря та права на риболовство. Більшість західних країн негативно поставились до 12-мильної ширини територіального моря.

У 1967 р. Генеральна Асамблея ООН вирішила, що технологічні та інші зміни в світі потребують від міжнародного товариства зайнятися питаннями права, що регулює використання морських просторів за межами дії національної юрисдикції. Для вивчення цих питань Асамблея створила спеціальний комітет, що складався із 35 членів, а пізніше був розширений до 41 та названий Комітетом з мирного використання дна морів та океанів за межами дії національної юрисдикції [2, с. 71–73]. Згодом було прийнято рішення про скликання Третьої конференції ООН з морського права. Комітет до 1973 р. підготував шеститомну доповідь. Починаючи з 1973 р. пройшло 10 сесій конференції. Вони проходили в різних містах та країнах: Нью-Йорк, Шрі-Ланка, Каракас, Женева. Під час цих тривалих переговорів виникали одні і ті ж теми та проблеми [10, с. 16, 141–143]. Скликання Конференції, направлене на перегляд положень Женевських конвенцій 1958 р., було обумовлене рядом політичних, економічних, міжнародно-правових та ін. обставин.

На одинадцятій сесії Третьої конференції ООН з морського права вдалося досягти консенсусу (Нью-Йорк). Частина перша цієї сесії тривала з 8 березня до 30 квітня 1982 р. Після того як було вичерпано усі зусилля аби досягти загальної згоди, Конференція провела голосування по ряду виправлень до проекту Конвенції. 30 квітня 1982 р. Конвенція була прийнята 130 голосами проти 4 та 17 утрималися. Під час проведення конференції звернули увагу на нові фактори міжнародного розвитку, включила багато нових понять та визначень, наприклад, «виключна економічна зона», «район морського дна», «прото-

ки, що використовуються для міжнародного судноплавства», «води-архіпелаги». Також було визначено правовий режим для нових районів.

Конвенція 1982 р. доповнила перелік свобод відкритого моря, що включає свободу судноплавства; свободу польотів; свободу прокладати підводні кабелі і трубопроводи; свободу зводити штучні острови та інші установки, що допускаються згідно з міжнародним правом; свободу риболовства; свободу наукових досліджень [1]. Поняття відкритого моря, що давала Конвенція 1958 р., є неактуальним, так як з'явилися нові водні простори. Конвенція 1982 р. теж не дає конкретного визначення, проте в ст. 86 зазначено водні простори, до яких застосовуються положення даної конвенції: «положення цієї Частини застосовуються до всіх частин моря, які не входять ні у виключну економічну зону, ні в територіальне море, ні в внутрішні води будь-якої держави, ні в води-архіпелаги держав-архіпелагів». Принцип свободи судноплавства створює конкретну та реальну юридичну основу для фактичної реалізації інших свобод відкритого моря. Також важливо зазначити, що саме судноплавство як один з найстаріших видів діяльності значно вплинуло на формування міжнародного морського права та затвердження основоположного принципу свободи відкритого моря [3]. Як було зазначено, свобода судноплавства та польотів над відкритим морем є найбільш важливими та історично з'явилися раніше ніж інші. Якщо проаналізувати ст. 87 Конвенції 1982 р. «Свобода відкритого моря», то наглядно ми бачимо, що ці два підпункти статті безумовні, на відміну від інших свобод. Кожна держава незалежно від того, є вона прибережною чи не має виходу до моря, має право на те, щоб судна під її прапором плавали у відкритому морі. Жодна держава не може посягати на підкорення своєму суверенітету якої-небудь частини відкритого моря. Свобода судноплавства має головне правило, а саме – ст. 88 «Відкрите море резервується для мирних цілей». Включення в Конвенцію цього положення як окремої статті має принципове значення для використання відкритого моря. Адже ще на Першій конференції ООН з морського права у 1958 р. соціалістичні держави вимагали закріплення норми, яка б забороняла використовувати морські простори відкритого моря у військових цілях, зокрема встановлювати у відкритому морі недалеко від берегів іноземних держав чи на міжнародних морських шляхах військово-морські та авіаційні полігони, інші зони бойових навчань, які обмежують свободу судноплавства. Відсутність в Конвенції про відкрите море 1958 р. норми, що зобов'язує держави утримуватися від дій у відкритому морі, які суперечать мирним цілям, положенням Статуту ООН та іншим нормам міжнародного права, було значною прогалиною, яка проявилася чітко після прийняття Конвенції. Відкрите море і нині використовується деякими державами для випробування ядерної зброї, чим перешкоджає нормальному здійсненню міжнародного судноплавства. Таким чином, закріплення норми щодо використання відкритого моря в мирних цілях в окремій статті виражає сучасну та гостру потребу у встановленні достатніх юридичних положень, спрямованих проти неправомірних дій військово-морських сил у відкритому морі.

Із правового режиму судноплавства у відкритому морі впливає принцип виключної юрисдикції держави прапору, відповідно до якого будь-яке судно, що знаходиться у відкритому морі, підкоряється законам та владі тільки тієї держави, під прапором якої воно плаває. Конвенція 1982 р. значно розширила перелік свобод відкритого моря, додавши до нього поряд зі свободами судноплавства, польотів, риболовства, прокладки підводних кабелів та трубопроводів, також свободи зводити штучні острови, установки та споруди, що дозволені згідно з міжнародним правом, та проводити морські наукові дослідження. Дуже важливе значення для забезпечення мирних умов вивчення та освоєння Світового океану та його ресурсів має положення, що резервує відкрите море для мирних цілей. Принцип свободи відкритого моря є імперативним і підтверджується доктриною, що стосується поняття і змісту принципів *jus cogens* та положеннями Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. Це має винятково велике значення для збереження в цілому дієвого режиму морських просторів, оскільки регіональна норма не може мати переважної сили перед нормою загального міжнародного права, тим більше перед нормою *jus cogens*. Слід також зазначити, що Конвенція 1982 р. встановлює правовий

режим, заснований на морських зонах. Компетенції прибережних держав зменшуються, оскільки відстань від узбережжя збільшується. Прибережні держави володіють юрисдикцією приймати закони і правила, що стосуються безпеки судноплавства та забруднення судна виключної економічної зони і це не суперечить принципу відкритого моря [5].

Основний недолік Конвенції 1982 р. полягає в тому, що її положення про необхідність міждержавного співробітництва в цілях збереження живих ресурсів відкритого моря (ст. 117–118) достатньо розпливчаті. Не має точних вказівок яким чином це співробітництво має відбуватися. Зобов'язання співробітничати цілком залежить від доброї волі сторін. І якщо ніякої угоди не вдається досягти, то прибережні держави мають право регулювати вилов мігруючих видів виключно у своїй економічній зоні [11].

В 1995 р. було прийнято Угоду про виконання положень Конвенції ООН з морського права 1982 р., що стосується збереження трансграничних рибних запасів та запасів далеко мігруючих риб і управління ними. Ця угода стала інституційною основою для формування системи спільної рибпромислової діяльності у відкритому морі, в т.ч. шляхом створення регіональних організацій та укладення регіональних угод [4]. Конвенція 1982 р. не тільки визнала природоресурсні можливості більшості держав, але й розширила державну юрисдикцію вглиб відкритого моря шляхом введення інституту 200-мильної виключної економічної зони. З іншого боку, в рамках Конвенції була видозмінена та обмежена сама концепція «суверенітету». Він був обмеженим тим, що основною складовою частиною положень стала єдина система врегулювання спорів, а суверенні права прямо підпорядковувались завданням збереження та захисту навколишнього середовища. Як зазначає П. А. Гудев «трансформація суверенітету полягала в тому, що була введена ієрархічна система понять: «суверенні права», «переважне право», «зона юрисдикції»». Окрім цього, в Конвенції можна сказати закріплено рівні права як держав-учасниць, так і компетентних міжнародних організацій [6, с. 20, 88–90]. Тобто фактично, було закладено основи залучення міждержавних організацій до процесів формування морської політики.

Висновки і пропозиції. Друга половина ХХ ст. характеризувалась вдосконаленням традиційних видів людської діяльності на морі. Це пов'язано з науково-технічним прогресом, розвитком торгівлі, розширенням економічних зв'язків. Тому була відчутна гостра необхідність правового регулювання на міжнародному рівні такого морського простору як відкрите море. Саме тому, під егідою ООН в Женеві була проведена Перша конференція з морського права, в результаті якої було прийнято чотири конвенції, серед яких Конвенція про відкрите море, що закріпила чотири основні його свободи: свободу судноплавства, риболовства, прокладки підводних кабелів та трубопроводів та свободу літати над відкритим морем.

Всі чотири конвенції отримали широке визнання держав, що стали їх учасниками, та вважаються найважливішим етапом кодифікації міжнародного морського права та його подальшого прогресивного розвитку. Прийняття чотирьох конвенцій означало, що єдність морського права було втрачено, проте, можливо є і плюси в цьому: наприклад, прийняття конвенцій і одного протоколу, замість одного єдиного нормативно-правового акту, дало спробу залучити більшу кількість держав, принаймні до деяких із конвенцій, що також уникнуло великої кількості радикальних застережень.

На сьогодні Женевські конвенції 1958 р. мають, головним чином, історичне значення в якості втілення «традиційного морського права», а саме такого права, яке існувало до трансформацій, що відбулися в міжнародному співтоваристві в останні роки. Конвенції були прийняті менш ніж за десятиліття. Проте не дивлячись на їх юридичну якість, вони швидко стали сприйматися більшістю держав як застарілі. Проте на сьогодні ніхто не говорить про прийняття нової конвенції, наголошується лише на гострій необхідності заміни та доповнення її положень, тим паче, Конвенція 1982 р. має передбачені механізми внесення поправок та може адаптуватися до нових політико-економічних умов. Створення морських захищених районів у відкритих водах Світового океану за межами національної юрисдикції не має правових основ.

Список використаної літератури:

1. Конвенція Організації Об'єднаних Націй з морського права 1982 року. Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/995_057.
2. Авраменко И. М. Международное морское право. Ростов-на-Дону: Феникс, 2001. 448 с.
3. Барсегов Ю. В. Международно-правовые аспекты мореплавания в условиях плюрализма режимов Мирового океана. *Проблемы развития морского судоходства*. К.: Наука, 1983. С. 113.
4. Выглежагин А. Н. Морские природные ресурсы (международно-правовой режим). Москва: СОПС РАН, 2001. 298 с.
5. Гончаренко В. В. Стратегії розвитку принципу свободи відкритого моря для зміцнення правопорядку у водах Світового океану. URL: http://www.lj.kherson.ua/2018/pravo03/part_2/41.pdf.
6. Гудев П. А. Конвенция ООН по морскому праву: проблемы трансформации режима. Москва, 2014. 201 с.
7. Спивакова Т. И. Некоторые проблемы морского права: моногр. Москва: Знание, 1984. 47 с.
8. Шемякин А. Н. Современное международное морское право и перспективы его развития. Одесса, 2006. 316 с.
9. Yoshifumi T. The International Law of the Sea. New-York: Cambridge University Press, 2012. 672 p.
10. Hollick A. L. US foreign policy and the law of the sea. Princeton: Princeton univ. press., 1981. 496 p.
11. Treves T. 1958 Geneva Conventions on the Law of the Sea: Judge of the International Tribunal for the Law of the Sea. 2010. URL: <http://legal.un.org/avl/ha/gclos/gclos.html>

References

1. Convention of the Organizational Organization on the National Law of the Sea of 1982. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/995_057 [in Ukrainian]
2. Avramenko I. (2001) International maritime law. Rostov-on-Don: Phoenix. [in Russian]
3. Barsegov Yu. (1983) International legal aspects of navigation in the conditions of pluralism of the World Ocean regimes. Kyiv: Nauka. [in Russian]
4. Vyglezhagin A. (2001) Marine natural resources (international legal regime). Moscow: SOPS RAS. [in Russian]
5. Goncharenko V. (2018) The strategy of development of the principle of freedom of the open sea for the improvement of law and order near the waters of the Wourld ocean. URL: http://www.lj.kherson.ua/2018/pravo03/part_2/41.pdf [in Ukrainian]
6. Gudev P. (2014) UN Convention on the Law of the Sea: Regime Transformation Problems. Moscow [in Russian]
7. Spivakova T. (1984) Some problems of the law of the sea. Moscow: Knowledge [in Russian]
8. Shemyakin A. (2006) Modern international maritime law and prospects for its development. Odessa: Publishing House-Inform ONMA. [in Russian]
9. Yoshifumi T. (2012) The International Law of the Sea. New-York: Cambridge University Press.
10. Hollick A. (1981) US foreign policy and the law of the sea. Princeton: Princeton univ. press.
11. Treves T. (2010) 1958 Geneva Conventions on the Law of the Sea: Judge of the International Tribunal for the Law of the Sea. URL: <http://legal.un.org/avl/ha/gclos/gclos.html>

Стаття надійшла 13.05.2021 р.

А. В. Ковбан, канд. юрид. наук, доцент
 Национальный университет «Одесская морская академия»
 Кафедра общеправовых дисциплин
 ул. Дидрихсона, 8, Одесса, 65029, Украина
 e-mail: a.kovban@gmail.com
 ORCID ID0000–0002–0272–1798

ПРАВОВОЙ ГЕНЕЗИС КОНЦЕПЦИИ СВОБОДЫ ОТКРЫТОГО МОРЯ

Резюме

В статье исследуется содержание принципа свободы открытого моря на современном этапе развития, роль Конвенции по морскому праву в формировании и становлении свободы открытого моря как института международного морского права и анализ результатов Конвенцией. Автор рассматривает правовой генезис концепции свободы открытого моря и современные тенденции трансформации свободы открытого моря в со-

временном международном морском праве. Принцип свободы открытого моря выражает объективную необходимость государств и народов в свободном использовании морских пространств для осуществления международных экономических, политических и культурных связей, а также использования живых ресурсов океана. Важная трансформация международного сотрудничества и законодательства связана также с принципом исключительной юрисдикции государства флага. Он означает, что в открытом море любое судно подчиняется исключительной юрисдикции государства флага, и ни одно государство не имеет права вмешиваться в его законную деятельность, кроме случаев, предусмотренных международными соглашениями.

Все четыре конвенции получили широкое признание государств, стали их участниками, и считаются важнейшим этапом кодификации международного морского права и его дальнейшего прогрессивного развития. Принятие четырех конвенций означало, что единство морского права было потеряно, однако, возможно есть и плюсы в этом, например, принятие конвенций и одного протокола, вместо одного единственного нормативно-правового акта, дало попытку привлечь большее количество государств, по крайней мере к некоторым из конвенций, также удалось избежать большого количества радикальных оговорок. Создание морских защищенных районов в открытых водах Мирового океана за пределами национальной юрисдикции не имеет правовых оснований. Конвенция 1982 г. не предоставляет государствам право распространять свою юрисдикцию на определенные части независимо от преследуемых целей, поэтому создание морских защищенных районов в открытом море невозможно в существующих международно-правовых рамках.

Ключевые слова: свобода открытого моря, Мировой океан, свобода судоходства, *Mare liberum*, Конвенция по морскому праву.

A. V. Kovban, Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor
National University “Odessa Maritime Academy”
Department of General Law Disciplines
Didrichson Str., 8, Odesa, 65029, Ukraine
e-mail: a.kovban@gmail.com
ORCID ID0000–0002–0272–1798

LEGAL GENESIS OF THE CONCEPT OF FREEDOM OF THE HIGH SEA

Summary

The article examines the content of freedom of the high seas at the present stage of development, the role of the Conventions Maritime Law in the formation and formation of freedom of the high seas as an institution of international maritime law and analysis of the results of the Conventions. The author considers the legal genesis of the concept of freedom of the high seas and current trends in the transformation of freedom of the high seas in modern international maritime law. The principle of freedom of the high seas expresses the objective need of States and peoples for the free use of maritime space for international economic, political and cultural ties, as well as for the use of living ocean resources. An important transformation of international cooperation and legislation is also related to the principle of exclusive jurisdiction of the flag state.

All four conventions have been widely recognized by the member states and are considered to be the most important stage in the codification of international maritime law and its further progressive development. The adoption of the four conventions meant that the unity of the law of the sea was lost, but there may be advantages: for example, the adoption of conventions and a single protocol, instead of a single legal act, tried to involve more states in at least some of the conventions.

The creation of marine protected areas in the open waters of the world's oceans outside national jurisdiction has no legal basis. The 1982 Convention does not give states the right to extend their jurisdiction to certain parts regardless of the objectives pursued, so the creation of marine protected areas on the high seas is impossible within the existing international legal framework.

Keywords: freedom of the high seas, the World Ocean, freedom of navigation, *Mare liberum*, Convention on the Law of the Sea.

УДК 341.225:343.9.02:343.343.62(26)

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2021.42.232428>*С. О. Кузнецов*, доцент

Національний університет «Одеська юридична академія»

Кафедра морського та митного права

вул. Академічна, 2, Одеса, 65009, Україна

e-mail: kntp@meta.uaORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7353-8982>

ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ МЕХАНІЗМИ ПРОТИДІЇ НЕЛЕГАЛЬНІЙ МІГРАЦІЇ МОРЕМ

У статті з'ясовано динаміку міграційних процесів у сучасному світі та на прикладі середземноморського регіону охарактеризовано їх нелегальний складник. Визначено причини зміни звичайних маршрутів нелегальних морських перевезень мігрантів у цьому регіоні. Виокремлено напрями співробітництва держав у боротьбі з нелегальною міграцією: політичний, правовий та організаційний. Надано характеристику їх взаємозв'язків. Акцентовано увагу на тому, що на теперішній час жодна країна не в змозі ефективно протидіяти незаконній міграції поза взаємозв'язком з рештою світу. Ця проблема набула глобальних масштабів, і вимагає подальшого об'єднання зусиль всього міжнародного співтовариства для її вирішення. Відзначено, що наявність універсальних і регіональних правових норм, а також угод про реадмісію не допомогла впоратися з підвищенням кількості міграційних потоків та наслідками нелегальної міграції у середині 2010-х років в ЄС. Вплив прикордонних обмежень, обумовлених поширенням пандемії COVID-19, не був значним. Зниження показників нелегальної міграції у середземноморському регіоні обумовлене іншими організаційними заходами. Підсумовано, що для підвищення ефективності правового регулювання в сфері протидії нелегальній міграції необхідним є забезпечення якісного виконання норм міжнародного права, рекомендацій ІМО та інших міжнародних інституцій, що займаються проблемами міграції.

Також необхідними є розробка і вдосконалення підзаконних нормативних правових актів, безпосередньо присвячених питанням протидії нелегальній міграції на морі, заходам, яких вживає щодо біженців та інших шукачів притулку при їх перебуванні на судах, що терплять лихо. При цьому також слід вирішити проблему щодо відповідальності держав, їх суден і рятувальних служб та мігрантів, які перебувають на судах, що не відповідають вимогам безпеки мореплавства.

Ключові слова: міграція, нелегальна міграція, протидія, морські простори, механізми, ЄС.

Постановка проблеми. Глобалізація, дисбаланс розвитку держав, економіко-політичні кризи, пошук кращого життя та воєнні дії часто примушують людей до залишення звичних місць проживання. Міграційні процеси у світі є природним явищем, вони були характерними для усіх етапів розвитку людства. Надзвичайно швидкий розвиток транспортних сполучень залучає фактично усі країни світу до міграційних процесів на національному та наднаціональному рівнях. Будучи реакцією на відмінності в умовах та рівні життя, несприятливі фактори життя, міграція з точки зору розвитку людства є позитивним явищем, що допомагає задовольнити потреби економіки, забезпечити соціокультурний обмін, духовне взаємозбагачення. Однак значною негативною особливістю сучасної міжнародної міграції є високий рівень її нелегальної складової і високої латентності. За даними ООН, кількість мігрантів послідовно збільшується: на 2019 рік вона становила 272 млн людей, що на 51 млн більше, ніж у 2010 р. На мігрантів припадає 3,5 % усього населення світу, у 2000 р. цей показник становив 2,8 %. Найзначніші показники як регіони-реципієнти засвідчують: ЄС (сюди прагне потрапити найбільше мігрантів – 82 млн осіб), Північна Америка – близько 60 млн, Західна Азія – близько 50 млн [1]. У 2020 р., незважаючи на те, що пандемія COVID-19 суттєво порушила усі форми мобільності людей, у т.ч. міжнародну міграцію, скоротивши її приблизно на 2 млн осіб, загальносвітовий показник підвищився до 281 млн [2], що засвідчує доволі слабкий вплив

офіційних карантинних заходів на переміщення населення. Не отримали вони значного ефекту й для нелегального напряму міграцій. Відповідно до глобального дослідження Управління ООН з наркотиків та злочинності, у 2016 р. кількість нелегальних мігрантів дорівнювала 2,5 млн осіб [3] та поступово збільшувалася. Найзначнішого впливу наслідків нелегальної міграції зазнав Середземноморський регіон та Північна Африка. Події «Арабської весни» стали потужним каталізатором підвищення показників нелегальної міграції та смертності при намаганні перетнути Середземне море.

Згідно з даними Міжнародної організації з міграції ООН, за період 2014–2019 рр. Середземне море забрало життя близько 20 тис. осіб, які прагнули потрапити до Європи [4]. При цьому, кількість нелегальних мігрантів, які прибули до ЄС упродовж 2019 р., знизилася на 92 % порівняно з показниками 2015 р., що відбулося через значне скорочення кількості мігрантів, які намагалися дістатися до Іспанії та Італії Середземним морем [5], а у 2020 – завдячуючи запровадженню країнами карантинних обмежень, кількість виявлених незаконних мігрантів на зовнішніх кордонах ЄС знизилася на 13 % і склала близько 124 тис. осіб – найменше з 2013 р. [6]. Оновлені (здебільшого більш жорсткі у порівнянні з періодом до 2010-х рр.) політичні, правові та організаційні механізми протидії нелегальній міграції дозволили європейському регіону знизити негативне «напруження» у суспільстві, викликане навалом мігрантів з африканських країн та країн близького Сходу, проте цілковито подолати проблему все ж не вдалося. Морський напрямок й дедалі залишається «привабливим» для потрапляння до Європи та надзвичайно небезпечним з точки зору охорони людського життя на морі.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі аспекти нелегальної міграції та торгівлі людьми розглядалися як вітчизняними (О. Джу́жа, С. Кременчуцький, В. Олєфір тощо), так і зарубіжними (М. Ві́йерс, Р. Вольвенд, М. Пуглі) дослідниками, більшість з яких надавали їм характеристику джерел значних загроз для національної безпеки країн та одночасно як різновидів протиправної діяльності транснаціональної організованої злочинності. Питання протидії нелегальній міграції у морських просторах досліджувалися В. Зьолкою, А. Мотою, Л. Пашковською та С. Філіпповим, проте новітня практика з протидії цьому явищу в їх розвідках необхідного висвітлення та опрацювання не отримала. У зв'язку з цим **метою цієї статті** обрано характеристику сучасних організаційно-правових механізмів протидії нелегальній міграції морем в умовах триваючої пандемії та вироблення пропозицій з їх удосконаленням.

Виклад основного матеріалу. Специфікою нелегальної міграції як однієї з форм територіального переміщення населення, є порушення норм міжнародного права та/або внутрішньодержавного права приймаючих країн: правил в'їзду та виїзду, у т.ч. візовий режим; перебування на території іноземної держави; трудової, підприємницької діяльності тощо [7]. Залучення незаконних мігрантів до діяльності екстремістських, націоналістичних і радикально спрямованих організацій чинить значний вплив на безпеку будь-якої сучасної держави. Відповідно до ст. 3 Протоколу проти незаконного ввезення мігрантів сушею, повітрям та морем, який доповнює Конвенцію ООН проти транснаціональної організованої злочинності 2000 р. [8], «незаконне ввезення мігрантів» полягає у «забезпеченні з метою отримання фінансової чи іншої матеріальної вигоди, незаконного в'їзду в яку-небудь державу-учасницю будь-якої особи, що не є її громадянином або не проживає постійно на її території». Відповідно, «незаконний в'їзд» – це «перетин кордону без дотримання необхідних вимог для законного в'їзду до приймаючої країни».

У рекомендаціях Конференції міністрів з питань запобігання нелегальній міграції у рамках Будапештського процесу 1997 р. діяльність з нелегального переправлення мігрантів визначено як порушення міграційних правових інститутів; нелегальний в'їзд та проживання у країні; нелегальний перетин кордону; виготовлення та використання фальшивих документів чи порушення у використанні дійсних документів; використання недозволених транспортних засобів; забезпечення місць притулку та нелегальної роботи; надання допомоги для звернення з фальшивими документами до органів влади; організація перевезення. Виходячи з цього, було рекомендовано розуміння поняття «нелегальне

переправлення мігрантів» як діяльності, спрямованої на навмисне сприяння іноземцям у перетині кордону або проживанні на території держави на умовах, що суперечать правилам та умовам, прийнятим у цій державі. До кола обтяжуючих ознак віднесено наступні: здійснення торгівлі людьми з метою отримання фінансової вигоди та/або в організованому порядку, підробка документів, вимагання (наси́льство, погрози, зловживання владою), експлуатація, що примушує нелегальних мігрантів до незаконної діяльності (незаконне працевлаштування, торгівля наркотиками, нелегальні майстерні, крадіжки автомобілів тощо) та відмивання грошей [9]. Таким чином, нелегальна міграція – це в'їзд іноземних громадян і осіб без громадянства на територію держави, їх переміщення та перебування (проживання), незалежно від цілей і терміну, в межах її території з порушеннями чинного міграційного законодавства. Здійснюється зазначеними громадянами і особами, як правило, для незаконної трудової діяльності, тобто юридично не оформленої відповідно до діючих в даній державі правил залучення та використання праці іноземних працівників.

Морські шляхи перевезення нелегальних мігрантів є найбільш небезпечними, адже перевізники не дбають про умови їх доставки, судна перебувають у поганому технічному і санітарному стані, часто не є пристосованими для перевезення великої кількості пасажирів. Функціонування сучасних середземноморських маршрутів нелегальної міграції визнається найбільшою гуманітарною катастрофою після Другої світової війни. За статистичними джерелами, за сім місяців 2015 р. з африканського континенту до ЄС прибуло більше 300 тис. мігрантів, третина з них лише у липні. Сумна статистика засвідчила: за перші 5 місяців 2015 р. у Середземному морі загинули понад 1800 мігрантів – це у 20 разів більше, ніж за той самий період 2014 року [10].

У середземноморському регіоні міграційні шляхи розподілилися за трьома основними коридорами: Західний (з Марокко та Алжиру до Іспанії), Центральний (з Північної Африки до Італії) та Східний (через Туреччину до Греції) [11]. Згідно з даними World migration report 2020, у 2018 р. до Європи морем прибуло близько 117 тис. мігрантів. Це стало значним зниженням у порівнянні з 2017 р. (близько 172 тис. осіб) і 2016 р., коли їх чисельність зросла до 364 тис. осіб. Крім того, відбувся зсув маршрутів, використовуваних більшістю нелегальних мігрантів, що переміщуються морем; у той час як більшість мігрантів з Африки, які прибули до Європи у 2016 та 2017 рр., використовували Центральний маршрут, то у 2018 р. переважна більшість слідувала Західним маршрутом. До Іспанії морем дісталися приблизно 59 тис. осіб проти 23 тис., які прибули до Італії. Зміна основного маршруту з Центрального на Західний пов'язана з декількома факторами, включаючи більш тісне співробітництво між ЄС та країнами походження і транзиту, зусилля з боротьби з незаконним перевезенням людей, а також посилення патрулювання морських зон безпеки біля лівійського узбережжя [12, р. 67].

Співробітництво держав у боротьбі з нелегальною міграцією у сучасних умовах виходить на якісно новий етап, що поєднує три складника: політичний, правовий та організаційний. Політичний аспект є визначальним для правового, а організаційний визначає принципи формування волі держави у питаннях поводження з нелегальними мігрантами, спрямовує роботу на розвиток національного законодавства та міжнародних домовленостей. Прикладом міжнародного співробітництва держав з метою гармонізації законодавства щодо вироблення єдиних підходів до боротьби з нелегальною міграцією, формування правового поля, яке могло б дієво реагувати на міжнародний характер проблеми нелегальної міграції, є започаткування співробітництва держав у рамках Будапештського процесу. Його основною цінністю є визнання перевезення іноземців злочином і застосування ефективних санкцій проти переміщення та пов'язаної з цим діяльності, адже нелегальна міграція є проблемою як національного, так і міжнародного характеру [13]. Більше того, на наше переконання, на теперішній час жодна країна не в змозі ефективно протидіяти незаконній міграції поза взаємозв'язком з рештою світу. Ця проблема давно вийшла за національні кордони, набувши глобальних масштабів, і вимагає подальшого об'єднання зусиль всього міжнародного співтовариства для її вирішення.

Міжнародно-правовий базис протидії нелегальній міграції морем сформовано інструментами загальносвітового (Протокол проти незаконного ввезення мігрантів сушею, повітрям та морем до Конвенції проти транснаціональної організованої злочинності 2000 р., Конвенція з морського права 1982 р. [14] тощо) та регіонального (Директива № 2002/90/ЕС «Про визначення допомоги незаконному в'їзду, транзиту і перебуванню» [15] тощо) та двостороннього (угоди про реадмісію) характеру. Проте наявність цих норм все ж не допомогла впоратися з підвищенням кількості міграційних потоків у середині 2010-х років в ЄС. Тоді основне завдання полягало у налагодженні взаємодії усіх рівнів і серед найбільш успішних рішень у сфері організації виконання міграційних правил стало функціонування утвореного у 2005 р. Європейського агентства з управління оперативним співробітництвом на зовнішніх кордонах держав-членів ЄС (Frontex) та підпорядкованих йому загонів швидкого прикордонного реагування [16]. Криза середини 2010-х рр. сприяла збільшенню особового складу та фінансування агентства, але розширення повноважень у 2019–2020 рр. і випадки зловживання ними викликали занепокоєння та розслідування інцидентів порушення прав людини [17].

Окрім Frontex, з метою підвищення ефективності роботи національних служб і їх співробітництва у запобіганні та боротьбі з нелегальною міграцією, в ЄС було створено спеціальне агентство Європейської поліції (Europol). Ця інституція підтримує цілодобовий зв'язок з Національними підрозділами, що знаходяться у 28 країнах. У лютому 2016 р. у системі Європолу було відкрито Центр з протидії незаконному перевезенню мігрантів, основне завдання якого полягає в активній підтримці країн ЄС у боротьбі з кримінальними угрупованнями, залученими до організованого незаконного транспортування людей [18].

Ще однією структурою, яка пов'язана з проблемою нелегальної міграції в ЄС є Європейське бюро з питань надання притулку (EASO), створене 19 травня 2010 р. як незалежний орган управління ЄС. EASO відіграє ключову роль у подальшому розвитку загальноєвропейської політики щодо притулку. Відповідно до Регламенту 439/2010 [19], EASO орієнтується у своїй діяльності на три основних завдання: 1) розвиток практичного співробітництва з питань притулку між державами-членами ЄС; 2) їх підтримка за допомогою створення системи раннього реагування, координації груп експертів для надання допомоги у роботі з клопотаннями про надання притулку і створенні відповідних центрів прийому; 3) сприяння реалізації загальноєвропейської системи притулку шляхом збору та поширення інформації про кращі практики, підготовки щорічних звітів, а також прийнятті технічних документів, таких як керівні принципи та практичні посібники по реалізації правових документів.

Зважаючи на характер загроз, пов'язаних з використанням морських шляхів нелегальними мігрантами, універсальним інструментом є система Євросур (European Border Surveillance System), яка працює з 2013 р. та призначена для виявлення, запобігання та боротьби з незаконною імміграцією та транскордонною злочинністю, сприяння забезпеченню захисту та збереженню життя мігрантів, зокрема, шляхом покращення оперативних та технічних засобів виявлення малих суден. Спеціальний Регламент, що регламентує використання цієї системи допускає співробітництво, у т.ч. постійний обмін інформацією з сусідніми третіми країнами із врахуванням принципу неповернення [20].

Також активно діють у боротьбі з нелегальною міграцією у Середземному морі військово-морські сили і морські правоохоронні органи країн ЄС. Рішенням Ради ЄС від 18 травня 2015 р. створено Середземноморське військово-морське з'єднання ЄС, яке спрямоване на вжиття дієвих заходів на міжнародному рівні з урахуванням як уже очевидних аспектів незаконного провезення мігрантів і торгівлі людьми з метою їх перевезення до Європи, так й тих, які можуть з'явитися у майбутньому. Також слід відзначити роль Європейського агентства з управління оперативним співробітництвом на зовнішньому кордоні держав-членів ЄС і Місії ЄС з прикордонної допомоги Лівії у підтримці лівійського уряду [21, с. 153]. Отже, основними напрямками міжнародної співпраці щодо міграції на морі є: 1) протидія нелегальній міграції у межах морських просторів та 2) на-

дання допомоги біженцям та іншим мігрантам, які зазнали лиха або опинилися у небезпеці у межах морських просторів.

Висновки і пропозиції. Таким чином, діяльність держав щодо мігрантів має здійснюватися відповідно до їх правового статусу і конкретної ситуації, у якій вони перебувають. Щодо біженців та інших осіб у пошуках притулку, – це недопущення потрапляння їх до країни, де їх життя наражається на небезпеку або вони переслідуються з політичних та інших протиправних мотивів. Такий статус має бути визначений не на борту рятувального судна, а на березі. Щодо інших мігрантів можливе здійснення державами правоохоронних дій, передбачених їх національним законодавством та міжнародним правом у залежності від місця здійснення. Якщо будь-яким особам загрожує загибель на морі, то диференціація у залежності від правового статусу врятованих осіб є недоречною, оскільки допомога надається усім, хто її потребує. Стосовно організаторів нелегальної міграції мають бути застосовані заходи кримінальної відповідальності, передбачені законодавством держав, у т. ч. відповідно до їх міжнародних зобов'язань. Для підвищення ефективності правового регулювання у цій сфері необхідним є забезпечення якісного виконання норм міжнародного права, рекомендацій ІМО та інших міжнародних організацій і міжнародних органів, що займаються проблемами міграції. Також необхідними є розробка і вдосконалення підзаконних нормативних правових актів, безпосередньо присвячених питанням протидії нелегальній міграції на морі, заходам, яких вживає щодо біженців та інших шукачів притулку при їх перебуванні на судах, що терплять лихо. При цьому слід вирішити проблему щодо відповідальності держав, їх суден і рятувальних служб та мігрантів, які перебувають на судах, що не відповідають вимогам безпеки мореплавства.

Список використаної літератури

1. International Migrant Stock 2019. URL: https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationStock2019_TenKeyFindings.pdf
2. International Migration 2020 Highlights. URL: https://www.un.org/development/desa/pd/sites/www.un.org/development/desa/pd/files/international_migration_2020_highlights_ten_key_messages.pdf
3. Global Study on Smuggling of Migrants, 2018. URL: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glosom/GLOSOM_2018_web_small.pdf
4. IOM: Mediterranean Arrivals Reach 110,699 in 2019; Deaths Reach 1,283. World Deaths Fall. URL: <https://www.iom.int/news/iom-mediterranean-arrivals-reach-110699-2019-deaths-reach-1283-world-deaths-fall>
5. FLASH REPORT – Irregular migration into EU at lowest level since 2013. URL: <https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/flash-report-irregular-migration-into-eu-at-lowest-level-since-2013-n5pHiA>
6. Irregular migration into EU last year lowest since 2013 due to COVID-19. URL: <https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/irregular-migration-into-eu-last-year-lowest-since-2013-due-to-covid-19-j34zp2>
7. Левковський В. Ф. Нелегальна міграція – загроза національній безпеці України. *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)*. 2007. Вип. 16. С. 89–98.
8. Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2000. URL: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>
9. Recommendations of the Conference of Ministers on the Prevention of Illegal Migration Held in the Context of the Budapest Process in Prague, 1997. URL: https://www.budapestprocess.org/index.php?option=com_attachments&task=download&id=9
10. Дорогами біженців: як мігранти потрапляють до Європи. URL: http://www.bbc.com/ukrainian/society/2015/06/150603_migrants_vj_europe_journeys_it
11. Міграційна криза в ЄС: статистика та аналіз політики. URL: <https://cedos.org.ua/uk/articles/mihratsiina-kryza-v-yes-statystyka-ta-analiz-polityky>
12. World migration report 2020. URL: https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020.pdf
13. Книш С. Особливості міжнародно-правового механізму у боротьбі з нелегальною міграцією в сучасних умовах. *Підприємництво, господарство і право*. 2009. № 9. С. 22–24.
14. United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982. URL: http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf

15. Council Directive 2002/90/EC of 28 Nov. 2002 defining the facilitation of unauthorised entry, transit and residence. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0090&from=EN>
16. Council Regulation (EC) № 2007/2004 of 26 Oct. 2004 establishing a European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union. URL: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R2007: EN: NOT>
17. Потемкина О. Ю. Больше полномочий – больше проблем: Европарламент против агентства Фронтекс. *Научно-аналитический вестник Института Европы РАН*. 2021. № 2. С. 41–47. DOI: <http://dx.doi.org/10.15211/vestnikieran220214147>
18. European migrant smuggling centre – EMSC. URL: <https://www.europol.europa.eu/about-europol/european-migrant-smuggling-centre-emsc>
19. Regulation (EU) No 439/2010 of the European Parliament and of the Council of 19 May 2010 establishing a European Asylum Support Office. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32010R0439>
20. Regulation (EU) No 1052/2013 of the European Parliament and of the Council of 22 Oct. 2013, establishing the European Border Surveillance System (Eurosur). Official Journal of the European Union. 2013. № L 295/11.
21. Ромашев Ю. С., Остроухов Н. В. Миграция на море: международно-правовые и организационные аспекты. *Право. Журнал Высшей школы экономики*. 2016. № 1. С. 149–165. DOI: [10.17323/2072-8166.2016.1.149.165](https://doi.org/10.17323/2072-8166.2016.1.149.165)

References

1. International Migrant Stock 2019. URL: https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationStock2019_TenKeyFindings.pdf
2. International Migration 2020 Highlights. URL: https://www.un.org/development/desa/pd/sites/www.un.org/development/desa/pd/files/international_migration_2020_highlights_ten_key_messages.pdf
3. Global Study on Smuggling of Migrants, 2018. URL: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glosom/GLOSOM_2018_web_small.pdf
4. IOM: Mediterranean Arrivals Reach 110,699 in 2019; Deaths Reach 1,283. World Deaths Fall. URL: <https://www.iom.int/news/iom-mediterranean-arrivals-reach-110699-2019-deaths-reach-1283-world-deaths-fall>
5. FLASH REPORT – Irregular migration into EU at lowest level since 2013. URL: <https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/flash-report-irregular-migration-into-eu-at-lowest-level-since-2013-n5pHiA>
6. Irregular migration into EU last year lowest since 2013 due to COVID-19. URL: <https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/irregular-migration-into-eu-last-year-lowest-since-2013-due-to-covid-19-j34zp2>
7. Levkovsky V. F. (2007). Illegal migration – a threat to national security of Ukraine. Fight against organized crime and corruption (theory and practice), 16, 89–98 [in Ukrainian].
8. Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2000. URL: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>
9. Recommendations of the Conference of Ministers on the Prevention of Illegal Migration Held in the Context of the Budapest Process in Prague, 1997. URL: https://www.budapestprocess.org/index.php?option=com_attachments&task=download&id=9
10. Roads of refugees: how migrants get to Europe. URL: http://www.bbc.com/ukrainian/society/2015/06/150603_migrants_vj_europe_journeys_it [in Ukrainian].
11. Migration crisis in the EU: statistics and policy analysis. URL: <https://cedos.org.ua/uk/articles/mihratsiina-kryza-v-yes-statystyka-ta-analiz-polityky> [in Ukrainian].
12. World migration report 2020. URL: https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020.pdf
13. Knysh S. (2009). Features of the international legal mechanism in the fight against illegal migration in modern conditions. *Entrepreneurship, Economy and Law*, 9, 22–24 [in Ukrainian].
14. United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982. URL: http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf
15. Council Directive 2002/90/EC of 28 Nov. 2002 defining the facilitation of unauthorised entry, transit and residence. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0090&from=EN>
16. Council Regulation (EC) № 2007/2004 of 26 Oct. 2004 establishing a European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union. URL: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R2007: EN: NOT>

17. Potemkina O. Yu. (2021). More Powers – More Problems: the European Parliament against the Frontex Agency. Scientific and Analytical Herald of the Institute of Europe RAS, 2, 41–47. DOI: <http://dx.doi.org/10.15211/vestnikieran220214147> [in Russian].
18. European migrant smuggling centre – EMSC. URL: <https://www.europol.europa.eu/about-europol/european-migrant-smuggling-centre-emsc>
19. Regulation (EU) No 439/2010 of the European Parliament and of the Council of 19 May 2010 establishing a European Asylum Support Office. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32010R0439>
20. Regulation (EU) No 1052/2013 of the European Parliament and of the Council of 22 Oct. 2013, establishing the European Border Surveillance System (Eurosur). Official Journal of the European Union. 2013. № L 295/11.
21. Romashev Yu. S., Ostroukhov N. V. (2016). Migration by Sea: International Legal and Organizational Issues. Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki, 1, 149–165 DOI: 10.17323/2072–8166.2016.1.149.165 [in Russian].

Стаття надійшла 11.05.2021 р.

С. А. Кузнецов, доцент
Национальный университет «Одесская юридическая академия»
Кафедра морского и таможенного права
ул. Академическая, 2, Одесса, 65009, Украина
e-mail: kntp@meta.ua
ORCID: <https://orcid.org/0000–0002–7353–8982>

ОРГАНИЗАЦИОННО-ПРАВОВЫЕ МЕХАНИЗМЫ ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ НЕЛЕГАЛЬНОЙ МИГРАЦИИ МОРЕМ

Резюме

В статье определена динамика миграционных процессов в современном мире и на примере средиземноморского региона охарактеризована их нелегальная составляющая. Определены причины изменения обычных маршрутов нелегальных морских перевозок мигрантов в регионе, а также направления сотрудничества государств в борьбе с нелегальной миграцией: политический, правовой и организационный, охарактеризованы их взаимосвязи. Акцентируется внимание на том, что в настоящее время ни одна страна не в состоянии эффективно противодействовать незаконной миграции вне сотрудничества с остальным миром. Эта проблема приобрела глобальные масштабы и требует дальнейшего объединения усилий всего международного сообщества для ее решения. Отмечено, что наличие универсальных и региональных правовых норм, а также соглашений о реадмиссии не помогло справиться с повышением количества миграционных потоков и последствиями нелегальной миграции в середине 2010-х годов в ЕС. Влияние пограничных ограничений, обусловленных распространением пандемии COVID-19 не было значительным. Снижение показателей нелегальной миграции в средиземноморском регионе обусловлено другими организационными мерами. Подытожено, что для повышения эффективности правового регулирования в сфере противодействия нелегальной миграции необходимо обеспечение качественного выполнения норм международного права, рекомендаций ИМО и других международных организаций, занимающихся проблемами миграции.

Также необходимы разработка и совершенствование подзаконных нормативных правовых актов, непосредственно посвященных вопросам противодействия нелегальной миграции на море, мерам, предпринимаемым в отношении беженцев и других лиц при их нахождении на судах, терпящих бедствие. При этом также следует решить проблему об ответственности государств, их судов, спасательных служб и мигрантов, находящихся на судах, не отвечающих требованиям безопасности мореплавания.

Ключевые слова: миграция, нелегальная миграция, противодействие, морские пространства, механизмы, ЕС.

S. O. Kuznetsov, Associate Professor
National University «Odessa Law Academy»
Department of Maritime and Customs Law
Akademichna Str., 2, Odessa, 65009, Ukraine
e-mail: kntp@meta.ua
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7353-8982>

ORGANIZATIONAL AND LEGAL MECHANISMS TO COUNTERACTION ILLEGAL MIGRATION BY SEA

Summary

Globalization, imbalance in development of states, economic and political crises, search for a better life and military action often force people to leave their usual places of residence. A significant component of migration processes is illegal migration, which is especially dangerous when carried out by sea. The fragmentary nature of modern legal research in this area has led to the choice of the article to describe modern organizational and legal mechanisms to counteraction illegal migration by sea in the ongoing pandemic and develop proposals for their improvement. Based on the application of research methodology, which combines a number of general scientific (dialectical, historical) and special legal (formal legal, scientific forecasting) methods of scientific research, the article clarifies the dynamics of migration processes in the modern world. With the Mediterranean region serving as the example, their illegal component is characterized. Political, legal and organizational directions of cooperation of states in the counteraction against illegal migration are singled out, with the description of their relationship provided. It is noted that the availability of modern legal instruments has not helped to cope with the increasing number of migration flows and the consequences of illegal migration in the mid-2010s in the EU. The impact of border restrictions due to the spread of the COVID-19 pandemic was not significant. The decline in illegal migration in the Mediterranean region is due to other organizational measures. It is concluded that it is currently necessary to ensure high-quality implementation of international law, IMO and other international institutions' recommendations. There is the need to develop and improve bylaws directly related to counteraction illegal migration at sea. The responsibility of states, their vessels and rescue services and migrants on board vessels that do not meet maritime safety requirements should also be addressed.

Keywords: migration, illegal migration, counteraction, maritime spaces, mechanisms, EU.

УДК 341.225:341.221.2(262.54.04)

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2021.42.232425>

С. С. Кузнєцов, директор

Навчальний центр фахівців морського транспорту

вул. Канатна, 42, Одеса, 65012, Україна

e-mail: kntp@meta.uaORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8607-6414>

АЗОВО-КЕРЧЕНСЬКА АКВАТОРІЯ У КОНЦЕПЦІЇ ІСТОРИЧНИХ ВОД

Статтю присвячено визначенню можливостей застосування концепції сучасного міжнародного морського права про режим історичних вод до Азовського моря та Керченської протоки. Вивчаються основні наукові підходи до вироблення підстав та механізмів визнання окремих морських просторів історичними водами держави. Підкреслюється відсутність у сучасному міжнародному публічному морському праві та національному законодавстві України переліку таких підстав та механізмів. Відзначається перебування Азово-Керченської акваторії у колі пріоритетних національних інтересів України та важливість створення сприятливого середовища для розвитку морських портів регіону. Звертається увага на те, що питання розмежування Азово-Керченської акваторії обговорюються же тривалий період, проте до теперішнього часу дійти до взаємоприйнятого рішення не вдалося: позиції сторін та їх обґрунтування є різними, а зважаючи на тимчасову окупацію та триваючий конфлікт між двома країнами, пошук компромісу може затягнутися на невизначений час. Підтримано ідею про проведення міжнародної конференції з метою визначення правового статусу та режиму використання Азовського моря та Керченської протоки та підписання відповідної міжнародної угоди.

Відзначається можливість припинення у зв'язку з цим дії діючих двосторонніх угод: Договору про співробітництво у використанні Азовського моря і Керченської протоки 2003 р. та Угоди з рибальства з питань рибальства в Азовському морі 1993 р. Підсумовується, що історичність приналежності Азово-Керченської акваторії до складу внутрішніх вод лише двох держав на теперішній час вичерпала себе. У цьому регіоні перетинаються інтереси значно більшої кількості держав і вироблення єдиної міжнародної домовленості щодо нього уже давно «відчувається» не лише на двосторонньому рівні, але й на регіональному з метою побудови виваженої політики добросусідства та поваги інтересів усіх зацікавлених сторін.

Ключові слова: Азовське море, Керченська протока, історичні води, історичні затоки, морські простори, внутрішні води, делімітація, правовий статус, правовий режим.

Постановка проблеми. Морські простори Азово-Керченської акваторії з 2014 року перебувають у сфері чи не найбільшої уваги світового співтовариства. Анексія Криму та прибережних вод України, побудова Кримського мосту з запровадженням російських правил проходження Керченською протокою, а також нещодавнє «закриття» державою-агресором частини акваторій Чорного моря для військових кораблів та державних суден інших країн під приводом військових навчань [1] уже декілька років визначають проблематику пошуку можливостей відновлення та ефективного підтримання суверенітету та суверенних прав України у цьому регіоні як чи не найголовнішу. Відповідно до досі діючого Договору між Україною та Російською Федерацією про співробітництво у використанні Азовського моря і Керченської протоки 2003 р. [2] (далі – Договір), «Азовське море та Керченська протока історично є внутрішніми водами України і Російської Федерації». Характеристика цих акваторій у якості історичних обумовлює важливість та необхідність розгляду правового режиму їх використання під кутом зору концепції історичних вод, що склалася разом з підходами до класифікації морських просторів при підготовці та проведенні конференцій ООН з морського права у ХХ ст. При цьому, проблема встановлення особливих обставин, що використовуються у якості критеріїв кваліфікації за-

ток та інших морських вод в якості «історичних» досі належить до кола невирішених через відсутність спеціальної міжнародної угоди з цього приводу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Доктрина історичних вод розроблялася, переважно, зарубіжними дослідниками (Л. Буше, М. Штроль, Е. Блюм та деякі інші). У вітчизняній науці концепцію історичних морських просторів розглядали Ю.Г. Барсєгов, О.М. Вилегжанін, П.В. Саваськов, Б.М. Нечаєв (радянський час), Т.В. Аверочкіна (період незалежності України). У дисертації К.Л. Соколової «Інститут історичних вод в сучасному міжнародному праві» (2014) [3] уперше у правовій науці на підставі вивчення досвіду держав у встановленні історичних вод було якісно узагальнено підстави для визнання окремих акваторій у якості історичних, складено перелік юридично заявлених прибережними державами історичних вод. При цьому, проблематику Азово-Керченської акваторії у розробках зазначених авторів було розглянуто недостатньо, що визначає необхідність її подальшого опрацювання. Цим визначено **мету статті** – встановити на підставі характеристики сучасних відносин з приводу встановлення режиму морських просторів цього регіону доречність віднесення їх до категорії історичних вод.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до Закону України «Про державний кордон України» [4], до складу внутрішніх вод належать води заток, бухт, губ і лиманів, морів і проток, що історично належать Україні. Визначення цих акваторій та критеріїв для визнання їх такими у Законі відсутні.

Відомо, що історичні води було згадано у відомій справі про рибальство [5, р. 130] та у справі Сальвадор проти Гондураса стосовно Затоки Фонсека [6], де їх було визначено як «води, що розглядаються в якості внутрішніх вод, але які не можуть вважатися такими в умовах відсутності історичного права на них у прибережній державі». При цьому, якщо спочатку «історичні води» асоціювалися лише з «історичними затоками», то згодом «історичні права» стали висуватися стосовно не лише заток, бухт, губ, лиманів та інших чітко окреслених заглиблень, але і проток і невеликих морів заливного типу. Таке розширення об'єкта історичних прав полегшувалося тим, що деякі моря заливного типу є значно меншими за деякі затоки, оголошені історичними [7, с. 206]. Труднощі вироблення чіткого визначення понять «історичних заток» та «історичних вод», а також змісту правового титулу викликані «різним підходом до цього питання як держав, так і учених». Цими розбіжностями пояснюється та обставина, що становлення норм міжнародного морського права, що стосуються історичних вод, йшло переважно шляхом становлення звичаєвих, а не конвенційних норм. Ця тенденція не змінилася навіть тоді, коли розвиток міжнародного морського права у цілому пішов шляхом кодифікації і формування конвенційних норм [8, с. 47].

Сучасна доктрина міжнародного публічного морського права виходить з того, що категорія «історичні затоки» склалася з плином доволі тривалого часу та застосовується на основі міжнародно-правового звичаю, однак статус історичних заток визначається національним законодавством та визнається міжнародним правом і приймається до уваги міжнародним співтовариством через особливі обставини. Найважливішими з таких обставин є: особливий зв'язок і залежність економіки прибережної держави від природних багатств історичної затоки (її флори, фауни, надр морського дна); внесок прибережної держави в освоєння цих ресурсів; перебування затоки осторонь від основних шляхів міжнародного судноплавства; тривалий (давній) період здійснення прибережною державою влади в даному морському районі та ін. [9, с. 59].

Що ж стосується визначення поняття «історичні води», то найкраще, як вважається, надав Л. Буше: «води, над якими прибережна держава, всупереч загальним застосовним правилам міжнародного права, безумовно, ефективно, постійно та уподовж довготривалого періоду часу, здійснює суверенні права з мовчазної згоди усіх держав» [10, р. 281]. Надається також визначення у вузькому контексті саме «історичних заток» як «водних просторів, правовий статус яких відрізняється, за згодою інших держав, загальним визнанням прав на цей простір за прибережною державою» [11, р. 623].

У середині та другій половині ХХ ст. у рамках ООН було підготовлено два документи, що стосувалися історичних вод: Меморандум Секретаріату ООН щодо історичних заток [12], в якому знайшли закріплення існуючі на той час погляди на це правове явище, зокрема позиції окремих держав стосовно певних просторів, на які може/не може бути поширений режим історичних вод (Азовське море тощо), судові прецеденти та позиції науково-дослідницьких закладів і учених. Крім того, документ містить доволі ґрунтовний аналіз теорії історичних заток. У 1962 р. було видане дослідження «Юридичний режим історичних вод, включаючи історичні затоки» [13], підготовлене Секретаріатом ООН, де знову було розглянуто концепцію історичних вод, проблеми здійснення юрисдикції прибережної держави щодо них та елементи прав держави на ці акваторії. Проте цей документ, як й згаданий Меморандум щодо історичних заток, не став основою для прийняття окремої міжнародної угоди щодо історичних вод. Власне система міжнародних угод, присвячених визначенню правового режиму внутрішніх вод держав, на теперішній охоплює лише невелику кількість договорів. Її складають угоди початку ХХ ст., що не були оновлені або змінені новими. Правові аспекти режиму внутрішніх вод також не знайшли широкого висвітлення у Женевських конвенціях 1958 року та у Конвенції ООН з морського права 1982 р. Хоча у цих угодах було згадано і про історичні затоки, проте без необхідного визначення механізмів їх встановлення.

У Меморандумі Секретаріату ООН щодо історичних заток стосовно Азовського моря зазначено, що його слід розглядати як частину територіального моря, та такий простір (поряд з подібними) не має належати до категорії історичних, адже він у будь-якому випадку належить до складу внутрішніх вод прибережної держави (п. 12). Звісно, наведені твердження стосувалися радянських часів та були цілковито обґрунтованими, оскільки Азовське море охоплювалося берегами однієї держави. Проте після 1991 р. проблема розподілу Азово-Керченської акваторії актуалізувалася та часом викликала «напруження» у двосторонніх відносинах, а з 2014 р. – набула особливо «гострого» характеру.

У Морській доктрині України на період до 2035 року [14] актуальними загрозами національній безпеці у сфері морської діяльності визнано: 1) обмеження свободи мореплавства, включаючи плавання українських кораблів і кораблів держав-партнерів України у Чорному, Азовському морях і Керченській протоці; 2) відсутність активної політики видобутку вуглеводнів на українській частині шельфу Чорного та Азовського морів; 3) небезпечний стан Чорного і Азовського морів та морського узбережжя внаслідок техногенного впливу і протиправних дій порушників міжнародного екологічного законодавства; 4) втрата біологічного та ландшафтного різноманіття в акваторіях Азовського та Чорного морів. Таким чином, Азово-Керченська акваторія перебуває у колі пріоритетних національних інтересів України і створення сприятливого середовища – є значним завданням на найближчу перспективу. Зокрема, відповідно до Стратегії розвитку морських портів України на період до 2038 року [15], на коротко-, середньо- та довгострокову перспективу у морських портах Маріуполь та Бердянськ передбачається: збільшення глибин та реконструкція причалів, підвищення ефективності використання наявних перевантажувальних потужностей, оновлення основних фондів державних стивідорних компаній, покращення матеріально-технічного забезпечення льодової обстановки, організація сервісу з контейнерних морських перевезень тощо. При цьому, важливим також є покращення економічного становища портів, включаючи: надання податкових пільг, зменшення ставок портових зборів, утворення вільних митних зон – тобто створення умов, які сприятимуть зменшенню операційних витрат при транспортуванні товарів через азовські порти та повернуть їх привабливість для перевізників [16, с. 19].

Відповідно до Договору, «Азовське море розмежується лінією державного кордону відповідно до угоди між Сторонами. Врегулювання питань, що відносяться до акваторії Керченської протоки, здійснюється за угодою між Сторонами». Питання розмежування Азово-Керченської акваторії уже доволі тривалий період обговорюються у наукових розробках, проте до теперішнього часу дійти до взаємоприйняттого рішення не вдалося: позиції сторін та їх обґрунтування є різними, а зважаючи на тимчасову окупацію та

триваючий конфлікт між двома країнами, пошук компромісу може затягнутися на невідомий час. Тут необхідно згадати та цілковито підтримати думку С. О. Кузнецова та Т. В. Аверочкиної, висловлену у статті «Протоки, що використовуються для міжнародного судноплавства: деякі аспекти визначення правового статусу та режиму» [17] щодо необхідності визначення правового статусу та режиму судноплавства у Керченській протоці, Керч-Єнікальському каналі та режиму судноплавства ними під час багатосторонньої міжнародної конференції із залученням до її роботи усіх зацікавлених сторін, зокрема, країн Каспійського регіону, держав прапорів суден, які здійснюють судноплавство цими акваторіями тощо. Звісно, а умов продовження дії Договору таке визначення навряд чи можливе, тому спроектована під час запропонованої конференції угода має також містити згадку про припинення його дії. Природньо, що буде змінений також і режим використання Азовського моря та історичність його приналежності до внутрішніх вод двох держав, вірогідно, буде припинена, проте і власне встановлення такого титулу у договорі було чи не єдиним прецедентом у практиці оголошення окремих морських акваторій історичними.

Упродовж певного часу існувала точка зору, відповідно до якої багатонаціональні затоки не розглядаються як історичні внутрішні води. Визнання в якості однієї з обов'язкових умов набуття статусу історичних тієї обставини, що акваторія певної затоки внаслідок свого географічного положення не використовується іншими державами для судноплавства, проявилось у запереченні «історичності» за багатонаціональними затоками. Конвенції 1958 та 1982 рр., згадуючи про історичні затоки, розглядають лише випадки, коли їх береги належать одній державі. Переважала думка про те, що затоки, береги яких належать двом або декільком державам, розглядаються як відкрите море незалежно від ширини входу, тобто навіть у тому випадку, якщо вона менше подвійної ширини територіального моря [18, с. 98–99]. Тривала невизначеність режимних правил та кордонів держав у Азово-Керченській акваторії, військова напруженість у регіоні, потреба у відновленні прав України у прибережних акваторіях та в анексованому Криму у решті решт призведе до скликання міжнародної конференції та вирішення цих та інших кризових питань регіону. Також має бути замінені й відома «рибна» угода – Угода між Державним комітетом України з рибного господарства та рибної промисловості та Комітетом Російської Федерації з рибальства з питань рибальства в Азовському морі від 1993 року [19], відповідно до якої досі здійснюється двосторонній розподіл квот на виллов риби в Азовському морі.

Висновки і пропозиції. Отже, історичність приналежності Азово-Керченської акваторії до складу внутрішніх вод лише двох держав на теперішній час вичерпала себе. У цьому регіоні перетинаються інтереси значно більшої кількості держав і вироблення єдиної міжнародної домовленості щодо нього уже давно «відчувається» не лише на двосторонньому рівні, але й на регіональному з метою побудови виваженої політики добросусідства та поваги інтересів усіх зацікавлених сторін.

Список використаної літератури

1. Росія закріє частину акваторії Чорного моря для іноземних військових кораблів під приводом навчань, – МЗС України. URL: https://lb.ua/news/2021/04/15/482500_rosiya_zakriye_chastinu_akvatorii.html
2. Договір між Україною та Російською Федерацією про співробітництво у використанні Азовського моря і Керченської протоки, 2003. *Офіційний вісник України*. 2004. № 22. Ст. 1539.
3. Соколова Е. Л. Институт исторических вод в современном международном праве: дис. ... канд. юрид. наук. Москва. 2014. 149 с. URL: https://mgimo.ru/files2/y12_2014/262261/sokolova_diss.pdf
4. Про державний кордон України: Закон України від 04.11.1991 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1777-12#Text>
5. International Court of Justice Reports, 1951. 144 p. P. 130. URL: <http://www.worldlii.org/int/cases/ICJ/1951/3.html>
6. El Salvador v. Nicaragua, CACJ, Judgment of 9 March 1917, 11 Am. J. Int'l L. 674 (1917). URL: http://www.worldcourts.com/cacj/eng/decisions/1917.03.09_El_Salvador_v_Nicaragua.htm

7. Барсегов Ю. Г. Вопрос о правовом статусе и правовых основаниях приобретения титулов на исторические воды в современном международном морском праве. *Советский ежегодник международного права* за 1987 год. М., 1988. С. 201–222.
8. Нечаев Б. Н. Статус исторических вод (доктрина и практика). Океан, техника, право. М.: Юрид. лит., 1972. С. 44–51.
9. Аверочкина Т. В. Генеза нормативно-правового забезпечення режиму історичних вод. *Митна справа*. 2010. № 5. С. 56–60.
10. Bouchez L. J. The Regime of Bays in International Law. Sythoff: Leyden, 1964. 330 p.
11. Gidel G. Le Droit International Public De La Mer. Vol. III. Paris, 1934. 814 p.
12. Historic Bays, Memorandum by the Secretariat of the United Nations, A/CONF. 13/1. Official Records of the United Nations Conference on the Law of the Sea 1958. Vol. I (Preparatory documents), 1958. P. 1–38. https://legal.un.org/diplomaticconferences/1958_los/docs/english/vol_1/a_conf13_1.pdf
13. Juridical Regime of Historic Waters, including Historic Bays – Study prepared by the Secretariat A/CN.4/143. Yearbook of the International Law Commission. 1962. Vol. II. P. 1–26.
14. Про внесення змін до Морської доктрини України на період до 2035 року: постанова Кабінету Міністрів України від 18.12.2018 р. № 1108. *Офіційний вісник України*. 2019. № 2. Ст. 53.
15. Про внесення змін до Стратегії розвитку морських портів України на період до 2038 року: розпорядження Кабінету Міністрів України від 12 грудня 2020 р. № 1634-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1634-2020-p#Text>
16. Ківалов С. В. Трансформація Морської доктрини України: концептуальні засади. *Lex Portus*, 2018, 5, 7–26. <https://doi.org/10.26886/2524-101X.5.2018.1>
17. Кузнецов С. О., Аверочкина Т. В. Протоки, що використовуються для міжнародного судноплавства: деякі аспекти визначення правового статусу та режиму. *Lex Portus*. 2017. № 4. С. 31–47.
18. Гудев П. Азово-Черноморский регион: новые политико-правовые реалии (Часть I). *Мировая экономика и международные отношения*, 2018, т. 62, № 10, 91–102. <https://doi.org/10.20542/0131-2227-2018-62-10-91-102>
19. Угода між Державним комітетом України з рибного господарства та рибної промисловості та Комітетом Російської Федерації з рибальства з питань рибальства в Азовському морі, 1993. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/643_174#Text

References

1. Russia will close part of the Black Sea for foreign warships under the pretext of exercises, – the Ministry of Foreign Affairs of Ukraine. URL: https://lb.ua/news/2021/04/15/482500_rosiya_zakriie_chastinu_akvatorii.html [in Ukrainian].
2. Agreement between Ukraine and the Russian Federation on Cooperation in the Use of the Sea of Azov and the Kerch Strait, 2003. Official Bulletin of Ukraine, 2004, 22, 1539 [in Ukrainian].
3. Sokolova E. L. (2014). Institute of Historical Waters in Contemporary International Law: dissertation for the degree of PhD in Law. Moscow. URL: https://mgimo.ru/files2/y12_2014/262261/sokolova_diss.pdf [in Russian].
4. On the State Border of Ukraine: Law of Ukraine of November 4, 1991 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1777-12#Text> [in Ukrainian].
5. International Court of Justice Reports, 1951. 144 p. P. 130. URL: <http://www.worldlii.org/int/cases/ICJ/1951/3.html>
6. El Salvador v. Nicaragua, CACJ, Judgment of 9 March 1917, 11 Am. J. Int'l L. 674 (1917). URL: http://www.worldcourts.com/cacj/eng/decisions/1917.03.09_El_Salvador_v_Nicaragua.htm
7. Barsegov Yu. G. (1988). The issue of the legal status and legal basis for the acquisition of titles for historical waters in modern international maritime law. Soviet Yearbook of International Law for 1987. M., 1988. P. 201–222 [in Russian].
8. Nechaev B. N. (1972). The status of historic waters (doctrine and practice). Ocean, technology, law / Barabolya P. D., Volkov A. A. et al. Moscow: Jurid. lit. P. 44–51 [in Russian].
9. Averochnikina T. V. (2010). Genesis of normative and legal regulation of the regime of historical waters. Customs business, 5, 56–60 [in Ukrainian].
10. Bouchez L. J. (1964). The Regime of Bays in International Law. Sythoff: Leyden.
11. Gidel G. (1934). Le Droit International Public De La Mer. Vol. III. Paris, 1934.
12. Historic Bays, Memorandum by the Secretariat of the United Nations, A/CONF. 13/1. Official Records of the United Nations Conference on the Law of the Sea 1958. Vol. I (Preparatory documents), 1958. P. 1–38. https://legal.un.org/diplomaticconferences/1958_los/docs/english/vol_1/a_conf13_1.pdf
13. Juridical Regime of Historic Waters, including Historic Bays – Study prepared by the Secretariat A/CN.4/143. Yearbook of the International Law Commission. 1962. Vol. II. P. 1–26.
14. On Amendments to the Maritime Doctrine of Ukraine for the Period up to 2035: Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine, of December 18, 2018, No. 1108. The Official Bulletin of Ukraine, 2019, 2, 53 [in Ukrainian].

15. On Amendments to the Strategy for the Development of Seaports of Ukraine for the Period until 2038: An Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine, of December 12, 2020, No. 1634-r. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1634-2020-p#Text> [in Ukrainian].
16. Kivalov S. V. (2018). Transformation of the Maritime doctrine of Ukraine: conceptual bases. *Lex Portus*, 5, 7–26. <https://doi.org/10.26886/2524-101X.5.2018.1> [in Ukrainian].
17. Kuznetsov S., Averochkina T. (2017). Straits Used for International Navigation: Some Aspects of Determining the Legal Status and Regime. *Lex Portus*, 4, 31–47 [in Ukrainian].
18. Gudev P. (2018). Azov and Black Sea Region: New Political and Legal Realities (Part I). *Mirovaya ekonomika i mezhdunarodnye otnosheniya*, 62, 10, 91–102. <https://doi.org/10.20542/0131-2227-2018-62-10-91-102> [in Russian].
19. Agreement between the State Committee of Ukraine for Fisheries and Fishing Industry and the Committee of the Russian Federation for Fisheries on Fisheries in the Sea of Azov, 1993. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/643_174#Text [in Ukrainian].

Стаття надійшла 15.05.2021 р.

С. С. Кузнецов, директор
Учебный центр специалистов морского транспорта
ул. Канатная, 42, Одесса, 65012, Украина
e-mail: kntp@meta.ua
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8607-6414>

АЗОВО-КЕРЧЕНСКАЯ АКВАТОРИЯ В КОНЦЕПЦИИ ИСТОРИЧЕСКИХ ВОД

Резюме

Статья посвящена определению возможностей применения концепции современного международного морского права о режиме исторических вод в Азовское море и Керченский пролив. Изучаются основные научные подходы к выработке оснований и механизмов признания отдельных морских пространств историческими водами государства. Подчеркивается отсутствие в современном международном публичном морском праве и национальном законодательстве Украины перечня таких оснований и механизмов. Отмечается пребывание Азово-Керченской акватории в сфере приоритетных национальных интересов Украины и важность создания благоприятной среды для развития морских портов региона. Обращается внимание на то, что вопрос разграничения Азово-Керченской акватории обсуждается уже длительный период, однако до настоящего времени прийти к взаимоприемлемому решению все же не удалось: позиции сторон и их обоснования различны, а учитывая временную оккупацию и продолжающийся конфликт между двумя странами, поиск компромисса может затянуться на неопределенное время. Поддержана идея о проведении международной конференции с целью определения правового статуса и режима использования Азовского моря и Керченского пролива и подписания соответствующего международного соглашения.

Отмечается возможность прекращения в связи с этим действия действующих двусторонних соглашений: Договора о сотрудничестве в использовании Азовского моря и Керченского пролива 2003 г. и Соглашения по вопросам рыболовства в Азовском море 1993 г. Автор приходит к выводу о том, что историчность принадлежности Азово-Керченской акватории к категории внутренних вод только двух государств в настоящее время исчерпала себя. В данном регионе пересекаются интересы значительно большего числа государств и выработка единой международной договоренности по нему уже давно «чувствуется» не только на двустороннем уровне, но и на региональном с целью построения взвешенной политики добрососедства и уважения интересов всех заинтересованных сторон.

Ключевые слова: Азовское море, Керченский пролив, исторические воды, исторические заливы, морские пространства, внутренние воды, делимитация, правовой статус, правовой режим.

S. S. Kuznietsov, Director
Center for Maritime Transport Specialists Training
Kanatna Str., 42, Odessa, 65012, Ukraine
e-mail: kmtp@meta.ua
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8607-6414>

AZOV-KERCH WATER SPACES IN THE CONCEPT OF HISTORICAL WATERS

Summary

The article is devoted to the definition of the possibilities of the concept of modern international maritime law on the regime of historical waters to the Sea of Azov and the Kerch Strait application. The weak development of the concept of historical waters in the modern legal doctrine is observed, especially concerning the Azov-Kerch waters. This defines the purpose of the article, and namely, to establish the appropriateness of classifying them as historical waters on the basis of the modern relations characteristics concerning the establishment of the maritime spaces' regime of this region. The methodological basis of the article consisted of dialectical, historical methods, methods of analysis and synthesis, formal-legal and prognostic methods. The article studies the main scientific approaches to the development of grounds and mechanisms for recognizing certain marine areas as state historical waters. The absence of at list such grounds and mechanisms in modern international public maritime law and national legislation of Ukraine is emphasized.

The Azov-Kerch water spaces is among of priority of Ukrainian national interests and the importance of creating the favorable environment for the development of seaports in the region. The attention is paid to the fact that the delimitation of the Azov-Kerch waters was discussed for a long time, but so far no mutually acceptable solution was reached: the attitudes of the parties and their justifications are different, and taking into account the temporary occupation and lasting conflict between two countries the search for a compromise may be delayed indefinitely. The idea of holding an international conference to determine the legal status and use of the Sea of Azov and the Kerch Strait and the signing of the relevant international agreement was supported. It is possible to terminate the current bilateral agreements because of this: the Agreement on Cooperation in the Use of the Sea of Azov and the Kerch Strait in 2003 and the Fishery Agreement on Fishing in the Sea of Azov in 1993. It is concluded that the historicity of Azov-Kerch waters belonging to the inland waters of only two countries has now exhausted itself. The interests of the much larger number of countries meet in this region, and the development of the universal international agreement concerning it has long been "felt" not only bilaterally but also regionally in order to build the balanced neighborhood policy and respect the interests of all concert parties.

Keywords: Sea of Azov, Kerch Strait, historical waters, historical bays, sea spaces, inland waters, delimitation, legal status, legal regime.

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО; ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

УДК 347.774(477):339.923:061.1ЕС

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2021.42.232407>

В. Р. Барський, канд. юрид. наук, доцент
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
Кафедра цивільно-правових дисциплін
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна
e-mail: vadym.barskyu@gmail.com
ORCID ID: 0000-0001-7521-284X

Д. Ю. Дворніченко, канд. політ. наук, доцент
Національний університет «Одеська морська академія»
Кафедра морського права
вул. Дидрихсона, 8, Одеса, 65029, Україна
e-mail: darina.dvornichenko@gmail.com
ORCID ID: 0000-0002-9357-0226

ГАРМОНІЗАЦІЯ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ТА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ ЩОДО ОХОРОНИ ПРАВ НА ГЕОГРАФІЧНІ ЗАЗНАЧЕННЯ: ПЕРЕДУМОВИ, СТАН І ПЕРСПЕКТИВИ

Статтю присвячено питанню гармонізації законодавства України та Європейського Союзу щодо охорони прав на географічні зазначення. Запровадження зони вільної торгівлі між Україною та Європейським Союзом, збільшення взаємного товарообігу спричинили значне оновлення вітчизняного цивільного законодавства, що сприяло активізації досліджень сталих цивільно-правових інститутів, які в сучасних умовах набули нового змісту. Одним з таких інститутів є охорона прав на географічні зазначення. Системне реформування зазначеного цивільно-правового інституту в Україні відбувається з урахуванням європейських стандартів. На основі аналізу співвідношення комунарного права з законодавствами країн-членів ЄС щодо охорони прав на географічні зазначення надано прогноз розвитку відповідного правового поля в Україні та визначені поточні завдання його оновлення.

Ключові слова: інтелектуальна власність, географічні зазначення, схеми якості, Європейський Союз, гармонізація, законодавство України.

Постановка проблеми. Досягнення сільського господарства країн-членів Європейського Союзу (далі ЄС) свідчать про величезний потенціал цієї галузі економіки. Генетичні, природні, ландшафтні та інші складові аграрного виробництва, поновлюваність ресурсів і зростаючий попит на його продукцію є передумовами розвитку сільського господарства у Європі в світовому контексті.

ЄС є найбільшим в світі експортером продуктів харчування і алкогольних напоїв. Європейські продукти харчування і алкогольні напої експортуються в більш ніж 200 країн. Значну частину аграрної продукції, яка вироблена в країнах-членах ЄС, складають продукти харчування та алкогольні напої з захищеними географічними зазначеннями та гарантовані традиційні продукти.

Права на географічні зазначення є одним з ключових економічних активів ЄС та частиною загальноєвропейської системи прав інтелектуальної власності. Згідно з оцінкою експертів на підприємствах, які використовують захищені географічні зазначення для товарів, створено понад 400.000 робочих місць і вони вносять понад 20 мільярдів євро в ВВП ЄС. Річна вартість продажів товарів з захищеними географічними зазначен-

нями становить 74,76 млрд євро на рік, п'ята частина зазначеної суми є результатом експорту за межі ЄС [1].

Через зростаюче число порушень у всьому світі ЄС активно нарощує зусилля щодо захисту прав на географічні зазначення як на міжнародному рівні, так і в стосунках з окремими країнами. На цьому фоні країни, які є торгівельними партнерами ЄС, змінюють національні законодавства з метою наближення до відповідних європейських стандартів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Імплементатії європейських стандартів щодо охорони прав на географічні зазначення до правового поля України активно досліджують вітчизняні науковці Р.Є. Енан, В.О. Криволапчук, С.П. Филь, О.М. Тараненко, О.І. Чепис, Д.Д. Іваненко, Г.О. Андрощук та інші. Однак попри значну увагу вітчизняних вчених до проблем, пов'язаних з охороною прав на географічні зазначення, досі бракує досліджень, в яких поєднано публічно-правові та приватноправові аспекти зазначеного питання.

Мета статті. Метою даної публікації є наукове пізнання передумов, етапів, інструментів та тенденцій розвитку законодавства України про охорону прав на географічні зазначення в контексті європейської інтеграції.

Виклад основного матеріалу. В умовах глобальної економічної конкуренції ЄС приділяє значну увагу охороні засобів індивідуалізації товарів європейських товаровиробників, в тому числі, охороні права на географічні зазначення. В рамках ЄС створено єдиний механізм реєстрації, використання та охорони прав на географічні зазначення продуктів харчування та алкогольних напоїв, який не залежить від особливостей правового регулювання цієї сфери в окремих країнах-членах ЄС. Станом на кінець 2020 року основними документами щодо охорони прав на географічні зазначення і традиційні особливості приготування є: Регламенти Європейського Парламенту та Ради (далі Регламенти (ЄС)), зокрема, Регламент (ЄС) № 1151/2012 від 21.11.2012 року про схеми якості для сільськогосподарської продукції та продуктів харчування [2]; Регламент (ЄС) № 251/2014 від 26 лютого 2014 року про визначення, опис, представлення, маркування та охорону географічних зазначень ароматизованих винних продуктів і про скасування Регламенту (ЄС) № 1601/91 [3]; Регламент (ЄС) № 110/2008 від 15.01.2008 року про визначення, описі, подання на ринку, маркування та захисту найменувань міст походження спиртних напоїв [4]. Останній з 2021 р. замінить новий документ – Регламент (ЄС) 2019/787 від 17 квітня 2019 року щодо визначення, опису, представлення та маркування спиртних напоїв, використання назв спиртних напоїв при презентації та маркуванні інших продуктів харчування захист географічних зазначень для спиртних напоїв, використання етилового спирту та дистилатів сільськогосподарського походження в алкогольних напоях та скасування Регламенту (ЄС) № 110/2008 [5]. Всі ці документи спрямовані на забезпечення дотримання прав інтелектуальної власності, єдності Внутрішнього ринку ЄС, а також надання споживачам достовірної інформації щодо якості і походження продовольчих товарів і алкогольної продукції.

Законодавство ЄС передбачає використання трьох схем якості щодо продовольчих товарів і алкогольної продукції: захищене позначення походження (далі – PDO), захищене географічне зазначення (далі – PGI), гарантовані традиційні продукти (далі – TSG). Схеми якості ЄС, визначають внутрішній зв'язок між географічним походженням товарів їх найменування та якістю.

Розвиток правовідносин в сфері захищених географічних зазначень пов'язаний з накопиченням великих масивів інформації. Створення електронних баз даних (далі ЕБД) та автоматизованих інформаційно-пошукових систем (далі АІПС) дозволяє значно прискорити обробку та пошук інформації товаровиробниками, компетентними органами держави, споживачами.

До кінця 2020 року в ЄС використовували декілька ЕБД захищених географічних зазначень для товарів – «E-Bacchus», «DOOR-EU Database of Origin and Registration», «e-Spirit-Drinks», «eAmbrosia-the EU Geographical Indications registers» [6, с. 99]. З 25 листопада 2020 року ЄС впровадив нову єдину ЕБД «GView», яка надає єдину точку от-

римання інформації про географічні зазначення, зареєстровані в ЄС. Нова ЕБД також містить детальну інформацію про захищені географічні зазначення продуктів харчування та алкогольних напоїв, які вироблені поза межами ЄС, але які захищені на рівні ЄС. Співробітництво в сфері охорони захищених географічних зазначень з країнами, які не входять до ЄС, ґрунтується на окремих двосторонніх угодах.

Правова охорона засобів індивідуалізації суб'єктів господарювання, товарів та послуг належить до питань, які займають важливе місце у відносинах України з ЄС, а його значимість підкреслена в усіх правових актах, якими оформлені кожен з етапів двосторонніх відносин.

В структурі Угоди про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами (далі – УПС), яка діяла з 01.03.1998 року по 01.09.2017 року, містився Розділ VI «Конкуренція, захист інтелектуальної, промислової і комерційної власності та співробітництво в сфері законодавства». Питання інтелектуальної власності регламентувалося також окремими нормами інших розділів УПС. УПС регулювала не тільки прикладні питання, але й доктринальні питання, зокрема, в спільній декларації стосовно статті 50 сторонами було визначено що термін англійською мовою «*intellectual, industrial and commercial property*» перекладається на українську мову як «інтелектуальна власність» [7].

Стратегія інтеграції України до ЄС, затверджена Указом Президента України (діяла з 11.06.1998 року по 07.07.2015 рік), передбачала комплекс заходів з наближення законодавства України до законодавства ЄС. Серед заходів поступового приведення правової системи України у відповідність із європейськими стандартами важливе місце було відведено реформуванню законодавства про інтелектуальну власність [8].

Програма інтеграції України до ЄС, схвалена Указом Президента України (діяла з 14.09.2000 року по 07.07.2015 рік), встановлювала короткострокові, середньострокові та довгострокові пріоритети, а також конкретні організаційні заходи щодо реформування різних сфер суспільного життя та визначала найважливіші напрями адаптації законодавства України до законодавства ЄС, зокрема розділ 6.1.3. «Захист прав інтелектуальної власності» передбачав ревізію та оновлення українського законодавства в сфері інтелектуальної власності [9].

В 2004 році Верховна Рада України (далі ВРУ) на законодавчому рівні затвердила Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства ЄС (дії на теперішній час). Додаток до неї містить перелік актів законодавства України та *acquis* ЄС у пріоритетних сферах адаптації. Значну частину цього переліку складають акти в галузі охорони прав інтелектуальної власності (розділ 5), а також рекомендації щодо вдосконалення захисту прав інтелектуальної власності, зокрема, створення ефективних механізмів захисту прав та вдосконалення процесуальних процедур [10].

План дій «Україна – ЄС», схвалений в 2005 році Кабінетом Міністрів України (далі – КМУ) та Радою з питань співробітництва між Україною і ЄС, містив окрему частину «Права інтелектуальної та промислової власності» та відносив забезпечення охорони прав інтелектуальної та промислової власності на рівні стандартів ЄС до ключових сфер реформування в Україні [11].

Підготовка до підписання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та ЄС, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (далі – Угода про асоціацію) стала значним імпульсом до новелізації українського законодавства в сфері інтелектуальної власності, зокрема щодо охорони прав на географічні зазначення.

Угода про асоціацію передбачає створення Поглибленої та всеохоплюючої зони вільної торгівлі між Україною та ЄС. Однією з умов відкриття ринку ЄС для українських товаровиробників є гармонізація законодавства України та ЄС в сферах прямо або опосередковано пов'язаних із торгівлею, зокрема, в сфері охорони прав на географічні зазначення. В зв'язку з цим Україна зобов'язалась припинити використовувати близько

3000 географічних зазначень, які належать товаровиробникам з ЄС. Їх перелік міститься у Додатках XXII–С, XXII–D до Угоди про асоціацію [12, с. 70].

Підрозділ 3 «Географічні зазначення» Угоди про асоціацію встановив перехідний період для використання певних географічних зазначень для позначення продуктів, що походять з України, передбачив заснування Спільного підкомітету з питань географічних зазначень (Підкомітет GI) для вирішення суперечок стосовно географічних зазначень [13].

Набрання чинності Угодою про асоціацію привело до розробки КМУ Плану заходів з виконання Угоди про асоціацію, який був затверджений Постановою від 25.10.2017 року № 1106 (далі – План заходів). Він складається з 1943 пунктів, 7 з яких передбачали організаційно-правові заходи, спрямовані на гармонізацію законодавства щодо прав на географічні зазначення України і ЄС та створення державного реєстру географічних зазначень [14].

На основі Плану заходів на початку 2018 року КМУ спільно з ВРУ напрацювали і схвалили «Дорожню карту законодавчого забезпечення виконання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та ЄС, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони на 2018–2019 роки» (далі – Дорожня карта) з 57 законопроектів, які перебувають на різних стадіях опрацювання у парламентських комітетах (як урядові, так і депутатські, спрямовані на імплементацію норм права ЄС). В документі наголошувалося на необхідності розробки нового спеціального закону про географічні зазначення [15].

На момент прийняття Дорожньої карти охорона прав на географічні зазначення забезпечувалась Законом України «Про охорону прав на зазначення походження товарів» від 16.06.1999 року. Реалізація Плану заходів та Дорожньої карти сприяла внесенню змін до Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України, а також до Закону України «Про охорону прав на зазначення походження товарів». Останній перетерпів найбільших змін: він змінив назву на «Про правову охорону географічних зазначень», і фактично був викладений у новій редакції, яка набрала чинності 01.01.2020 року [16].

Завдяки цьому комплексу змін відбулась часткова імплементація європейських стандартів щодо охорони прав на географічні зазначення до законодавства України та уніфікація його тезаурусу; була визначена компетенція органів державної влади України щодо реєстрації прав на географічні зазначення; створено Державний реєстр України назв місць походження та географічних зазначень походження товарів і прав на використання зареєстрованих кваліфікованих зазначень походження товарів.

Впровадження європейських стандартів щодо охорони прав на географічні зазначення забезпечується не лише наблизенням законодавства України та ЄС, але й завдяки перейманню практичного досвіду в цій сфері, чому з 2005 року сприяє Місія ЄС з прикордонної допомоги Молдові та Україні / EUBAM. Завдяки консультативному статусу вона бере участь у формуванні рекомендації щодо змін українського законодавства в сфері інтелектуальної власності, підтримує розвиток навичок співробітників Державної митної служби України щодо визначення підроблених товарів, сприяє міжвідомчому та міжнародному співробітництву в сфері охорони прав інтелектуальної власності.

Значну роль в імплементації європейських стандартів реєстрації, комерційного обігу та охорони прав на географічні зазначення в українське законодавство грає проект міжнародної технічної допомоги «Підтримка розвитку системи географічних зазначень в Україні», який фінансувався ЄС (далі – Проект). Мета Проекту – створення української системи географічних зазначень для вин, ароматизованих вин, спиртних напоїв і сільськогосподарських продуктів і продуктів харчування відповідно стандартів ЄС. Проект складається з чотирьох компонентів: наблизення українського законодавства до європейського; ребрендинг; реєстрація українських географічних зазначень; розвиток сільських територій, пов'язаних із географічними зазначеннями.

На початку 2018 року за рекомендацією Проекту Міністерство розвитку економіки, торгівлі та сільськогосподарства України (далі – МРЕТС) визначило перелік з 9 при-

оритетних українських продуктів для реєстрації їх географічних зазначень відповідно до схеми якості PDO (вина «Шабаг» та «Яплуг», сири «Гуцульська овеча бриндзя» та «Гуцульська коров'яча бриндзя», «Херсонський кавун», «Мелітопольська черешня») та схеми якості PDI (вина «Закарпаття» та «Білгород-Дністровський», «Закарпатський мед»). Перше українське географічне зазначення, яке відповідає європейським вимогам реєстрації і має право на визнання в ЄС – сир «Гуцульська овеча бриндзя», було зареєстровано 11 листопада 2019 року. Підготовка до процедури та сама процедура реєстрації тривали близько двох років [17].

З метою подальшої гармонізації законодавства України щодо охорони прав на географічні зазначення із правом ЄС в частині дотримання правил захисту географічних зазначень для сільськогосподарської продукції та продуктів харчування за участю експертів Проекту протягом 2020 року були розроблені проекти Закону «Про особливості правової охорони географічних зазначень, традиційних гарантованих особливостей, захист прав та застосування схем якості для сільськогосподарської продукції та харчових продуктів» та Закону «Про географічні зазначення спиртних напоїв». Розгляд законопроектів у ВРУ заплановано на червень та липень 2021 року відповідно [18].

Незважаючи на законодавчі зміни, спрямовані на оптимізацію процедури реєстрації географічних зазначень, цій спосіб індивідуалізації товарів в Україні досі не використовується широко. Одна з головних перешкод – відсутність відомчих підзаконних актів, які регулюють розробку специфікації продукту, плану контролю якості продукту згідно зі стандартами ЄС тощо.

Заснування зони вільної торгівлі між Україною та ЄС вимагає від українських товаровиробників поглиблених змін користування відповідними ЕБД та АПС. Станом 2021 року сформувалося складна багаторівнева архітектура ЕБД та АПС захищених географічних зазначень, а їх розпорядниками можуть бути: міжнародні організації, інститути та установи ЄС, органи держави.

Провідним розпорядником ЕБД об'єктів інтелектуальної власності в Україні є МРЕТС. До його відання належить, в тому числі, Державний реєстр України назв місць походження та географічних зазначень походження товарів і прав на використання зареєстрованих кваліфікованих зазначень походження товарів. Формування та функціонування цих ЕБД здійснюється згідно відповідних законів про охорону окремих видів об'єктів права інтелектуальної власності. Вони адмініструються Державним підприємством «Український інститут інтелектуальної власності»/Укрпатент, через офіційний сайт якого забезпечується он-лайн доступ до них.

З метою оптимізації правовідносин у сфері охорони об'єктів інтелектуальної власності та процесу обробки інформації в червні 2019 року була впроваджена АПС – Спеціальна інформаційна система Державного підприємства «Український інститут інтелектуальної власності»/Укрпатент. Впровадження нової АПС та інших міжнародних технологічних практик передбачено Програмою співробітництва між МРЕТС та Всесвітньої організації інтелектуальної власності на 2020–2021 роки. Нова АПС дозволяє проводити простий та розширений пошук об'єктів промислової власності в єдиному інтерфейсі.

Ще одна ЕБД об'єктів інтелектуальної власності, яка також включає географічні зазначення, використовується Державною митною службою України, яка згідно ч. 1 ст. 398 Митного кодексу України веде митний реєстр об'єктів права інтелектуальної власності. Митний реєстр об'єктів права інтелектуальної власності є важливим інструментом виявлення контрафактної та піратської продукції, на підставі даних якого може бути зупинено і заборонено переміщення через митний кордон України товарів, імпорту та експорту яких здійснюється з порушенням прав інтелектуальної власності.

Впровадженню митного реєстру об'єктів права інтелектуальної власності передували зміни до Митного кодексу України щодо процедури захисту прав інтелектуальної власності на митному кордоні, які набули чинності в листопаді 2019 року. Ці зміни були розроблені в рамках інтеграційного пакету Україна – ЄС на основі Регламентів (ЄС) № 608/2013 від 12.06.2013 року щодо забезпечення митними органами дотримання прав

інтелектуальної власності та про скасування Регламенту Ради (ЄС) № 1383/2003 [19] та Імплементативний Регламент Комісії (ЄС) № 1352/2013 від 04.12.2013 року про встановлення форм, передбачених у Регламенті (ЄС) № 608/2013 щодо забезпечення митними органами дотримання прав інтелектуальної власності [20].

Висновки і пропозиції. Отже, аналізуючи передумови, стан і тенденції розвитку законодавства України про охорону прав на географічні зазначення в контексті європейської інтеграції ми дійшли наступних висновків:

1. ЄС послідовно нарощує зусилля і присутність в правовому полі, пов'язаному з охороною прав на засоби індивідуалізації суб'єктів господарювання, товарів та послуг. Станом на початок 2021 року в ЄС сформувалась високо розвинена інтеграційна модель охорони прав на географічні зазначення, яка використовується й поза межами Внутрішнього ринку. Тому питання охорони прав на географічні зазначення в Україні грає все більш значну роль в контексті європейської інтеграції країни.

2. В розвитку права інтелектуальної власності спостерігається поступовий перехід від гармонізації національних законодавств країн-членів ЄС з комунітарним законодавством щодо охорони прав на географічні зазначення до стандартизації на його основі. Стандартизація законодавств щодо охорони прав на географічні зазначення в рамках Внутрішнього ринку слід розглядати як процес, в результаті якого створюється система єдиних норм. Визначальними ознаками стандартизації національних законодавств щодо охорони прав на географічні зазначення є: встановлення системи єдиних норм і однакових вимог; обов'язкове введення в дію і застосування цих норм у всіх країнах-учасницях ЄС; введення типових санкцій за їх невиконання. Стандартизація є більш жорстким інструментом інтеграційних процесів.

3. Співвідношення норм права ЄС щодо охорони прав інтелектуальної власності та джерел українського законодавства свідчить про те, що правові акти ЄС різними способами впливають на функціонування відповідного правового поля в Україні. По-перше, джерела права ЄС, включаючи судові рішення, можуть безпосередньо застосовуватися до відповідних правовідносин, учасниками яких є українські товаровиробники. По-друге джерела права ЄС щодо охорони прав на географічні зазначення визначають напрями та параметри розвитку національного законодавства України в зазначеній сфері.

4. Комунітарний та національний механізми охорони прав на географічні зазначення доповнюють один одного. Разом з тим спостерігається поступове злиття суверенітетів національних держав в сфері інтелектуальної власності, що у віддаленій перспективі може привести до зникнення відповідних галузей національних законодавств.

5. На сучасному етапі українське законодавство щодо охорони прав на географічні зазначення потребує змін, спрямованих на встановлення більш жорстких адміністративних та кримінальних санкцій за їх порушення, а також оптимізацію судових процедур розгляду справ про порушення прав на географічні зазначення.

6. Одночасно з метою формування поваги до прав на географічні зазначення серед українських товаровиробників та споживачів, потрібно проведення широкомасштабної інформаційної кампанії, розповсюдження базових знань про особливості охорони та використання прав на географічні зазначення. Для реалізації цих завдань може бути використаний потенціал міжнародних проектів технічної допомоги та неурядових організацій.

Список використаної літератури

1. Study on economic value of EU quality schemes, geographical indications (GIs) and traditional specialities guaranteed (TSGs). European Commission survey (September, 2019) URL: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/73ad3872-6ce3-11eb-aeb5-01aa75ed71a1/language-en>.
2. Регламент Європейського Парламенту і Ради (ЄС) № 1151/2012 від 21 листопада 2012 року про схеми якості для сільськогосподарських і харчових продуктів. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32012R1151>.
3. Регламент Європейського Парламенту і Ради (ЄС) № 251/2014 від 26.02. 2014 року про визначення, опис, представлення, маркування та охорону географічних зазначень ароматизованих винних продуктів.

- тив і про скасування Регламенту Ради (ЄС) № 1601/91. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014R0251>.
4. Регламент Європейського Парламенту і Ради (ЄС) № 110/2008 від 15 січня 2008 року про визначення, опис, представлення, маркування та охорону географічних зазначень спиртних напоїв та скасування Регламенту Ради (ЄС) № 1576/89. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:32008R0110>.
 5. Регламент Європейського Парламенту та Ради (ЄС) № 2019/787 від 17 квітня 2019 року щодо визначення, опису, представлення та маркування спиртних напоїв, використання назв спиртних напоїв при презентації та маркуванні інших продуктів харчування захист географічних зазначень для спиртних напоїв, використання етилового спирту та дистилатів сільськогосподарського походження в алкогольних напоях та скасування Регламенту (ЄС) № 110/2008. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019R0787>.
 6. Барський В. Р. Використання баз даних та інформаційно-пошукових систем з інтелектуальної власності в Україні: стан та перспективи // Матеріали 75-ї звіт. наук. конф. професорсько-викладацького складу і наук. працівників економіко-правового факультету ОНУ ім. І.І. Мечникова, (Одеса, 25–27 листоп. 2020 р.). Одеса: Фенікс, 2020. С. 98–102. URL: <http://dspace.onu.edu.ua:8080/bitstream/123456789/29659/1/98–102.pdf>.
 7. Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами: Міжнародний документ від 14.06.1994 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/998_012#Text.
 8. Про затвердження Стратегії інтеграції України до Європейського Союзу: Стратегію схвалено Указом Президента України від 11.06.1998 року № 615/98. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/615/98#Text>.
 9. Програма інтеграції України до Європейського Союзу: Програму схвалено Указом Президента України від 14.09.2000 року № 1072/2000. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0001100–00#Text>.
 10. Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Закон України від 18.03.2004 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1629–15#n161>.
 11. План дій «Україна – Європейський Союз»: Міжнародний документ від 12.02.2005 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_693#Text.
 12. Економічна складова Угоди про асоціацію між Україною та ЄС: наслідки для бізнесу, населення та державного управління. Звіт підготовлений у рамках проекту «Економічний компонент Угоди про асоціацію між Україною та ЄС: професійний аналіз та публічна дискусія». URL: <https://www.eurointegration.com.ua/files/a/2/a2732e1-economic-ied.pdf>
 13. Угода про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: Міжнародна угода від 30.11.2015 року № 984_011. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/984_011.
 14. Про виконання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: Постанова Кабінету Міністрів України від 25.10.2017 року № 1106. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1106–2017-%D0%BF#Text>.
 15. Дорожня карта законодавчого забезпечення виконання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та ЄС, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони на 2018–2019 роки. URL: <https://www.kmu.gov.ua/storage/app/media/uploaded-files/karta-prioritetnikh-zakonoproektiv-u-sferi-evropeyskoi-integratsii.pdf>.
 16. Про правову охорону географічних зазначень: Закон України від 16.06.1999 року № 752–XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/752–14#Text>.
 17. Без шампанського, але з бриндзею: як українські продукти перетворити на унікальні бренди // Інформаційна агенція «Дивись.info». URL: <https://dyvys.info/2020/01/15/bez-shampanskogo-ale-z-bryndzeyu-yak-ukrayinski-produkty-peretvoryty-na-unikalni-brendy>.
 18. Про План законопроектної роботи Верховної Ради України на 2021 рік: Постанова Верховної Ради України від 02.02.2021 № 1165–IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1165–20#Text>
 19. Регламент Європейського Парламенту і Ради (ЄС) № 608/2013 від 12.06.2013 року щодо забезпечення митними органами дотримання прав інтелектуальної власності та про скасування Регламенту Ради (ЄС) № 1383/2003». URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32013R0608>.
 20. Імплементаційний Регламент Комісії (ЄС) № 1352/2013 від 04.12.2013 року про встановлення форм, передбачених у Регламенті Європейського Парламенту і Ради (ЄС) № 608/2013 щодо забезпечення митними органами дотримання прав інтелектуальної власності. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32013R1352>.

References

1. Study on economic value of EU quality schemes, geographical indications (GIs) and traditional specialties guaranteed (TSGs). European Commission survey (September, 2019).
2. Regulation (EC) No 1151/2012 of the European Parliament and of the COUNCIL of 21.11.2012 on quality schemes for agricultural products and foodstuffs.
3. Regulation (EU) No 251/2014 of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the definition, description, presentation, labelling and the protection of geographical indications of aromatised wine products and repealing Council Regulation (EEC) No 1601/91.
4. Regulation (EC) No 110/2008 of the European Parliament and of the Council of 15.01.2008 on the definition, description, presentation, labelling and the protection of geographical indications of spirit drinks and repealing Council Regulation (EEC) No 1576/89.
5. Regulation (EC) 2019/787 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on the definition, description, presentation and labelling of spirit drinks, the use of the names of spirit drinks in the presentation and labelling of other foodstuffs, the protection of geographical indications for spirit drinks, the use of ethyl alcohol and distillates of agricultural origin in alcoholic beverages, and repealing Regulation (EC) No 110/2008.
6. Barsky V.R. (2020) Use of databases and information retrieval systems on intellectual property in Ukraine: status and prospects // Materials of the 75th on sciences. conf. teaching staff and sciences employees of the Faculty of Economics and Law of the Mechnikov University. Odesa: Fenix [in Ukrainian].
7. Partnership and Cooperation Agreement between the European Communities and their Member States, and Ukraine: International document signed by the two parties on June 14, 1994 [in Ukrainian].
8. On approval of the Strategy of Ukraine's Integration with the European Union: Decree of the President of Ukraine of June 11, 1998 [in Ukrainian].
9. Programme of Ukraine's Integration with the EU: the program was approved by the Decree of the President of Ukraine of September 14, 2000 [in Ukrainian].
10. On the National Program for Adaptation of the Legislation of Ukraine to the Legislation of the European Union: Law of Ukraine of March 18, 2004 [in Ukrainian].
11. EU-Ukraine Action Plan was endorsed by the EU-Ukraine Cooperation: International document signed by the two parties on February 21, 2005 [in Ukrainian].
12. The economic component of the Association Agreement between Ukraine and the EU: implications for business, the population and public administration (2014). The report was prepared in the framework of the project «Economic component of the Association Agreement between Ukraine and the EU: professional analysis and public discussion», Kyiv [in Ukrainian].
13. The Agreement performance about association between Ukraine, on the one hand, and the European Union, European Atomic Energy Community and their state members, on the other hand: International document signed by the two parties on June 27, 2014 [in Ukrainian].
14. On the implementation of the Association Agreement between Ukraine, on the one hand, and the European Union, the European Atomic Energy Community and their Member States, on the other hand: Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine of October 25, 2017 [in Ukrainian].
15. Roadmap for legislative implementation of the Association Agreement between Ukraine, on the one hand, and the EU, the European Atomic Energy Community and their Member States, on the other hand, for 2018–2019 [in Ukrainian].
16. On the legal protection of geographical indications: Law of Ukraine № 752-XIV (June 16, 1999) [in Ukrainian].
17. Without champagne, but with bryndza: how to turn Ukrainian products into unique brands (2020) Divys.info Information Agency [in Ukrainian].
18. Plan of draft law work of the Verkhovna Rada of Ukraine: Resolution of the Verkhovna Rada of Ukraine № 1165-IX (February 2, 2021) [in Ukrainian].
19. Regulation (EU) No 608/2013 of the European Parliament and of the Council of 12 June 2013 concerning customs enforcement of intellectual property rights and repealing Council Regulation (EC) No 1383/2003.
20. Commission Implementing Regulation (EU) No 1352/2013 of 4 December 2013 establishing the forms provided for in Regulation (EU) No 608/2013 of the European Parliament and of the Council concerning customs enforcement of intellectual property rights.

Стаття надійшла 15.04.2021 р.

В. Р. Барский, канд. юрид. наук, доцент
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
Кафедра гражданско-правовых дисциплин
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина
e-mail: vadym.barskyy@gmail.com
ORCID ID: 0000-0001-7521-284X

Д. Ю. Дворниченко, канд. полит. наук, доцент
Национальный университет «Одесская морская академия»
Кафедра морского права
ул. Дидрихсона, 8, Одесса, 65029, Украина
e-mail: darina.dvornichenko@gmail.com
ORCID ID: 0000-0002-9357-0226

ГАРМОНИЗАЦИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА УКРАИНЫ И ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА ПО ОХРАНЕ ПРАВ НА ГЕОГРАФИЧЕСКИЕ УКАЗАНИЯ: ПРЕДПОСЫЛКИ, СОСТОЯНИЕ И ПЕРСПЕКТИВЫ

Резюме

Статья посвящена вопросу гармонизации законодательства Украины и Европейского Союза по охране прав на географические указания. Введение зоны свободной торговли между Украиной и Европейским Союзом, увеличение взаимного товарооборота вызвали значительное обновление отечественного гражданского законодательства, способствовало активизации исследований устоявшихся гражданско-правовых институтов, которые в современных условиях приобрели новый смысл. Одним из таких институтов является охрана прав на географические указания. Системное реформирование указанного гражданско-правового института в Украине происходит с учетом европейских стандартов. На основе анализа соотношения коммунитарного права с законодательствами стран-членов ЕС по охране прав на географические указания предоставлен прогноз развития соответствующего правового поля в Украине и определены текущие задачи его обновления.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, географические указания, схемы качества, Европейский Союз, гармонизация права, законодательство Украины.

V. R. Barskyy, Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor
Odesa I. I. Mechnikov National University
the Department of Civil Law
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine
e-mail: vadym.barskyy@gmail.com
ORCID ID: 0000-0001-7521-284X

D. Yu. Dvornichenko, Candidate of Political Sciences, Associate Professor
National University «Odesa Maritime Academy»
The Department of Maritime Law
Didrikhson Str. 8, Odesa, 65000, Ukraine
e-mail: darina.dvornichenko@gmail.com
ORCID ID: 0000-0002-9357-0226

HARMONIZATION OF UKRAINIAN AND EUROPEAN UNION LEGISLATION ON THE PROTECTION OF THE RIGHTS TO GEOGRAPHICAL INDICATIONS: BACKGROUND, SITUATION AND PROSPECTS

Summary

The article is devoted to the issue of harmonization of the legislation of Ukraine and the European Union on geographical indications. The study of the influence of the European experience in the field of protection of geographical indications is explained by the systemic reform of this institution in Ukraine. The protection of geographical indications is becoming increasingly important in the context of a gradual increase in trade between Ukraine and the European Union. Based on the analysis of the correlation of the EU law with the legislation of its member-states in the field of protection of geographical indications, a forecast of the development of this legal field in Ukraine is provided and the current tasks related to its revision and development are determined.

The system of protection of geographical indications of the European Union is constantly adapted to the needs of the market. Current trends in its development include the gradual merging of the sovereignty of member states in the field of intellectual property protection, which in the long run may lead to the disappearance of relevant areas of national legislation of individual countries. Therefore, Ukraine must adapt to this trend as soon as possible at the legislative level.

The ratio of sources of national legislation of Ukraine and acts of the European Union indicates that the latter significantly affect the development and functioning of the relevant legal field of Ukraine. Firstly, the Association Agreement between Ukraine, on the one hand, and the European Union, the European Atomic Energy Community and their Member States, on the other hand, is an element of the national legal system and can be directly applied to the relevant legal relationship. Secondly, the acts of the European Union on the protection of geographical values determine the directions and parameters of the development of national legislation of Ukraine in the relevant field. In particular, the harmonization of the legislation of Ukraine to the European Union standards on geographical indications has led to amendments to the Civil Code, Economic Code and the adoption of a new version of the law “On legal protection of geographical indications”.

Keywords: intellectual property, geographical indications, quality schemes, European Union, harmonization of law, legislation of Ukraine.

УДК 347.440:378"2020/2021"

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2021.42.232411>

И. А. Голоденко, старший преподаватель
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
Кафедра гражданско-правовых дисциплин
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина
e-mail: irajur2@ukr.net

Е. М. Корнеева, старший преподаватель
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
Кафедра гражданско-правовых дисциплин
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина
e-mail: ekorneieva@gmail.com

ОКАЗАНИЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНЫХ УСЛУГ ЗАВЕДЕНИЯМИ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ В УСЛОВИЯХ ПАНДЕМИИ КОРОНАВИРУСНОГО ЗАБОЛЕВАНИЯ COVID-19 (ПРОБЛЕМНЫЕ АСПЕКТЫ)

Статья посвящена исследованию проблемных аспектов предоставления образовательных услуг заведениями высшего образования в условиях пандемии коронавирусного заболевания COVID-19.

Сделан вывод, что в условиях пандемии коронавирусного заболевания COVID-19, в результате резкого перехода к дистанционному обучению, заведения высшего образования (как в Украине, так и во всем мире) столкнулись не только с трудностями по организации и проведению занятий в дистанционном режиме (включая технические и коммуникационные проблемы), но и с проблемой соблюдения баланса общественных интересов и принципа автономии высших учебных заведений.

Акцентируется внимание на том, что решение проблем правового регулирования предоставления образовательных услуг в Украине, в условиях пандемии коронавирусного заболевания COVID-19, должно осуществляться с учетом того, что активизация дистанционной формы обучения в Украине – это вынужденная мера, связанная с введением карантина, вызванных пандемией COVID-19, а не стратегия повсеместного внедрения в образовательный процесс указанной формы обучения. Вместе с тем, поскольку в современном мире существует угроза возникновения новых пандемий, следует разработать и закрепить на законодательном уровне специальные нормы, направленные на урегулирование предоставления образовательных услуг заведениями высшего образования в условиях пандемии.

Кроме того, сделан вывод о целесообразности принятия определенных мер, необходимых для успешной реализации дистанционных программ обучения в условиях безопасной цифровой среды, путем внесения соответствующих изменений в действующие нормативно-правовые акты Украины.

Ключевые слова: заведения высшего образования, образовательные услуги, дистанционное обучение, технологии дистанционного обучения, COVID-19.

Постановка проблемы. Пандемия COVID-19 вызвала ряд кардинальных изменений в сфере услуг. Образовательная сфера одна из первых столкнулась с глобальными изменениями и необходимостью продолжения учебного процесса. Достаточно оперативно и эффективно система образования перешла на дистанционный формат обучения. Однако, в связи с переходом на новый формат заведения высшего образования столкнулись с множеством трудностей, среди которых можно выделить: отсутствие практики внедрения повсеместного дистанционного обучения, готовность участников образовательного процесса к проведению занятий в ином формате обучения, финансовые трудности и качество образования.

В связи с указанным, представляется актуальным рассмотреть наиболее существенные проблемы, присущие развитию дистанционного образования.

Анализ последних исследований и публикаций. Проблемы и перспективы развития дистанционного образования являются предметом исследования как отечественных, так и зарубежных ученых.

Определению понятия и сущности дистанционного обучения посвящены работы таких украинских ученых, как: Н.В. Андрусенко, Н.Г. Базавлук, И.Г. Блощинский, В.Ю. Быкова, Ю.М. Богачкова, В.Н. Кухаренко, Н.Г. Сиротенко, О.В. Рыбалко, Л.С. Франко.

В работах А.А. Андреева, Т.В. Громовой, Е.С. Полат, В.И. Солдаткина, А.В. Хуторской рассматриваются концептуальные положения о дистанционном обучении.

Проблемы организации дистанционного обучения отражены в работах Н.В. Басова, О.Г. Кириленко, В.М. Прибиловой, Г.Ю. Яценко.

Несмотря на большое количество исследований, все еще недостаточно глубоко изучены вопросы организации и управления дистанционным обучением, в связи с этим на сегодняшний момент назрела необходимость поиска новых путей совершенствования дистанционного обучения.

Целью данной статьи является выявление проблемных аспектов оказания образовательных услуг заведениями высшего образования в условиях пандемии коронавирусного заболевания COVID-19 и разработка предложений по совершенствованию правового регулирования соответствующей сферы общественных отношений.

Изложение основного материала. Образовательная реформа в Украине направлена на усовершенствование образовательного процесса, подготовку специалистов, обладающих исследовательскими умениями и навыками, способных ориентироваться в пространстве научной информации и современных информационных технологиях. В связи с этим, одним из самых эффективных направлений совершенствования методологии высшего образования является использование в учебном процессе технологии дистанционного обучения, способствующее повышению качества знаний и оперативности образовательного процесса.

Законодатель определяет дистанционное обучение как «индивидуализированный процесс приобретения знаний, умений, навыков и способов познавательной деятельности человека, который происходит в основном при опосредованном взаимодействии удаленных друг от друга участников учебного процесса в специализированной среде, которая функционирует на базе современных психолого-педагогических и информационно-коммуникационных технологий» [1, п. 1.2].

Порядок приобретения соответствующих знаний, умений, навыков и способов познавательной деятельности человека реализуется посредством выбранной участником учебного процесса формы обучения.

Украинское законодательство не содержит легального определения общего понятия «форма обучения», однако определяет дистанционную форму обучения как «индивидуализированный процесс получения образования, который происходит в основном при опосредованном взаимодействии удаленных друг от друга участников образовательного процесса в специализированной среде, которая функционирует на базе современных психолого-педагогических и информационно-коммуникационных технологий» [2, п. 4 ст. 9].

Следует отметить, что действующее законодательство содержит еще одно определение понятия дистанционной формы обучения, где последняя определяется как «форма организации учебного процесса в учебных заведениях, которая обеспечивает реализацию дистанционного обучения и предусматривает возможность получения выпускниками документов государственного образца о соответствующем образовательном или образовательно-квалификационном уровне» [1, п. 1.6]. На наш взгляд, данное определение не является удачным, поскольку акцент делается не на характерных особенностях дистанционной формы обучения, а на конечном результате обучения – получении соот-

ветствующих подтверждающих документов, что характерно для любой формы обучения, не только дистанционной.

Таким образом, определение дистанционной формы обучения раскрывается через понятие дистанционного обучения, что вполне естественно, так как форма обучения представляет собой один из способов реализации получения знаний, непосредственно определяемых законом. В тоже время, из приведенных выше определений можно сделать вывод о том, что характерной особенностью дистанционного образования / формы обучения является физическая удаленность участников образовательного процесса, а также особая, специализированная среда, функционирующая «на базе современных психолого-педагогических и информационно-коммуникационных технологий».

Определение термина «информационно-коммуникационные технологии» закреплено в ряде нормативных актов [1; 3; 4].

На наш взгляд, наиболее полное и точное определение информационно-коммуникационных (цифровых) технологий содержится в п. 2 Общих положений Приказа Министерства образования и науки Украины «Некоторые вопросы организации дистанционного образования», в котором информационно-коммуникационные технологии определяются как «технологии создания, накопления, хранения и доступа к электронным образовательным ресурсам по учебным предметам (интегрированным курсам), а также обеспечения организации и сопровождения образовательного процесса с помощью специализированного программного обеспечения и средств информационно-коммуникационной связи, в том числе сети Интернет» [3].

Основные положения о дистанционной форме обучения закреплены в Законах Украины «Об образовании» [5], «О высшем образовании» [2], в Концепции развития дистанционного образования в Украине [4], а также в Положении о дистанционном обучении [1]. Указанные нормативно-правовые акты рассматривают дистанционное образование «как форму обучения, равноценную очной, вечерней, заочной и экстернату, которая реализуется, в основном, при опосредованном взаимодействии удаленных друг от друга участников образовательного процесса в специализированной среде, функционирующей на основе психолого-педагогических и информационно-коммуникационных технологий» [2].

Вопросы по осуществлению дистанционного обучения, организации учебного процесса, по проведению экзаменов и государственной аттестации урегулированы в приказе Министерства образования и науки Украины «Некоторые вопросы организации дистанционного обучения» [3] от 08.09.2020 г., а также в Рекомендациях по организации текущего, семестрового контроля и аттестации соискателей образования [6] от 14.05.2020 г.

Несмотря на то, что дистанционные образовательные технологии в учебном процессе применяются уже более десятка лет, формирование соответствующей нормативно-правовой базы находится в процессе становления.

Дистанционная форма образования оказалась в центре внимания не только законодателя, но и ученых. Современные тенденции развития дистанционного образования свидетельствуют о дальнейшей активизации исследований в этой сфере. Существуют разногласия в толковании данного вида обучения, соотношения заочной формы обучения и дистанционной формы обучения, ведутся различные дискуссии по определению понятий «дистанционного образования», «дистанционного обучения». Следует отметить, что в некоторых случаях рассматриваемые понятия интерпретируются как синонимы.

Соотношение данных понятий можно охарактеризовать следующим образом.

По мнению Т.В. Громовой, «дистанционное образование – образование, которое реализуется средствами дистанционного обучения, а его целью является предоставление учащимся в образовательных организациях возможности овладения основными и дополнительными профессиональными образовательными программами среднего и высшего профессионального образования непосредственно по местонахождению учащегося» [7, с. 80]. Как видим, автор исходит из того, что «дистанционное образование» является более широким понятием, чем «дистанционное обучение», и определяет «дистанцион-

ное обучение» как форму организации учебного процесса, обеспечивающую реализацию дистанционного образования.

Как отмечают Н. Г. Базавлук и Л. С. Франко, «дистанционное образование – это организованный по определенным дисциплинарным темам учебный процесс, предполагающий активный обмен информацией между учениками и преподавателями, а также между самими учащимися с использованием современных средств информационных технологий [8, с. 7]. На наш взгляд, указанное определение не в полной мере отражает сущность рассматриваемого понятия, так как авторы ограничились констатацией нескольких характеристик, присущих дистанционному образованию.

Как указывает Т. В. Пылаева, под дистанционным образованием следует понимать «форму получения образования, которая происходит при физическом разделении субъектов образовательного процесса в пространстве и времени, требует определенной методики разработки учебных пособий и определенной стратегии преподавания с использованием современных информационных и коммуникационных технологий дистанционного обучения» [9, с. 3–4]. Считаем, что данное определение является наиболее правильным, так как в нем полно отражены признаки, характерные для дистанционного образования.

Учитывая вышеизложенное, можно утверждать, что *дистанционное обучение* – это форма реализации права на получение образования, базирующаяся на использовании информационно-коммуникационных технологий, а также способ организации учебного процесса с применением технологий, с помощью которых проходит обучение. В отличие от этого, *дистанционное образование* – это система, в которой реализуется процесс дистанционного обучения для получения образования.

Следует отметить, что дистанционное обучение нередко рассматривают как заочное обучение, посредством общения с преподавателем через Интернет. На первых этапах существования дистанционного образования, в связи с неразработанностью его понятийного аппарата, оно также понималось как разновидность заочного обучения [10, с. 5].

Однако, заочное обучение нельзя путать с дистанционным обучением. Заочное обучение – это только прообраз дистанционного обучения. Заочное обучение – это способ организации обучения соискателей высшего образования путем объединения учебных занятий и контрольных мероприятий во время кратковременных сессий и самостоятельного овладения образовательной программой в период между ними.

Конечно же гораздо проще реализовывать концепцию дистанционного обучения в тех учебных заведениях, которые имеют опыт заочного обучения. Но необходимо четко представлять принципиальные различия стандартов заочного обучения и новых идей дистанционного обучения.

Активизация дистанционной формы обучения в Украине – это не стратегия повсеместного внедрения в образовательный процесс указанной формы обучения, а вынужденная временная мера, связанная с введением карантинных ограничений, вызванных пандемией COVID-19.

В результате резкого перехода к дистанционному обучению, заведения высшего образования (как в Украине, так и во всем мире) столкнулись не только с трудностями в организации и проведении занятий в дистанционном режиме (включая технические и коммуникационные проблемы), но и с проблемой соблюдения баланса общественных интересов и принципа автономии заведений высшего образования.

В Европейском Союзе (ЕС) принцип автономии образования выражается в предоставлении самостоятельности государствам-участникам ЕС в организации систем образования и обучения, а также в наполнении содержания учебных программ. В соответствии со ст. 165 Договора о функционировании Европейского Союза (TFEU) [11] Европейский Союз способствует развитию качественного образования, поощряя сотрудничество между странами ЕС и, при необходимости, поддерживая и дополняя их действия.

Конституция Украины прямо не закрепляет принцип автономии образования, в то же время, указанный принцип содержится в Законе Украины «Об образовании» (п. 1, ст. 1), Законе Украины «О высшем образовании». На основании указанных норм, в пе-

риод карантина, вызванного пандемией COVID-19, Министерством образования и науки Украины было рекомендовано заведениям высшего образования самостоятельно определять организацию учебного процесса [12]. Так же для обеспечения непрерывного образовательного процесса многие украинские университеты разработали и приняли локальные нормативные акты, закрепляющие, на период введения карантинных мер, организацию обучения с применением дистанционных образовательных технологий. Обучение было рекомендовано проводить в системе дистанционного обучения Moodle, а также на платформе Google for Education, в частности, Google Classroom, а также других сервисов для дистанционного обучения. Образовательный процесс с применением дистанционных образовательных технологий организовывался в соответствии с рабочими учебными планами заведений высшего образования и расписанием учебных занятий [13, п. 2.2].

Следует отметить, что в начале 2020 г. у большинства заведений образования практически во всем мире, одновременно, возникли значительные затруднения с реализацией учебного процесса, в его обычном понимании. В отдельных государствах учебный процесс был временно приостановлен, в то время как большинство образовательных заведений перешло к дистанционному формату обучения [14].

В данном исследовании отражены наиболее значимые и характерные проблемы дистанционного обучения, в условиях пандемии коронавирусного заболевания COVID-19 для большинства заведений высшего образования в мире и в Украине.

В первую очередь, к таким проблемам следует отнести финансовые трудности заведений высшего образования, связанные с оттоком международных студентов. Предоставление образовательных услуг является одной из ведущих доходных частей экономики многих стран, за счет экспорта образования привлекаются талантливые студенты, создаются новые рабочие места, привлекаются финансовые ресурсы для работы и развития заведений высшего образования. По данным современной статистики, большинство иностранных студентов в мире – из Китая и Индии. Так, «в 2018/2019 учебном году в США получатели высшего образования из Китая и Индии составляли 67,7 % всех международных студентов, по результатам опроса в 2020 г. 48 % китайских и 54 % индийских студентов отложили обучение за границей минимум на год» [15].

Следует отметить, что 2019/2020 учебный год был окончен преимущественно в дистанционной форме обучения, однако, формат обучения в 2020/2021 учебном году для большинства заведений высшего образования являлся неопределенным. Так, в Великобритании, перед началом 2020/2021 учебного года, лидер Союза университетов и колледжей Соединенного Королевства (UCU) утверждал, что все обучение должно проводиться в режиме онлайн из соображений общественной безопасности (имелась в виду угроза заражения COVID-19), в то время, как студенческое движение требовало обучения в очном формате. Студентов поддержали лекторы, которые в открытом письме изложили весомые аргументы в пользу интеллектуального взаимодействия между преподавателями и студентами и студентами со студентами [16]. Это противостояние было прекращено введением строгих карантинных ограничений.

Вступительная кампания 2020 г. стала одной из самых сложных в мировой индустрии образовательных услуг. Если до 2020 г. основными факторами, влиявшими на принятие решения об образовании за рубежом, были уровень развития экономики и рынка труда в стране обучения, качество образования и стоимость обучения, то в 2020 г. не менее важным критерием для выбора страны обучения стала стабильная эпидемиологическая обстановка.

Для большинства заведений высшего образования вступительная кампания 2020 г. отличалась от предыдущих. Так, для мотивации и привлечения иностранных абитуриентов университетами предоставлялся широкий спектр поддержки, например, был пролонгирован срок подачи документов, срок начала учебного процесса, разработаны новые стипендии и скидки на проживание. Например, студентам предлагались «гибкие» учебные программы, позволяющие пройти программу обучения из любой точки мира, не уступающие по качеству привычному оффлайн-формату обучения. Отдельно отме-

тим, что для специальностей, которые требуют практических навыков были разработаны программы, предусматривающие смешанную модель обучения. Однако, кроме решения вопросов финансового характера, иностранные абитуриенты также нуждаются в социализации, т.е. в дополнительных возможностях для облегчения совместного обучения, новых личных контактах, что является сложной практической задачей в период пандемии COVID-19.

Интересной, на наш взгляд, является тенденция 2020 г. к увеличению числа абитуриентов за счет того, что часть выпускников школ откладывают дальнейшее обучение из-за ограничения передвижения, поступая в заведения высшего образования в своей стране. Студенты, получившие степень бакалавра, предпочли продолжить обучение на степень магистра из-за сложности трудоустройства в условиях пандемии. Так, например, согласно данным, опубликованным Федеральным статистическим управлением Швейцарии, «несмотря на пандемию COVID-19, в швейцарских университетах количество студентов увеличилось в 2020/2021 учебном году на 5 % (до 164575 студентов). Лучшим по набору студентов стал Итальянский университет дела Свиззера (USI) с показателями +12,8 %, за ним следуют университеты Женевы и Лозанны и Швейцарский федеральный технологический институт Цюриха (ETH Zurich) с ростом на 6–7,6 %» [17].

Пандемия COVID-19 показала, возможность быстрого перехода к дистанционному обучению, большинства заведений высшего образования в режим «исключительно онлайн», в то время как другие предоставляли смешанную модель обучения. Такое решение было принято на основании выражения воли студентов, которая заключалась в желании обучаться очно, а, также, направлено на то, чтобы сохранить контингент студентов и избежать конфликтов, возникающих из-за оплаты стоимости обучения и проживания в студенческих кампусах [18].

Бесспорно, пандемия COVID-19 явилась катализатором к переосмыслению существующих моделей преподавания и обучения. Новые образовательные модели должны способствовать осмысленному обучению в электронном формате; разработке новых педагогических моделей и стратегий обучения, сочетающих сотрудничество, размышления, тематические/деловые игры или иное моделирование учебных задач в физическом или цифровом учебном пространстве.

Успешная реализация новых моделей образования требует инвестиций в технологии обучения, например, для создания симуляций и разработки онлайн-инструментов для различных целей (совместных онлайн-дискуссий, для отработки новых навыков для отдельных специальностей) и использования технологий для улучшения процесса обратной связи, а, также, для развития индивидуального обучения.

В настоящее время специалистами UNESC предлагаются следующие инструменты для организации дистанционного обучения: 1) ресурсы, обеспечивающие оказание психологической поддержки участникам образовательного процесса; 2) системы управления цифровым обучением с широким спектром охвата целей, например, для восполнения пробелов в обучении, для взаимодействия между всеми участниками образовательного процесса в реальном времени, такие как Century Tech, Google Classroom, Moodle, Skooler и др.; 3) системы для обучения на базе мобильных устройств различной функциональности, например, Kolibri, Ustad Mobile, Funzi и др.; 4) платформы массовых открытых онлайн курсов (MOOC) наиболее распространенные: Coursera, EdX, FutureLearn др.; 5) сервисы самостоятельного обучения, такие как Mindspark, Библиотека SDG Academy, SmartHistory, YouTube и др.; 6) платформы для совместной работы, поддерживающие видеосвязь в реальном времени, например, Skype, Zoom, WebEx, Hangouts Meet и др.; 7) мобильные приложения для чтения (Глобальная цифровая библиотека, Worldreader), инструменты для создания цифрового учебного контента (Nearpod, Trello) и электронные базы учебных материалов (EdSurge, Ресурсы Европейской комиссии), и т.д. [19].

На наш взгляд, будущее высшего образования будет представлять собой смешанную модель обучения, поэтому сейчас представляется уникальная возможность разработать

современную модель для обучения в будущем. Представляется крайне важным, чтобы достижения, полученные с помощью экспериментальных методик, не были потеряны при переходе на дистанционную форму обучения или при возвращении в офлайн-формат обучения.

Пандемия коронавирусного заболевания COVID-19 способствовала расширению сферы деятельности заведений высшего образования путем глобализации, основной задачей которых является подготовка выпускников, способных мыслить не только на локальном уровне, но и успешно ориентироваться, преодолевая фактические и культурные границы. Для смягчения изоляции, сотрудничества по глобальным и региональным вопросам через границы, для достижения общих целей интернационализации существуют глобальные сети. Сегодня, одной из ведущих глобальных сетей является Universitas 21 (U21) [20], в которую входят 27 научно-исследовательских университетов из 18 различных стран мира. Целью создания U21 является расширение взаимодействия между ведущими университетами посредством поощрения образовательных инноваций, поддержки участия исследователей и повышения уровня опыта студентов. Адаптируя и предлагая новые индивидуальные программы и виртуальные международные возможности, сеть U21 находится в состоянии активного роста. Например, с начала пандемии COVID-19 сеть U21 обеспечила виртуальные глобальные мероприятия в реальном времени, одновременно, для более чем 5000 студентов, что позволило им объединиться и работать со своими коллегами по всему миру.

Выводы и предложения. Подводя итог вышеизложенному, следует отметить, что в условиях пандемии коронавирусного заболевания COVID-19, в результате резкого перехода к дистанционному обучению, заведения высшего образования (как в Украине, так и во всем мире) столкнулись не только с трудностями в организации и проведении занятий в дистанционном режиме (включая технические и коммуникационные проблемы), но и с проблемой соблюдения баланса общественных интересов и принципа автономии заведений высшего образования.

Решение проблем правового регулирования оказания образовательных услуг в Украине, в условиях пандемии коронавирусного заболевания COVID-19, должно осуществляться с учетом того, что активизация дистанционной формы обучения в Украине – это вынужденная временная мера, связанная с введением карантинных ограничений, вызванных пандемией COVID-19, а не стратегия повсеместного внедрения в образовательный процесс указанной формы обучения. Вместе с тем, поскольку в современном мире существует угроза возникновения новых пандемий, стоит разработать и закрепить на законодательном уровне специальные нормы, направленные на урегулирование оказания образовательных услуг заведениями высшего образования в условиях пандемий.

Кроме того, целесообразно принять определенные меры, необходимые для успешной реализации дистанционных программ в условиях безопасной цифровой образовательной среды, путем внесения соответствующих изменений в действующие нормативно-правовые акты.

При этом необходимо учитывать, что *дистанционное обучение* – это форма реализации права на получение образования, базирующаяся на использовании информационно-коммуникационных технологий, а также способ организации учебного процесса с применением технологий, с помощью которых проходит обучение. В отличие от этого, *дистанционное образование* – это система, в которой реализуется процесс дистанционного обучения для получения образования.

Список использованной литературы

1. Про затвердження Положення про дистанційне навчання: Наказ Міністерства освіти і науки України від 25.04.2013 р. № 466. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0703-13#Text> (дата звернення: 10.04.2021).
2. Про вищу освіту: Закон України від 01.07.2014 р. № 1556-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-18#Text> (дата звернення: 10.04.2021).

3. Деякі питання організації дистанційного навчання: Наказ Міністерства освіти і науки України від 08.09.2020 р. № 1115. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0941-20#Text> (дата звернення: 10.04.2021).
4. Концепція розвитку дистанційної освіти в Україні (затверджено Постановою МОН від 20.12.2000 р.). URL: <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=emFraW5wcG8ub3JnLnVhfGRvfGd4OjU0Nzg0OTc5ZmU3OWJlYzA> (дата звернення: 10.04.2021).
5. Про освіту: Закон України від 05.09.2017 р. № 2145-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2145-19#Text> (дата звернення: 10.04.2021).
6. Щодо організації поточного, семестрового контролю та атестації здобувачів освіти із застосуванням дистанційних технологій: Лист Міністерства освіти і науки України від 14.05.2020 р. № 1/9-249. URL: <https://mon.gov.ua/ua/npa/shodo-organizaciyi-potochnogo-semestrovogo-kontrolyu-ta-atestaciyi-zdobuvachiv-osviti-iz-zastosuvannyam-distancijnih-tehnologij> (дата звернення: 10.04.2021).
7. Громова Т. В. Подготовка преподавателя к деятельности в системе дистанционного обучения как ресурс повышения качества образования // *Вестник Поморского университета. Серия: Гуманитарные и социальные науки*. 2008. № 3. С. 78–84.
8. Базавлуг Н. Г., Франко Л. С. Особистісно-орієнтоване та дистанційне навчання як сучасні інноваційні підходи в навчальному процесі. Дистанційна освіта: забезпечення доступності та неперервної освіти впродовж життя (E-Learning and University Education – 2017): матеріали XLII Міжнародної науково-методичної конференції (м. Полтава, 9–10 лютого 2017 року). Полтава: ПУЕТ, 2017. С. 6–8.
9. Пилаєва Т. В. До розуміння поняття «дистанційна освіта». URL: <http://repository.hneu.edu.ua/jspui/bitstream/123456789/12644/1pdf> (дата звернення 10.04.2021 р.).
10. Блощинський І. Г. Сутність та зміст поняття «дистанційне навчання» в зарубіжній та вітчизняній науковій літературі. *Вісник Національної академії Державної прикордонної служби України*, 2015. Випуск 3. С. 1–20.
11. Договор о функционировании Европейского Союза (новая редакция). URL: <https://eulaw.ru/treaties/tfeu/> (дата обращения: 10.04.2021).
12. Про організаційні заходи для запобігання поширенню коронавірусу COVID-19: Наказ Міністерства освіти і науки України від 16.03.2020 р. № 406. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0406729-20#Text> (дата звернення 10.04.2021 р.).
13. Додаток до Положення про організацію освітнього процесу в Національному педагогічному університеті імені М. П. Драгоманова. URL: <https://fpgoe.npu.edu.ua/wp-content/uploads/2021/02/pdf> (дата звернення 10.04.2021 р.).
14. The impact of COVID-19 on higher education: a review of emerging evidence. European Union. URL: https://nesetweb.eu/wp-content/uploads/2021/03/NESET-AR4-2020_Full-Report.pdf (дата обращения: 10.04.2021).
15. Бакиров В., Арков М. Пандемия может навсегда изменить высшее образование. ZN, UA. 2021. 16 янв. URL: <https://zn.ua/EDUCATION/pandemija-mozhet-navsehda-izmenit-vysshee-obrazovanie.html> (дата обращения: 10.04.2021).
16. Hayes D. Post-pandemic is time to ask what teaching means in HE. University World News. 2021. 06 Feb. URL: <https://www.universityworldnews.com/post.php?story=20210201131303605> (дата обращения: 10.04.2021).
17. Covid-19: Universities welcome more students than ever. Swissinfo.ch. URL: <https://www.swissinfo.ch/eng/covid-19—universities-welcome-more-students-than-ever/46483360> (дата обращения: 10.04.2021).
18. Distance Learning and Higher Education: Stemming the Tide of COVID-19 Liability. Barclay Damon LLP. URL: <https://www.barclaydamon.com/alerts/distance-learning-and-higher-education-stemming-the-tide-of-covid-19-liability> (дата обращения: 10.04.2021).
19. Решения для дистанционного обучения. UNESCO. URL: <https://en.unesco.org/covid19/educationresponse/solutions> (дата обращения: 10.04.2021).
20. Bringing Leading Global Universities Together. Universitas21. URL: <https://universitas21.com/what-we-do/about-us/benefits-internationalisation> (дата обращения 10.04.2021).

References

1. Order of Ministry of Education and Science of Ukraine about approval of Condition about distance studying (2013, April 25). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0703-13#Text> (Access date: 10.04.2021) [in Ukrainian].
2. Law of Ukraine about high education № 1556-VII (2014, June 01). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-18#Text> (Access date: 10.04.2021) [in Ukrainian].
3. Order of Ministry of Education and Science of Ukraine some questions of distant study organization (2020, September 25). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0941-20#Text> (Access date: 10.04.2021) [in Ukrainian].

4. Conception of development of the distance studying in Ukraine (approved by Ministry of Education and Science from 20.12.2000). URL: <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=emFraW5wcG8ub3JnLnVhfGRvfGd4OjU0Nzg0OTc5ZmU3OWJlYzA> (Access date: 10.04.2021) [in Ukrainian].
5. About education: Law of Ukraine from 05.09.2017 № 2145-VIII URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2145-19#Text> (Access date: 10.04.2021) [in Ukrainian].
6. Letter of Ministry of Education and Science of Ukraine as to organisation of current, terminal control and certification of students with usage of distant technologies (2020, May 14). URL: <https://mon.gov.ua/ua/npa/shodo-organizaciyi-potochnogo-semestrovogo-kontrolyu-ta-atestaciyi-zdobuvachiv-osviti-iz-zastosuvannyam-distancijnih-tehnologij> (Access date: 10.04.2021) [in Ukrainian].
7. Gromova T. V. (2008) Preparation of the tutor for work in distance studying system as the resource of upgrading the quality of education. Vestnik Primorskogo universiteta. Seriya: Gumanitarnye i social'nye nauki. 3 [in Russian].
8. Basavlug N. G., Franko L. S. (2017) Personally-oriented and distance studying as modern innovative ways in educational process. Dystantsiina osvita: zabezpechennia dostupnosti ta nepererвної osvity vprodovzh zhyttia: materialy XLII Mizhnarodnoi naukovo-metodychnoi konferentsii. Poltava: PUET [in Ukrainian].
9. Pylaeva T. V. (2016) To understanding of the concept «distance studying». URL: <http://repository.hneu.edu.ua/jspui/bitstream/123456789/12644/1pdf> (Access date: 10.04.2021) [in Ukrainian].
10. Bloschinsky I. G. (2015) Essence and sense of the concept «distance studying» in foreign and national science literature. Visnyk Natsionalnoi akademii Derzhavnoi prykordonnoi sluzhby Ukrainy. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vnadps_2015_3_4 (Access date: 10.04.2021) [in Ukrainian].
11. Treaty about functioning of European Union (new redaction). URL: <https://eulaw.ru/treaties/tfeu/> (Access date: 10.04.2021) [in Russian].
12. About the organisational methods for avoiding of the spread of COVID-19: Decree of Ministry of Education and Science of Ukraine from 16.03.2020. № 406 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0406729-20#Text> (Access date: 10.04.2021) [in Ukrainian].
13. Addition to thesis about the organisation of the educational process in National Pedagogical Dragomanov University. URL: <https://fpgoe.npu.edu.ua/wp-content/uploads/2021/02/pdf> (Access date: 10.04.2021) [in Ukrainian].
14. The impact of COVID-19 on higher education: a review of emerging evidence. European Union. URL: https://nesetweb.eu/wp-content/uploads/2021/03/NESET-AR4-2020_Full-Report.pdf (Access date: 10.04.2021).
15. Bakirov V., Arkov M. (2021) Pandemic could change higher education forever. ZN, UA. URL: <https://zn.ua/EDUCATION/pandemija-mozhet-navsehda-izmenit-vysshee-obrazovanie.html> (Access date: 10.04.2021) [in Russian].
16. Hayes D. (2021) Post-pandemic is time to ask what teaching means in HE. University World News. URL: <https://www.universityworldnews.com/post.php?story=20210201131303605> (Access date: 10.04.2021).
17. Covid-19: Universities welcome more students than ever. Swissinfo.ch. URL: <https://www.swissinfo.ch/eng/covid-19—universities-welcome-more-students-than-ever/46483360> (Access date: 10.04.2021).
18. Distance Learning and Higher Education: Stemming the Tide of COVID-19 Liability. Barclay Damon LLP. URL: <https://www.barclaydamon.com/alerts/distance-learning-and-higher-education-stemming-the-tide-of-covid-19-liability> (Access date: 10.04.2021).
19. Distance learning solutions. UNESCO. URL: <https://en.unesco.org/covid19/educationresponse/solutions> (Access date: 10.04.2021) [in Russian].
20. Bringing Leading Global Universities Together. Universitas21. URL: <https://universitas21.com/what-we-do/about-us/benefits-internationalisation> (Access date: 10.04.2021).

Статья поступила 15.05.2021 г.

І. О. Голоденко, старший викладач
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
Кафедра цивільно-правових дисциплін
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна
e-mail: irajur2@ukr.net

Є. М. Корнесва, старший викладач
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
Кафедра цивільно-правових дисциплін
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна
e-mail: ekorneieva@gmail.com

НАДАННЯ ОСВІТНІХ ПОСЛУГ ЗАКЛАДАМИ ВИЩОЇ ОСВІТИ В УМОВАХ ПАНДЕМІЇ КОРОНАВІРУСНОЇ ХВОРОБИ COVID-19 (ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ)

Резюме

Статтю присвячено дослідженню проблемних аспектів надання освітніх послуг закладами вищої освіти в умовах пандемії коронавірусної хвороби COVID-19.

Зроблено висновок, що в умовах пандемії коронавірусної хвороби COVID-19, внаслідок різкого переходу до дистанційного навчання, заклади вищої освіти (як в Україні, так і в усьому світі) зіткнулись не лише з труднощами щодо організації та проведення занять у дистанційному режимі (включаючи технічні та комунікаційні проблеми), але і з проблемою дотримання балансу суспільних інтересів та принципу автономії закладів вищої освіти.

Акцентовано увагу на тому, що вирішення проблем правового регулювання надання освітніх послуг в Україні, в умовах пандемії коронавірусної хвороби COVID-19, має здійснюватись з урахуванням того, що активізація дистанційної форми навчання в Україні – це вимушений захід, пов'язаний з введенням карантинних обмежень, спричинених пандемією COVID-19, а не стратегія повсюдного впровадження в освітній процес вказаної форми навчання. Разом з тим, оскільки у сучасному світі існує загроза виникнення нових пандемій, варто розробити і закріпити на законодавчому рівні спеціальні норми, спрямовані на врегулювання надання освітніх послуг закладами вищої освіти в умовах пандемій.

Крім того, зроблено висновок про доцільність вжиття певних заходів, необхідних для успішної реалізації дистанційних програм в умовах безпечного цифрового середовища, шляхом внесення відповідних змін до чинних нормативно-правових актів України.

Ключові слова: заклади вищої освіти, освітні послуги, дистанційне навчання, технології дистанційного навчання, COVID-19.

I. O. Holodenko, Senior Lecturer
Odesa I. I. Mechnikov National University
The Department of Civil Law Disciplines
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine
e-mail: irajur2@ukr.net

E. M. Korneieva, Senior Lecturer
Odesa I. I. Mechnikov National University
The Department of Civil Law Disciplines
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine
e-mail: ekorneieva@gmail.com

PROVISION OF EDUCATIONAL SERVICES BY HIGHER EDUCATION INSTITUTIONS IN CONDITIONS OF COVID-19 PANDEMIC (PROBLEMATIC ASPECTS)

Summary

The article is dedicated to the exploration of problematic aspects of the provision of educational services by higher education institutions in conditions of COVID-19 pandemic. In conclusion, in conditions of COVID-19 pandemic because of the sudden transition to distance studying higher education institutions (in Ukraine and worldwide) faced with not only the issues of organisation and teaching distantly (including technical and communication issues), but also with the problem of keeping balance of the public interest and the principle of autonomy of higher education institutions.

The attention is drawn to the fact that the solution of the problems of legal regulation of education in the context of the COVID-19 pandemic should be carried out taking into account the fact that the activation of distance learning in Ukraine is not a learning strategy, but a necessity due to quarantine restrictions. In addition, in connection with the emergence of new pandemics in the modern world, it is necessary to establish special norms aimed at allowing education in higher education institutions in the context of the COVID-19 pandemic.

Furthermore, it is conclusion made about feasibility to apply of some measures needed for the successful realization of the distant learning programs in conditions of safe digital environment by making some changes to current laws and regulatory of Ukraine.

Keywords: higher education institutions, educational services, distance studying, distance studying technologies, COVID-19.

УДК 347.63

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2021.42.232414>

Е. М. Гусейнова, преподаватель
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
Кафедра гражданско-правовых дисциплин
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина
e-mail: klueva_katerina@ukr.net

СОДЕРЖАНИЕ, ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ И ЗАЩИТА ПРАВА РЕБЕНКА НА ИМЯ (ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ УКРАИНЫ И РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ)

В статье указанное право характеризуется как субъективное личное неимущественное право, имеющее определенное содержание; четко обозначается круг правомочий, составляющих содержание данного права, и круг лиц, которые могут указанные правомочия осуществлять.

Автор анализирует соответствующие положения действующего гражданского и семейного законодательства Украины и Российской Федерации, изучает точки зрения ученых-правоведов относительно вопросов, составляющих предмет исследования, вносит предложения по совершенствованию правового регулирования отношений, связанных с осуществлением и защитой права ребенка на имя, в Украине.

Ключевые слова: личное неимущественное право, право ребенка на имя, содержание права ребенка на имя, осуществление права ребенка на имя, защита права ребенка на имя.

Постановка проблемы. Украина позиционирует себя как правовое государство, в котором юридическими средствами обеспечиваются реализация и защита прав и свобод человека.

Право человека на имя является одним из наиболее древних и традиционных средств его индивидуализации в обществе. С юридической точки зрения, человек, как субъект права, должен получать имя сразу после рождения, потому что именно в момент рождения государство наделяет его таким юридическим качеством как правоспособность.

Гражданское и семейное законодательство Украины содержит ряд положений, посвященных регулированию отношений, связанных с реализацией и защитой права ребенка на имя, однако, до сегодняшнего дня правовое регулирование этих отношений нельзя признать совершенным. Поэтому существует необходимость изучения соответствующего правового опыта других стран. И, прежде всего, тех, чьи правовые традиции имеют определенное сходство с правовыми традициями Украины. Одной из таких стран является Российская Федерация.

Анализ последних исследований и публикаций. Следует отметить, что вопросы, связанные с правом на имя, долгое время не находили должного отражения в законодательстве большинства стран мира. Не выступали они и в качестве предмета специальных юридических исследований. И только в начале XX века интерес ученых-правоведов к соответствующей проблематике стал проявляться более активно. Этому способствовало введение в действие принятого в 1896 году Гражданского кодекса Германии, в § 12 которого закреплялись положения о праве на имя.

Считается, что отправной точкой исследований в этой сфере научных интересов в науке гражданского права Украины и России стала статья М. М. Агаркова «Право на имя» [1], которая сейчас довольно часто цитируется в научных публикациях современных ученых-юристов Украины, Российской Федерации (далее – РФ) и других независимых государств, образовавшихся после распада СССР.

Кроме М. М. Агаркова, проблемы закрепления, осуществления и защиты права на имя изучали такие ученые, как: М. Л. Апринич, Ю. Ф. Беспалов, О. В. Воронова, О. А. Красавчиков, Р. Ю. Молчанов, З. В. Ромовская, А. П. Сергеев, Р. А. Стефанчук и др.

Целью данной статьи является определение особенностей содержания, осуществления и защиты права ребенка на имя по законодательству Украины и Российской Федерации.

Изложение основного материала. В современной науке гражданского и семейного права право на имя уже традиционно рассматривается в составе личных неимущественных прав физического лица. Но праву специального субъекта – ребенка на имя, его реализации и защите, к сожалению, не уделяется должного внимания.

Отправными точками нашего исследования будут служить следующие тезисы:

1. Ребенком является каждое человеческое существо до достижения 18-летнего возраста, если по закону, применимому к данному ребенку, он не достигает совершеннолетия ранее (ст. 1 Конвенции о правах ребенка [2]). Таким образом, международное законодательство связывает статус ребенка с достижением физическим лицом совершеннолетия. Это находит закрепление в законодательстве Украины и РФ. В частности, Гражданский кодекс Украины (далее – ГКУ) и Гражданский кодекс РФ (далее – ГК РФ) устанавливают, что совершеннолетним является физическое лицо, достигшее 18-летнего возраста (ч. 1 ст. 34 ГКУ) [3], ч. 1 ст. 21 ГК РФ [4]).

2. Право на имя – важнейшее личное неимущественное право лица, тесно связанное и неотделимое от личности его носителя, индивидуализирующее его, не имеющее имущественного содержания.

Право на имя является самостоятельным субъективным правом, одним из личных неимущественных прав (ст. 294 ГКУ, ст. 150 ГК РФ). При этом ГКУ уточняет, что право на имя относится к личным неимущественным правам, обеспечивающим социальное бытие физического лица.

3. Право на имя ребенку принадлежит с рождения (принцип 3 Декларации прав ребенка [5]).

4. Законодательное регулирование права ребенка на имя осуществляется гражданским и семейным законодательством Украины и РФ соответственно. При этом соблюдается принцип, согласно которому личные неимущественные отношения между членами семьи, не урегулированные семейным законодательством, регулируются гражданским законодательством, если это не противоречит существу семейных отношений (ст. 8 СКУ [6], ст. 4 СК РФ [7]).

Понятие и содержание права на имя активно дискутируется в современной цивилистике. Так, Р.А. Стефанчук отмечает, что под правом на имя физического лица следует понимать «личное неимущественное право по владению именем, его изменению и использованию, с целью приобретения гражданских прав и создания юридических обязанностей, осуществления этих прав и исполнения указанных обязанностей, а также право требовать от других лиц не нарушать право на имя любым способом, а в случае нарушения, оспаривания либо непризнания этого права – требовать его защиты» [8, с. 97].

По мнению Е.А. Суханова, право на имя как личное неимущественное право – «это возможность гражданина приобретать и осуществлять права и обязанности под своим именем и требовать, чтобы его имя использовалось третьими лицами только с его согласия, если в результате использования ими извлекается или может быть извлечена имущественная выгода, а в случаях, когда выгода не извлекается, имя гражданина может быть использовано без его согласия лишь в пределах, установленных законом» [9, с. 235].

Под правом на имя Ю.Ф. Беспалов понимает юридическую возможность на присвоение, регистрацию и изменение имени, участие в гражданских, семейных и иных отношениях под своим именем, а также возможность защиты имени в случае нарушения [10, с. 33].

По мнению О.А. Красавчикова, право на имя состоит из: а) права требовать от других лиц, чтобы к владельцу этого блага обращались и его называли во всех формальных отношениях в соответствии с именем, являющимся объектом анализируемого права; б) права изменять имя, фамилию, отчество [11, с. 27].

А. П. Сергеев считает, что право на имя включает в себя возможность физического лица: а) иметь определенное имя; б) пользоваться им; в) требовать от других лиц обращаться к нему в соответствии с этим именем; г) изменить имя в установленном законом порядке [12, с. 5].

Некоторые авторы усматривают в праве на имя только негативный аспект, включая в него: а) право физического лица требовать от окружения не искажать его имя; б) требовать не использовать имя физического лица без его согласия; в) требовать от окружения не использовать имя физического лица как собственного; г) требовать, чтоб никто не понуждал к изменению имени [13, с. 15].

Для такого специального субъекта как ребенок право на имя, как и любое иное субъективное право, состоит из определенных правомочий. На наш взгляд, к таковым следует отнести, прежде всего, правомочие на получение (присвоение) имени при рождении.

Статья 58 Семейного кодекса РФ (далее – СК РФ) в части 1 устанавливает, что «ребенок имеет право на имя, отчество и фамилию». В отличие от этого, в Украине право на имя физического лица закреплено нормами гражданского права (ст. 294 ГКУ), а Семейный кодекс Украины (далее – СКУ) лишь регулирует порядок определения фамилии, имени и отчества ребенка (ст. ст. 145–147 СКУ). К тому же, ст. 144 СКУ устанавливает обязанность родителей зарегистрировать рождение ребенка в органе государственной регистрации актов гражданского состояния (далее – орган РАГС).

Очевидным является тот факт, что регистрация рождения как акта гражданского состояния и правомочие на получение имени ребенком не являются тождественными. Такая позиция закреплена в международно-правовых актах. Так, согласно п. 1 ст. 7 Конвенции о правах ребенка, ребенок регистрируется сразу же после рождения и с момента рождения имеет право на имя.

Это находит свое подтверждение и в национальном законодательстве. В частности, ч. 1 ст. 13 Закона Украины «О государственной регистрации актов гражданского состояния» [14] гласит, что государственная регистрация рождения ребенка проводится с одновременным определением его происхождения и присвоением ему имени. К тому же, кроме рождения, имя может приобретаться через брак, усыновление и т. п.

Реализация правомочия ребенка на получение имени детально регламентирована действующим законодательством обеих стран. В Украине это статьи 145–147 СКУ, к которым Министерство юстиции Украины дает Разъяснение от 29.06.2011 г. [15]. В РФ реализация указанного правомочия регулируется нормами ст. 58 СК РФ, статьями 17–19¹ Федерального закона РФ «Об актах гражданского состояния» от 15.11.1997 г. [16].

По общему правилу, имя ребенка определяется по соглашению родителей (ч. 1 ст. 146 СКУ, ч. 2 ст. 58 СК РФ), отчество присваивается по имени отца ребенка (ч. 1 ст. 147 СКУ, ч. 2 ст. 58 СК РФ). Украинское законодательство допускает присвоение двойного имени ребенку (ч. 2 ст. 146 СКУ). Фамилия ребенка определяется фамилией родителей; при разных фамилиях родителей фамилия ребенку присваивается по соглашению родителей (ч. 1 ст. 145 СКУ, ч. 3 ст. 58 СК РФ). В Украине родители, имеющие разные фамилии, могут присвоить ребенку двойную фамилию, созданную путем объединения их фамилий (ч. 2 ст. 145 СКУ). Если отцовство не установлено, имя ребенку дается по указанию матери, отчество присваивается по имени лица, записанного в качестве отца ребенка, фамилия – по фамилии матери (ч. 2 ст. 147 СКУ, ч. 5 ст. 58 СК РФ). Исключения из данных правил устанавливаются только на законодательном уровне. Споры по данным вопросам разрешаются в РФ органом опеки и попечительства, в Украине – органом опеки и попечительства либо судом, исходя из интересов ребенка (ч. 3 ст. 145, ч. 3 ст. 146 СКУ, ч. 4 ст. 58 СК РФ). Отметим, что споры такого рода должны рассматриваться в исковом производстве (а не в особом, как это имеет место на практике), где сторонами по делу будут мать и отец ребенка, а орган опеки и попечительства – третьим лицом, не заявляющим самостоятельные требования.

Следует отличать правомочие ребенка на присвоение имени от правомочия владения именем. Последнее, по мнению некоторых авторов, включает в себя предусмотренную законом возможность физического лица быть носителем соответствующего имени [17, с. 101]. Правомочие же на получение ребенком имени осуществляют от его имени родители или иные, уполномоченные на то действующим законодательством лица.

Вторым правомочием является правомочие на использование собственного имени. С момента получения имени ребенок приобретает возможность пользоваться им для участия в правовых отношениях, то есть возможность приобретать и осуществлять под этим именем права и обязанности (ч. 1 ст. 28 ГКУ, ч. 1 ст. 19 ГК РФ). В Украине право на использование имени регулируется ст. 296 ГКУ. Основополагающим тезисом является то, что физическое лицо имеет право использовать свое имя во всех сферах своей деятельности (ч. 1 ст. 296 ГКУ).

Вопрос о правомочии на использование ребенком собственного имени тесно связан с его право- и дееспособностью.

Важным вопросом, касающимся использования собственного имени, является закрепленная законом возможность лица на транскрибированную запись его фамилии и имени согласно своей национальной традиции (ч. 2 ст. 294 ГКУ). Как справедливо отмечается в литературе, ни один язык или алфавит не приспособлен передавать транскрипцию другого языка или алфавита. Именно поэтому украинский законодатель дает возможность физическому лицу (ребенку) записать свое имя в транскрибированном варианте в соответствии со своей национальной традицией. В случае искажения имени физического лица оно должно быть исправлено. Если искажение имени было осуществлено в документе, такой документ подлежит замене. Если искажение имени осуществлено в средстве массовой информации, оно должно быть исправлено в том же средстве массовой информации (ч. 3 ст. 294 ГКУ). Согласно п. 5 ст. 19 ГК РФ, при искажении имени гражданина либо при использовании имени способами или в форме, которые затрагивают его честь, умаляют достоинство или деловую репутацию, гражданин вправе требовать опровержения, возмещения причиненного ему вреда, а также компенсации морального вреда.

Третьим правомочием является правомочие на изменение (перемену) имени. Его возможно реализовать в следующих случаях: по собственному усмотрению; по желанию родителей (иных законных представителей).

Физическое лицо имеет право по собственному усмотрению изменить свое имя (в Украине – свою фамилию и (или) собственное имя, отчество) в порядке, установленном законом (ч. 1 ст. 295 ГКУ, ч. 2 ст. 19 ГК РФ). В Украине такое правомочие предоставляется лицу, достигшему 16-летнего возраста (ч. 1 ст. 295 ГКУ), в России – 14-летнего (ч. 1 ст. 58 ФЗ «Об актах гражданского состояния»).

В случае если над физическим лицом, достигшим 14 лет, установлено попечительство, изменение фамилии и (или) собственного имени, отчества такого лица осуществляется с согласия попечителя (ч. 2 ст. 295 ГКУ). Физическое лицо, достигшее 14 лет, имеет право изменить свою фамилию и (или) собственное имя, отчество с согласия родителей или одного из них в случае, если другой из родителей умер, признан безвестно отсутствующим, объявлен умершим, признан ограниченно дееспособным, недееспособным, лишен родительских прав в отношении этого ребенка, а также если сведения об отце (матери) ребенка исключены из актовой записи о его рождении или если сведения о мужчине как отце ребенка внесены в актовую запись о его рождении по заявлению матери (ч. 3 ст. 295 ГКУ).

Для случаев, когда изменение (перемена) имени происходит по желанию родителей (иных законных представителей), законодатель счел необходимым предусмотреть две ситуации: когда такое изменение возможно без согласия ребенка и когда согласие ребенка требуется.

К первой ситуации относится следующее. Фамилия, собственное имя и отчество физического лица могут быть изменены в случае его усыновления, признания усыновления недействительным или его отмены в соответствии с законом (ч. 4 ст. 295 ГКУ). В случае

изменения фамилии обоими родителями изменяется фамилия ребенка, не достигшего семи лет (ч. 1 ст. 148 СКУ).

По совместной просьбе родителей до достижения ребенком возраста четырнадцати лет орган опеки и попечительства исходя из интересов ребенка вправе разрешить изменить имя ребенку, а также изменить присвоенную ему фамилию на фамилию другого родителя (ч. 1 ст. 59 СК РФ).

Согласие ребенка, достигшего 10 лет, в РФ требуется во всех остальных случаях (ч. 4 ст. 59 СК РФ). В Украине согласие ребенка, достигшего 7-летнего возраста, требуется в случае изменения фамилии одним (ч. 3 ст. 148 СКУ) или обоими родителями (ч. 2 ст. 148 СКУ).

Изменение имени подлежит регистрации в порядке, установленном для регистрации актов гражданского состояния. Порядок изменения имени ребенка регулируется в Украине ст. 16 Закона Украины «О государственной регистрации актов гражданского состояния», Разделом 4 Правил государственной регистрации актов гражданского состояния [19] и Порядком рассмотрения заявлений об изменении имени (фамилии, собственного имени, отчества) физического лица [20], в России – Главой 7 ФЗ «Об актах гражданского состояния».

Отметим, что украинское законодательство, в отличие от российского, устанавливает основания для отказа в изменении имени, перечень которых является исчерпывающим: пребывание заявителя под следствием, судом, административным надзором; наличие у заявителя судимости, которая не погашена или не снята в установленном законом порядке; официальное обращение правоохранительных органов иностранных государств об объявлении розыска заявителя; предоставление заявителем неправдивых сведений о себе (ч. 6 ст. 295 ГКУ).

В РФ работники органа ЗАГСа, осуществляя свою деятельность, выделяют две причины отказа в перемене имени: «если заявитель находился под следствием, судом, у него имелась судимость; если против перемены фамилии, имени отчества возражали заинтересованные государственные органы» [21, с. 91]. В то же время законодательно не установлено никаких ограничений по частоте и количеству обращений физического лица (ребенка) с заявлением об изменении имени.

В законодательстве РФ закреплена обязанность лица, подающего заявление о перемене имени, наряду с другими сведениями, указать причину перемены имени (ст. 59 ФЗ «Об актах гражданского состояния»).

И, наконец, следует назвать еще одно правомочие, которое входит в субъективное право ребенка на имя. Это правомочие на защиту собственного имени.

Поскольку имя идентифицирует ребенка в обществе, оно неразрывно связано с такими принадлежащими ему нематериальными благами, как честь и достоинство. На данный аспект обращал свое внимание еще А. А. Агарков, указывая, что «нельзя отрицать близость этих двух институтов (имя и честь – прим. авт.), так как и тот и другой стремится оградить личность и ее достоинство» [1, с. 144]. Согласимся также с мнением этого авторитетного ученого о том, что поскольку право на имя не является монополией частного права, нарушения права на имя могут быть сведены к двум группам: непризнание имени и неправомерное его употребление [1, с. 147].

Поскольку право на имя носит абсолютный характер, постольку всякий препятствующий управомоченному лицу носить его имя является нарушителем. При этом необходимо, чтобы имело место нарушение интереса, причинение ущерба (имущественного либо морального). Данное положение подтверждается и законодательно.

Так, защита этого важнейшего личного права в РФ осуществляется, согласно ч. 5 ст. 19 ГК РФ, с помощью норм о возмещении вреда: «Вред, причиненный гражданину в результате нарушения его права на имя или псевдоним, подлежит возмещению в соответствии с настоящим Кодексом. При искажении имени гражданина либо при использовании имени способами или в форме, которые затрагивают его честь, умаляют

достоинство или деловую репутацию, гражданин вправе требовать опровержения, возмещения причиненного ему вреда, а также компенсации морального вреда». В Украине положения о защите права на имя от его искажения, как уже отмечалось выше, закреплены в ч. 3 ст. 294 ГКУ.

Особенностью охраны права на имя является также то, что другие лица могут правомерно использовать имя управомоченного лица, если они обладают тем же именем либо если они таким использованием не причиняют управомоченному лицу ущерб. Законодатель предусмотрел несколько случаев, при которых использование имени лица без его согласия также является правомерным. В частности, использование имени физического лица с целью освещения его деятельности или деятельности организации, в которой оно работает либо учится, что основывается на соответствующих документах (отчеты, стенограммы, протоколы, аудио-, видеозаписи, архивные материалы и т.п.), допускается без его согласия (ч. 3 ст. 296 ГКУ).

Формы и способы защиты права на имя зависят от способа нарушения этого права. Законодательно предусмотрены формы внесудебной (самозащита) и судебной защиты права на имя.

При этом правомочие на защиту своего имени ребенок может реализовать как с помощью своих законных представителей либо иных уполномоченных на то органов, так и самостоятельно (в установленных законом случаях). Такой вывод вытекает из содержания норм семейного законодательства обеих стран (ст. 154 СКУ, ч. 1 ст. 56 СК РФ).

Выводы и предложения. Учитывая вышеизложенное, можно констатировать, что право ребенка на имя является самостоятельным субъективным личным неимущественным правом, в содержание которого входят правомочия на получение имени, изменение (перемену) имени, использование и защиту имени.

По законодательству Украины и РФ, реализация указанных правомочий возможна самим носителем данного права – ребенком только в случаях, прямо предусмотренных действующим законодательством. В остальном данные правомочия подлежат реализации родителями ребенка (иными законными представителями, либо уполномоченными на то органами) в соответствии с интересами последнего.

Необходимо обратить внимание на то, что закон наделяет ребенка правом подачи заявления о перемене имени только по достижении им определенного возраста (16 лет – в Украине, 14 лет – в России). Украинскому законодателю следовало бы изменить такой подход на «привязку» к объему гражданской дееспособности несовершеннолетних, когда по достижении 14 лет ребенку предоставлено право совершения юридически значимых действий с согласия законных представителей.

Список использованной литературы:

1. Агарков М.М. Право на имя Сб. статей по гражданскому и торговому праву. Памяти профессора Г.Ф. Шершеневича. М.: Статут, 2005. С. 136–162.
2. Конвенція про права дитини: Конвенція ООН від 20.11.1989 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021#Text (дата звернення: 23.04.2021).
3. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-4#Text> (дата звернення: 23.04.2021).
4. Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч. 1, 2, 3, 4. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/ (дата обращения: 23.04.2021).
5. Декларация прав дитини: резолюція ООН від 20.11.1959 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_384#Text (дата звернення: 23.04.2021).
6. Сімейний кодекс України: Закон України від 10.01.2002 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text> (дата звернення: 23.04.2021).
7. Семейный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон РФ от 29.12.1995 г. Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 1. Ст. 16.
8. Стефанчук Р.О. Право на ім'я. *Університетські наукові записки*. 2005. № 1–2 (13–14). С. 83–97.
9. Гражданское право [в 2 т.]: учебник / отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: БЕК, 2000. Т. I. 816 с.

10. Беспалов Ю. Ф. Теоретические и практические проблемы реализации семейных прав ребенка в Российской Федерации: автореф. дис. ... докт. юрид. наук.: 12. 00.03. Саратов, 2002. 44 с.
11. Красавчиков О. А. Охрана интересов личности и свод законов Советского государства: межвуз. сб. науч. тр. Вып. 53: Гражданско-правовая охрана интересов личности в СССР. Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1977. С. 5–33.
12. Сергеев А. П. Право на защиту репутации. Л.: Знание, 1989. 31 с.
13. Апринич М. Л. Проблемы гражданско-правового регулирования личных неимущественных отношений, не связанных с имущественными: автореф. дис. ... канд. юрид. наук.: 12.00.03. СПб, 2001. 24 с.
14. Про державну реєстрацію актів цивільного стану: Закон України від 01.07.2010 р. № 2398-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2398-17#Text> (дата звернення: 23.04.2021).
15. Порядок присвоєння прізвища, імені, по батькові дитині при державній реєстрації народження: роз'яснення Міністерства юстиції України від 29.06.2011 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/n0045323-11> (дата звернення: 23.04.2021).
16. Об актах гражданского состояния: Федеральный закон РФ от 15.11.1997 г. URL: <http://base.garant.ru> (дата обращения: 23.04.2021).
17. Воронова О. В. Право на ім'я людини як засіб індивідуалізації фізичної особи. *Держава та регіони*. Сер.: Право. 2012. № 1. С. 100–105.
18. Волосевич І. Явище мовної поліфонії в літературі і свідомості. 2004. Ч. 35. URL: <http://www.ji.lviv.ua/n35texts/volosevych.htm> (дата звернення: 23.04.2021).
19. Про затвердження Правил державної реєстрації актів цивільного стану в Україні: наказ Міністерства юстиції України № 52/5 від 18.10.2000 року URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0719-00#Text> (дата звернення: 23.04.2021).
20. Про затвердження Порядку розгляду заяв про зміну імені (прізвища, власного імені, по батькові) фізичної особи: постановою Кабінету Міністрів України від 11.07.2007 року № 915 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/915-2007-%D0%BF#Text> (дата звернення: 23.04.2021).
21. Желтышева О. Н. Реализация права гражданина на перемену имени и порядок ее государственной регистрации. Органы ЗАГС Прикамья: региональный опыт реализации федеральных полномочий: сб. материалов краевой науч.-практ. конф., посвящ. 90-летию органов ЗАГС (Пермь, декабрь 2007 г.). Комитет ЗАГС Пермского края; Зап.-Урал. ин-т экономики и права; сост. и отв. ред. проф. А. И. Исаченкова. Пермь, 2007. С. 89–98.

References

1. Agarkov M. M. (2005) Right to a name. Sb. statey po grazhdanskomu i tovgovomu pravu. Pamyati professora G. F. Shershenevicha. M.: Statut, 136–162 [in Russian].
2. Convention on the Rights of the Child: UN Convention (1989 November 20) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021#Text [in Ukrainian].
3. Civil Code of Ukraine № 435-IV (2003 January 16). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> [in Ukrainian].
4. Civil Code of the Russian Federation. Part 1, 2, 3, 4. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/ [in Russian].
5. Declaration of the child's rights: UN resolution (1959 November 20) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_384#Text [in Ukrainian].
6. Family Code of Ukraine № 2947-III (2002 January 10). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text> [in Ukrainian].
7. Family Code of the Russian Federation: (1995 December 29) Sobraniye zakonodatel'stva Rossiyskoy Federatsii. 1996. № 1. St. 16 [in Russian].
8. Stefanchuk R. O. (2005) The right to a name. University scientific notes. № 1–2 (13–14). P. 83–97. [in Ukrainian].
9. Sukhanov. E.A.(2000). Civil law (Vol.2) M.: BEK. [in Russian].
10. Беспалов Ю. Ф. (2002). Theoretical and practical problems of the implementation of the child's family rights in the Russian Federation. Extended abstract of candidate's thesis, Saratov. [in Russian].
11. Krasavchikov O. A. (1977). Protection of interests of the individual and the code of laws of the Soviet state. Civil protection of the interests of the individual in the USSR. Sverdlovsk: Izd-vo Sverdl. yurid. in-ta, 53, 5–33. [in Russian].
12. Sergeev A. P. (1989). The right to protection of reputation. L.: Znaniye. [in Russian].
13. Apranich M. L. (2001) Problems of civil legal regulation of personal non-property relations, not related to property: Extended abstract of candidate's thesis. SPb. [in Russian].
14. Law of Ukraine on state registration of acts of civil status № 2398-VI (2010 July 01) URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2398-17#Text> [in Ukrainian].
15. Explanation of the Ministry of Justice Procedure for assigning a surname, name, patronymic to a child at state registration of birth (2011 June 29) URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/n0045323-11> [in Ukrainian].

16. Federal Law of the Russian Federation On acts of civil status: (1997 November 15). URL: <http://base.garant.ru> [in Russian].
17. Voronova O. V. (2012). The right to a human name as a means of individualization of an individual. Derzhava ta rehiony. Ser.: Pravo, 1, 100–105. [in Ukrainian].
18. Volosevich I. (2004). The phenomenon of speech polyphony in literature and consciousness. URL: <http://www.ji.lviv.ua/n35texts/volosevych.htm> [in Ukrainian].
19. Order of the Ministry of Justice On approval of the Rules of state registration of civil status acts in Ukraine № 52/5 (2000 October 18) URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0719-00#Text> [in Ukrainian].
20. Resolution of the Cabinet of Ministers On approval of the Procedure for consideration of applications for change of name (surname, first name, patronymic) of a natural person № 915, (2007 July 11). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/915-2007-%D0%BF#Text> [in Ukrainian].
21. Zheltysheva O. N. (2007). Realization of a citizen's right to change his name and the procedure for its state registration. Komitet ZAGS Permskogo kraja; Zap.-Ural. in-t ekonomiki i prava, Perm, 89–98. [in Russian].

Статья поступила 11.05.2021 г.

К. М. Гусейнова, викладач
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
Кафедра цивільно-правових дисциплін
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна
e-mail: klueva_katerina@ukr.net

ЗМІСТ, ЗДІЙСНЕННЯ ТА ЗАХИСТ ПРАВА ДИТИНИ НА ІМ'Я (ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ)

Резюме

Автором проаналізовано відповідні положення чинного цивільного та сімейного законодавства України та Російської Федерації, з'ясовано точки зору вчених-правознавців щодо питань, які становлять предмет дослідження, внесено пропозиції з удосконалення правового регулювання суспільних відносин, пов'язаних із здійсненням та захистом права дитини на ім'я, в Україні.

Обґрунтовано висновок, що право дитини на ім'я є самостійним суб'єктивним особистим немайновим правом, до змісту якого входять правомочності на отримання імені, зміну (заміну) імені, використання і захист імені.

За законодавством України та Російської Федерації реалізація вказаних правомочностей можлива самим носієм даного права – дитиною лише у випадках, прямо передбачених чинним законодавством. В інших випадках дані правомочності підлягають реалізації батьками дитини (іншими законними представниками, або уповноваженими на те органами) згідно з інтересами останньої.

Звертається увага на те, що закон наділяє дитину правом на подання заяви про зміну (заміну) імені лише з певного віку (16 років – в Україні, 14 років – в Російській Федерації). Українському законодавцеві пропонується змінити такий підхід на «прив'язку» до обсягу цивільної дієздатності неповнолітніх, коли з досягненням 14 років дитині надано право вчинення юридично значущих дій за згодою законних представників.

Ключові слова: особисте немайнове право, право дитини на ім'я, зміст права дитини на ім'я, здійснення права дитини на ім'я, захист права дитини на ім'я.

K. M. Huseynova, Lecturer
Odessa I. I. Mechnikov National University
The Department of Civil Law Disciplines
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine
e-mail: klueva_katerina@ukr.net

CONTENT, IMPLEMENTATION AND PROTECTION OF A CHILD'S RIGHT TO A NAME (ACCORDING TO LEGISLATION OF UKRAINE AND THE RUSSIAN FEDERATION)

Summary

The purpose of this article is to determine the characteristics of the content, implementation and protection of a child's right to a name in accordance with the legislation of Ukraine and the Russian Federation.

The author analyzed the relevant provisions of the current civil and family legislation of Ukraine and the Russian Federation, established the points of view of legal scholars on the issues that make up the subject of the study, made proposals to improve the legal regulation of public relations related to the implementation and protection of a child's right to a name in Ukraine.

The conclusion is justified that the child's right to a name is an independent subjective personal non-property right, the content of which includes the right to receive a name, change (replace) the name, use and protection of the name.

According to the legislation of Ukraine and the Russian Federation, the realization of these rights is possible by the holder of this right himself – the child only in cases expressly provided for by the current legislation. In other cases, these powers shall be exercised by the parents of the child (other legal representatives or authorized bodies) in the interests of the last.

Attention is drawn to the fact that the law gives the child the right to submit an application to change (replace) the name only from a certain age (16 years in Ukraine, 14 years in the Russian Federation). It is proposed that the Ukrainian legislator change this approach to “linking” to the volume of civil legal capacity of minors, when with reaching the age of 14, the child is granted the right to perform legally significant actions with the consent of legal representatives.

Keywords: personal non-property right, child's right to name, content of child's right to name, realization of child's right to name, protection of child's right to name.

УДК 347.9

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2021.42.232417>

С. В. Дяченко, адвокат, канд. юрид. наук, доцент
Університет державної фіскальної служби України
Кафедра цивільного права та процесу
вул. Університетська, 31, Ірпінь, Київська обл., 08200, Україна
e-mail: sv_dyachenko@ukr.net
ORCID: 0000-0002-0104-2769

В. Р. Шевчук, студентка 3 курсу, спеціальності «Право»
Університет державної фіскальної служби України
Кафедра цивільного права та процесу
вул. Університетська, 31, Ірпінь, Київська обл., 08200, Україна
e-mail: v.shevchuk33@ukr.net

ЕЛЕКТРОННІ ЗАСОБИ ДОКАЗУВАННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Дана стаття присвячена дослідженню електронних засобів доказування у цивільному процесі. Тема електронних засобів доказування у цивільному процесі ще досі є актуальною, оскільки повною мірою не вирішено проблемні питання щодо їх застосування під час судового розгляду та не виокремлено особливості по відношенню до інших країн. Саме тому в даній статті проаналізовано теоретичні та практичні аспекти закріплення електронних доказів в цивільному судочинстві України та зарубіжних країнах. Зокрема виокремлено основні відмінності в процесуальному законодавстві щодо визначення поняття електронних доказів, використання оригіналу електронного документу та його копії, роль кваліфікованого електронного підпису для посвідчення останньої. Окреслено проблемні питання у використанні електронних доказів у цивільному судочинстві та наведено авторські шляхи удосконалення електронних доказів шляхом запозичення передового досвіду інших країн. Оцінено можливість впровадження у цивільний процес методів форензики для встановлення достовірності наданих електронних доказів та застосування системи блокчейн з метою унеможливити їх знищення.

Ключові слова: доказування, електронний доказ, засоби доказування, електронний документ, електронний підпис, цивільний процес.

Постановка проблеми. Двадцять перше століття є періодом широкого запровадження та використання різних інноваційних технологій, електронних способів комунікації і мережі Інтернет у буденному житті, зокрема це стосується і цивільного процесу. Використання Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи, можливість подання позовних заяв, клопотань онлайн, участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції – все це стає звичайною справою для більшої частини суспільства. Тому, зважаючи на суцільну комп'ютеризацію та інформатизацію, дієве використання здобутків науково-технічного прогресу стало нагальним питанням у судочинстві. Так у 2017 році змінами до цивільного законодавства було розширено категорію доказів, внаслідок запровадження досить нового поняття «електронного доказу». Впровадження цього правового інституту було необхідністю, оскільки наразі це один із основних інструментів для реалізації права на захист фізичних та юридичних осіб.

Актуальність дослідження обумовлюється тим, що на сучасному етапі під час стрімкого розвитку та удосконалення електронних засобів комунікації та носіїв інформації, питання електронних доказів набуває нового значення, що зумовлює виникнення нових теоретичних та практичних проблем при їх застосуванні, тому порівняльний аналіз законодавчого закріплення та практики застосування даної теми в цивільному судочинстві зарубіжних країн та України дасть можливість виокремлення подальших шляхів модернізації електронних засобів доказування загалом.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Тема електронних засобів доказування у цивільному процесі останнім часом досліджувалась багатьма видатними вітчизняними та зарубіжні науковцями, зокрема свої праці присвятили О.І. Антонюк, О. Гусєєв, А.Ю. Каламайка, В.С. Петренко, І.І. Демчишин, О.С. Чорний та інші.

Методологічною основою нашого дослідження стали праці Д.М. Цехан, А.О. Воронюк, М.В. Пушкар, С.М. Гетманцев, С.А. Чванкіна, Р.В. Пожоджук тощо.

Метою статті є дослідження питань електронних засобів доказування у цивільному процесі України та зарубіжних країн, проблематики застосування, а також визначення можливих шляхів удосконалення.

Виклад основного матеріалу. Говорячи про поняття «електронних доказів», зауважимо, що раніше в українському судочинстві використовували поняття «електронний документ», зміст якого закріплено в Законі України від 2003 року «Про електронні документи та електронний документообіг». Згідно цього Закону електронним документом є відповідний документ, який містить інформацію у вигляді електронних даних та який включає обов'язкові реквізити для документа [1]. А вже після судової реформи у процесі почали застосовувати категорію електронних доказів.

Визначення електронних доказів міститься в статті 100 Цивільного процесуального кодексу України, відповідно до якої під ними потрібно розуміти інформацію про обставини, що мають важливе значення для справи та яка закріплена електронними (цифровими) засобами. Така ж сама норма закріплена в процесуальних кодексах, зокрема у Кодексі адміністративного судочинства та Господарському процесуальному кодексі України. Дане положення також закріплює перелік даних, які будуть вважатися електронними доказами, та що може вважатися їх носіями [2].

Електронні докази можна систематизувати по різному, але поділ закріплений в статті 100 ЦПК України є загальноприйнятим, і відповідно до нього вони класифікуються на електронні документи, веб-сайти, повідомлення у формі текстових, мультимедійних та голосових даних, бази даних та інша інформація в електронній формі [2; 3].

Думки вчених та науковців щодо даної регламентації електронних доказів є різними, одні зазначають доцільність та правильність закріплення законодавцем даного інституту, а інші вважають його не зовсім коректним.

Зокрема Д.М. Цехан у своїх дослідженнях зазначає, що беручи до уваги сучасні концептуальні підходи до систематизації доказів, цифрова інформація як електронний доказ не може виступати різновидом, а повинна бути виділена в окрему категорію, оскільки її унікальні ознаки дають можливість виокремити єдине поняття «цифрового доказу», під яким він виокремлює реальні дані, які мають цифрову форму, збережену на типовому носії, та які після обробки ЕОМ є сприйнятими для людини, на основі яких встановлюються важливі для доказування певні факти та обставини [4, с. 259]. А.О. Воронюк вважає, що закріплення такого визначення у Цивільному процесуальному кодексі є передовим та важливим, так як, зважаючи на стрімкий розвиток технологій, законодавцем наданий широкий перелік електронних доказів та джерел їх закріплення, що зумовлює можливість використання нових інноваційних електронних доказів під час цивільного судочинства [5, с. 12].

При дослідженні електронних доказів як правової категорії в цивільному судочинстві, особливої уваги потребує прогресивний досвід зарубіжних країн, оскільки на основі цього можна дійти висновків щодо відмінностей та ймовірних шляхів удосконалення наявної системи закріплення електронних доказів в вітчизняному законодавстві.

Так на противагу Україні, у більшості європейських країнах немає окремого визначення даного поняття, оскільки тлумачення електронних доказів відбувається за рахунок широкого змісту такої категорії як докази. Наприклад, у статті 1347 Цивільного кодексу Франції закріплено, що письмовими доказами являється певна послідовність літер, символів, фігур чи інших знаків, які наділені сенсом, незважаючи на форму, де вони закріплені чи передані. А у іспанському законодавстві під час судового процесу дозволено використовувати будь-які види доказів, зокрема і механічні засоби відтворення слів, зо-

бражень та звуків [6]. У цивільному процесуальному законодавстві Російської Федерації не наявне окреме поняття електронних доказів, лише прослідковується згадка про документи, що одержані шляхом електронного зв'язку та які є різновидом письмових доказів.

Як бачимо, вітчизняні вчені хочуть більш детально систематизувати електронні засоби доказування, хоча якщо брати до уваги досвід інших країн, то там відбувається пояснення даних доказів, виходячи із загальної категорії доказів. Це є досить позитивним, оскільки у разі появи нових видів електронних доказів, не потрібно буде вносити зміни до законодавства, оскільки наявне визначення вже буде включати в себе їх зміст.

Також якщо порівнювати закріплення поняття електронних доказів, то можна побачити суттєві відмінності, що зумовлено, по-перше, різною формалізованістю процесуального законодавства, а, по-друге, ставленням судді до електронних доказів. В Україні при поданні доказів суддя досить прискіпливо ставиться до таких питань, як оформлення доказів, їх носій, достовірність та допустимість, а за кордоном можна спостерігати ситуацію протилежну, тобто законодавчі положення зарубіжних країн надають можливість більш ширшої оцінки доказів. Ми вбачаємо в цьому свої плюси і мінуси, оскільки в Україні історично склалась ситуація чіткого закріплення та дотримання процесуальних норм, від яких не можна відходити, що в свою чергу ставить в певні рамки зокрема і подання доказів. Тому у разі імплементації досвіду зарубіжних країн потрібно виходити із можливостей вітчизняного законодавства це ефективно реалізувати.

Якщо говорити про можливість запозичення досвіду інших країн у питанні електронних засобів доказування, то вважаємо за можливе звертатися до США як однієї із провідних країн із стійким законодавством, хорошою розбудовою бази доказування та швидким науково-технічним прогресом. Але при цьому потрібно брати до уваги те, що Україна та США належать до різних правових систем з відмінними принципами функціонування. Хоча в будь-якому випадку доцільним буде робити поступові кроки щодо простішого закріплення та сприйняття електронних доказів, оскільки в майбутньому із вітчизняною законодавчою базою буде досить складно застосовувати в судочинстві нові інноваційні докази, які беззаперечно з'являться з розвитком нових технологій.

Також на сьогодні в цивільному процесі виникає багато проблем щодо з'ясування питань, які електронні докази будуть вважатися оригіналом, а які його копією. Цивільним процесуальним кодексом України у статті 100 передбачається особливий порядок подання електронних доказів, відповідно до якої дані докази подаються або оригіналом або електронною копією. У випадку останньої має бути наявний електронний цифровий підпис, який прирівнюється до підпису, здійсненого особисто згідно Закону України «Про електронний цифровий підпис». Але проблема виникає в тому, що з 7 листопада 2018 року набрав чинності Закон України «Про електронні довірчі послуги», яким вводиться зовсім нове поняття замість електронного цифрового підпису – кваліфікований електронний підпис.

Закон України «Про електронний цифровий підпис» втратив чинності на підставі зазначеного закону, а використання електронного цифрового підпису можливе тільки протягом двох років з дня набрання чинності нового Закону, до 7 листопада 2020 року. В зазначений період також відбувається перехід до нових електронних підписів, які характеризуються своєю зручністю та простотою у використанні, а також можливістю масового застосування. Постанова Кабінету Міністрів України «Про реалізацію експериментального проєкту щодо забезпечення можливості використання удосконалених електронних підписів і печаток, які базуються на кваліфікованих сертифікатах відкритих ключів» від 03 березня 2020 року № 193 визначає, що модернізованими електронними підписами, базою яких є кваліфіковані сертифікати відкритих ключів, мають право користуватися учасники довірчих послуг – фізичні та юридичні особи, їх представники, – з метою вступити в електронну взаємодію чи провести електронну ідентифікацію, але у випадку коли це передбачено законодавчими положеннями [7].

Відкритим залишається питання, що цивільно-правова норма про засвідченість електронних доказів відповідно до Закону України «Про електронний цифровий підпис» ще

досі не змінена, тобто, виходячи із зазначеного, вказані докази мають посвідчуватись до законодавчого акту, який не діє. Зауважимо, що наявну колізію в праві потрібно усунути, оскільки незрозумілим залишається, якими нормами потрібно керуватись, тому пропонуємо внести зміни до наявних процесуальних положень, а саме визначити у статті 100 Цивільного процесуального кодексу України, що електронна копія має засвідчуватись кваліфікованим електронним підписом, який здійснюється згідно до Закону України «Про довірчі послуги». Це значно спростить розуміння положення про порядок подання електронної копії, і збільшить в загальному прийнятті електронних доказів в суді.

Як вже зазначалось, в суді можуть виникати ситуації, при яких замість оригіналу надається копія електронного документа, внаслідок чого ставиться під сумнів її достовірність та відповідність, що призводить до не врахування судом даних засобів доказування. Тобто виникають певні труднощі на рахунок оцінки допустимості судом наданих доказів [8]. Науковцями пропонується вирішення даної проблеми шляхом застосування положення статті 85 ЦПК України, тобто огляд доказів, які неможливо надати в суді, за їх місцезнаходженням. В теоретичному аспекті сам порядок аналізу таких електронних засобів доказування від письмових чи речових особливо не має відмінностей, але якщо розглядати з практичної точки зору, то можна побачити ряд труднощів, зокрема у випадку коли зміст електронних доказів знаходиться на інтернет-ресурсі. Адже чинним процесуальним законодавством не регламентується, до прикладу місцезнаходження веб-сайту, який буде застосовуватись як доказ [9].

Щодо застосування соціальних мереж як електронних доказів, то судова практика є теж суперечливою, наприклад, Постановою Верховного Суду від 27.11.2019 р. у справі № 667/266/15 було встановлено, що якщо справа стосується оспорювання автора контенту в мережі Facebook, то, зважаючи на можливість реєстрації сторінки під будь-яким іменем, а також що досить складно, а інколи неможливо, з'ясувати достовірність зареєстрованої особи, тому скріншоти із змістовним зображенням таких сторінок не можуть надаватися в суді [10].

В даному випадку пропонуємо запровадити застосування модифікованої форму фorenзiки, або ще по-іншому комп'ютерної криміналістики, яка буде застосовуватись у разі необхідності. Адже як і у кримінальному, так і в цивільному процесі потрібно встановити, що доменне ім'я належить саме цій особі. В загальному під фorenзiкою слід розуміти діяльність, яка займається виявленням інформаційних злочинів. В цивільному процесі її можна застосувати для встановлення достовірності електронних доказів, наприклад, належності соціальної сторінки саме цій особі, чи електронне повідомлення відправлене з комп'ютера, який є власністю учасника справи тощо. Цей напрям, вважаємо, є перспективним, але в Україні не досить розвиненим, тому запровадження методів фorenзiки в цивільне судочинство вбачаємо гарною можливістю для розбудови судової структури взагалі.

Якщо розглядати умови прийняття електронних доказів в інших країнах, то досліджуючи це питання у Великій Британії, можна стверджувати про наявність ряду факторів при дотриманні яких дані докази будуть вважатись достовірними та автентичними. Зокрема, обов'язковою умовою прийняття, є те що електронний документ має бути одержано тоді, коли пристрій, за допомогою якого одержано даний доказ, використовується для здійснення якогось різновиду діяльності, він перебуває в нормальному стані, а кінцеві висновки повинні здійснюватися відповідно до даних, проаналізованих цим комп'ютером [11]. В свою чергу Федеративна Республіка Німеччина головними вимогами електронних документів вважає можливість багаторазового та довготривалого доступу до документа, тобто він має бути збережений таким способом, який дасть змогу у разі необхідності звертатися до нього. Ще одною умовою, встановленою законодавством, вважається наявність кваліфікованого електронного підпису, хоча це не впливає на допустимість застосування доказів у цивільному процесі цієї держави. Порівнюючи законодавство України та Німеччини, зауважимо, що у нас це є обов'язковою умовою, а там це визначається засадою вільної оцінки доказів, відповідно до якої їм наданий особливий статус у процесі – засвідчені електронним підписом електронні документи

відносяться до письмових доказів, а у разі його відсутності, то перекваліфікуються до різновиду речових доказів.

Досліджуючи важливість електронного підпису у цивільному судочинстві Греції, показовим прикладом є випадок у судовій практиці, коли суд першої інстанції підтвердив, що адреса електронної пошти, з якої відправлене повідомлення, відповідаючи загальним ознакам підпису – можливість ідентифікації сторони, яка підписувала повідомлення, та неповторність взаємозв'язку, наявного між підписувачем і його адресою електронної пошти, – може визначатися як електронний варіант власноручного підпису. А у США еквівалентом електронного підпису можуть розглядатися різні складові, які містяться в електронному документі та певною мірою пов'язані із адресантом цього документа [12].

На відміну від вищезазначеного, в Україні доволі цікава судова практика з цього питання. Так, у рішенні Дніпровського районного суду м. Києва від 23.07.2020 № 755/9179/19, суд критично поставився до наданої роздруковки електронної переписки відповідачем, яка підтверджувала договірні зобов'язання між сторонами, оскільки у змісті цієї переписки часто була використана функція «Цитований текст скритий», що, зважаючи на принципи повноти та достовірності в цивільному судочинстві, було сприйнято судом досить негативно. Адже було незрозумілим чим керувався відповідач при використанні цієї функції, з якою метою було скрито елементи переписки та що зумовило потребу в його приховуванні [13].

Наведений приклад потрібно розглядати з двох аспектів: це якщо дана функція застосовується для закриття приватної інформації, яку особа не хоче розголошувати, зважаючи на конституційне право на приватне життя та таємницю кореспонденції, або якщо особа просто умисно приховує інформацію, оскільки розуміє, що вона не на її користь. В обох випадках сторона має навести аргументи, які були б важливими та задовільними для судді. При використанні таких електронних засобів доказування потрібно бути максимально обережним, оскільки як самостійний доказ навряд чи він буде серйозно сприйнятий у цивільному процесі, тому краще використовувати їх у взаємозв'язку з іншими доказами, які б повноцінно доповнювали один одного. В такому випадку буде більша ймовірність позитивного результату доказової бази.

Через неналежне оформлення електронних засобів доказування трапляються випадки, коли суд відхиляє надані докази. До прикладу Велика Палата Верховного Суду 14 лютого 2019 року, переглядаючи рішення по справі № 9901/43/19, встановила, що головним реквізитом в електронному доказі є електронний цифровий підпис, а в разі його відсутності немає підстав, щоб вважати його оригінальним і як наслідок допустимим [14]. А у справі Красногвардійського районного суду м. Дніпропетровська від 30 січня 2018 року № 204/40/18 визначено, що у випадку подання копії електронного доказу, сторона повинна оформляти її належно, зокрема фотокартки розмішувати на окремому аркуші А4, зазначаючи при цьому порядковий номер та додаючи відповідні пояснення щодо місця, події та часу [15].

Електронні докази в цивільному процесі мають подаватися та застосовуватися відповідно до головних принципів здійснення цивільного судочинства, а саме верховенства права, за допомогою якого забезпечується належний захист прав та законних інтересів кожної особи [16].

До негативних аспектів застосування електронних доказів у цивільному судочинстві можна виокремити, по-перше, наявність проблем із збереженням електронних даних, так як бувають різні обставини із їх пошкодженням, наприклад, ймовірність проникнення вірусу в систему чи функція зберігання належним чином не спрацювала; по-друге, потреба в постійному захисті таких даних від внесення змін іншими особами.

Для вирішення цієї проблеми одним із напрямків удосконалення ми вбачаємо розбудову системи блокчейна, тобто технології, яка забезпечує високий ступінь обліку та ідентифікації інформації, надає можливість користувачам поширювати дані в мережі, а також працювати у цій системі одразу декільком користувачам, зафіксувавши кожну проведену транзакцію. Наприклад, якщо у цій системі працюють декілька користувачів, то кожну

проведену операцію з документами буде можна побачити та відслідкувати, що в свою чергу зумовить можливість легко надати електронний документ як доказ у цивільному процесі. Цей спосіб електронного документообігу являється прогресивним та вже застосовується багатьма країнами, адже він зумовлює довіру до достовірності та правдивості електронних даних. Але в першу чергу, потрібно розуміти, що розбудова таких технологій має відбуватись на відповідній правовій базі, оскільки не можливо ефективно та з подальшим успіхом її використовувати, якщо законодавчо це буде не врегульовано.

Висновки і пропозиції. Отже, на основі викладеного, можна стверджувати, що зарубіжне законодавство та практика застосування щодо електронних засобів доказування є більш простішим, ніж в Україні. Звичайно, в кожній країні наявні своя специфіка щодо урегулювання даного питання, але більшості із них притаманна загальна тенденція спрощеної процедури визнання допустимості електронних доказів під час судового процесу. За кордоном для суддів є прийнятним застосування принципу вільної оцінки доказів, в тому числі електронних, не дивлячись на наявність на них електронного підпису чи певних реквізитів. В Україні можна побачити зовсім відмінну практику, що зумовлено в першу чергу недосконалим законодавчим закріпленням подання електронних засобів доказування в суді. Також, зважаючи на швидкий технічний прогрес, потрібно готуватись до появи нових видів електронних доказів, їх носіїв.

Тому першочерговим завданням є більш детальне урегулювання подання електронних засобів доказування у цивільному процесі, що включає в себе усунення зазначених колізій та протиріч між законодавчими нормами, а також впровадження передового досвіду, який полегшить їх подання. Адже пересічній людині важко розібратися в тій кількості наявних термінів, якими потрібно оперуватися для подання електронних доказів. Зауважимо, що запозичуючи міжнародну практику з приводу регламентації електронних доказів у цивільному процесі, можна уникнути багатьох проблем, а також пришвидшити судовий розгляд справ та зробити його більш адаптованим.

Список використаної літератури

1. Про електронні документи та електронний документообіг: Закон України від 22.05.2003 року. № 851–15. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/851-15#Text>.
2. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>.
3. Марчак А. Т., Дяченко С. В. Електронні докази в цивільному процесі: проблеми застосування на практиці. *Актуальні проблеми приватного права*: матеріали Всеукраїнської науково-практичної інтернет-конференції (м. Ірпінь, 11 жовтня 2019 р.). Ірпінь: Університет державної фіскальної служби України, 2019. С. 59–60.
4. Цехан Д. М. Цифрові докази: поняття, особливості та місце у системі доказування. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція»*. 2013. № 5. С. 256–260.
5. Воронюк О. Електронні докази: що вважати оригіналом а що – копією? *Закон і Бізнес*. 2017. № 45 (1343). С. 12. URL: https://zib.com.ua/ua/130967-elektronni_dokazi_scho_vvazhati_originalom_a_scho_kopiyu.html.
6. Марчак А. Т., Дяченко С. В. Застосування електронних доказів в цивільному процесі. *Юридичний бюлетень*. 2019. Випуск 10. С. 81–86. DOI <https://doi.org/10.32850/2414-4207.2019-10.11>.
7. Про реалізацію експериментального проєкту щодо забезпечення можливості використання удосконалених електронних підписів і печаток, які базуються на кваліфікованих сертифікатах відкритих ключів: Постанова КМУ від 03.04.2020 р. № 193. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/193-2020-%D0%BF#Text>.
8. Дяченко С. В. Цивільний процес України: практикум. Ірпінь: УДФСУ. 2016. С. 129.
9. Гетманцев М. Електронні докази в цивільному процесі: практика застосування новел законодавства. *Підприємництво, господарство і право*. Цивільне право і процес. 2019. Випуск 2. С. 111–114.
10. Постанова Верховного Суду від 27.11.2019 р. № 667/266/15. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86207417>.
11. Зозуля Н. Електронні докази за кордоном: практика застосування. *Українське право*. 2018. URL: <https://ukrainepravo.com/scientific-thought/naukova-dumka/elektronni-dokazy-za-kordonom-praktyka-zastosuvannya>.
12. Перникоза Д. Електронні докази – норма для українського судочинства, але є нюанси. URL: <https://vkr.ua/publication/elektronni-dokazi-norma-dlya-ukrayinskogo-sudochinstva-ale-ie-nyuansi>.

13. Рішення Дніпровського районного суду м. Києва від 23.07.2020 № 755/9179/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90507435>.
14. Ухвала Великої Палати Верховного Суду від 14.02.2019 р. № 9901/43/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79883385>
15. Ухвала Красногвардійського районного суду м. Дніпропетровська від 30.01.2018 р. № 204/40/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/71799720>.
16. Цісар Г. І., Дяченко С. В. Реалізація принципу верховенства права через призму електронного судочинства: теоретичні та практичні підходи. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2018. № 6. С. 111–113.

References

1. Law of Ukraine on the electronic documents and electronic documents circulation № 851–15. (2003, May 22). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/851-15#Text> [in Ukrainian].
2. Civil procedure Code of Ukraine: Law in Ukraine. № 1618-IV. (2004, March 18). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> [in Ukrainian].
3. Marchak A. T., Diachenko S. V. (2019). Electronic evidence in a civil procedure: problems of application in practice. Current issues of private law: Proceedings of the All- Ukrainian Scientific and Practical Conference. (pp. 59–60). Irpin: University of the State Fiscal Service of Ukraine [in Ukrainian].
4. Tsekhan D. (2013). Digital evidence: concepts, characteristics and place in the proof system. *Naukovyi visnyk Mizhnarodnoho humanitarnoho universytetu. Seriya «Yurysprudentsiia»*, 5 [in Ukrainian].
5. Voroniuk O. (2017). What is original of in electronic evidence and what – a copy? *Zakon i Biznes*. № 45 (1343). URL: https://zib.com.ua/ua/130967-elektronni_dokazi_scho_vvazhati_originalom_a_scho_kopieyu.html [in Ukrainian].
6. Marchak A. T., Diachenko S. V. (2019). The application of electronic evidence in a civil process. *Yurydychny biuletен*, 10 [in Ukrainian].
7. Decree of Cabinet of Ministers of Ukraine the implementation of the experimental project for the safety of the power of the registration of well-equipped electronic signatures and seals № 193 (2020, April 3). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/193-2020-%D0%BF> [in Ukrainian].
8. Diachenko S. V., Riabchenko Yu. Yu., Samilyk L. O. (2016). Civil process of Ukraine: practicum. Irpin: USFSU [in Ukrainian].
9. Hetmantsev M. (2019). Electronic evidence in a civil process: the practice of applying novelties of legislation. *Pidpriemnytstvo, gospodarstvo i pravo. Tsyvilne pravo i protses*, 2 [in Ukrainian].
10. Resolution of Supreme Court of Ukraine in the case № 9901/43/19 (2019, November 27). *Yediniy Derjavniy Reyestr Sudovih Rishen*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86207417> [in Ukrainian].
11. Zozulia N. (2018). Electronic evidence in the abroad: the practice of applying. *Ukrainske pravo*. URL: <https://ukrainepravo.com/scientific-thought/naukova-dumka/elektronni-dokazy-za-kordonom-praktyka-zastosuvannya> [in Ukrainian].
12. Pernykoza D. (2020). Electronic evidence is the normal for the ukrainian judiciary, but there are nuances. URL: <https://vkr.ua/publication/elektronni-dokazi-norma-dlya-ukrayinskogo-sudochinstva-ale-ie-nyuansi> [in Ukrainian].
13. Decision of the Dnieper District Court of Kiev in the case № 755/9179/19 (2020, July 23). *Yediniy Derjavniy Reyestr Sudovih Rishen*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90507435> [in Ukrainian].
14. Approval of the Grand Chamber of the Supreme Court in the case № 9901/43/19 (2019, February 14). *Yediniy Derjavniy Reyestr Sudovih Rishen*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79883385> [in Ukrainian].
15. Approval of the Krasnogvardeisky District Court of Dnipropetrovsk in the case № 204/40/18. (2018, January 30). *Yediniy Derjavniy Reyestr Sudovih Rishen*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/71799720> [in Ukrainian].
16. Tsisar H. I., Diachenko S. V. (2018). Realization of principle of supremacy of right through the prism of the electronic rule-making: theoretical and practical aspects. *Aktualni problemy vitchyznianoj yurysprudentsii*, 6 [in Ukrainian].

Стаття надійшла 19.04.2021 р.

С. В. Дяченко, адвокат, канд. юрид. наук, доцент
Университет государственной фискальной службы Украины
Кафедра гражданского права и процесса
ул. Университетская, 31, Ирпень, Киевская обл., 08200, Украина
e-mail: sv_dyachenko@ukr.net
ORCID: 0000-0002-0104-2769

В. Р. Шевчук, студентка 3 курса, специальности «Право»
Университет государственной фискальной службы Украины
Кафедра гражданского права и процесса
ул. Университетская, 31, Ирпень, Киевская обл., 08200, Украина
e-mail: v.shevchuk33@ukr.net

ЭЛЕКТРОННЫЕ СРЕДСТВА ДОКАЗЫВАНИЯ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

Резюме

Данная статья посвящена исследованию электронных средств доказывания в гражданском процессе. Тема электронных доказательств в гражданском процессе до сих пор актуальна, поскольку в полной мере не решены проблемные вопросы их применения в ходе судебного разбирательства и не выделены особенности в отношении других стран. Именно поэтому в данной статье проанализированы теоретические и практические аспекты закрепления электронных доказательств в гражданском судопроизводстве Украины и зарубежных странах. В частности, выделены основные различия в процессуальном законодательстве относительно определения понятия электронных доказательств, использование оригинала электронного документа и его копии, роль квалифицированной электронной подписи для удостоверения последней. Определены проблемные вопросы в использовании электронных доказательств в гражданском судопроизводстве и приведены авторские пути совершенствования электронных доказательств путем заимствования передового опыта других стран. Оценена возможность внедрения в гражданский процесс методов форензики для установления достоверности предоставленных электронных доказательств и применения системы блокчейн с целью сделать невозможным их уничтожение.

Ключевые слова: доказывание, электронное доказательство, средства доказывания, электронный документ, оригинал электронного документа, электронная подпись, гражданский процесс.

S. V. Dyachenko, Lawyer, PhD in Law, Associate Professor
University of the State Fiscal Service of Ukraine
the Department of Civil Law and Procedure
University Street, 31, Irpin, 08200, Ukraine
e-mail: sv_dyachenko@ukr.net
ORCID: 0000-0002-0104-2769

V. R. Shevchuk, 3-rd year Student
University of the State Fiscal Service of Ukraine
the Department of Civil Law and Procedure
University Street, 31, Irpin, 08200, Ukraine
e-mail: v.shevchuk33@ukr.net

ELECTRONIC MEANS OF PROOF IN CIVIL PROCESS

Summary

The purpose of the article is to explore the issues of electronic means of proof in the civil process of Ukraine and foreign countries, the problems of application, as well as to identify possible ways to improve them. Relevance of research is due to that the issue of electronic evidence is gaining new importance at the present stage during the rapid development and

improvement of electronic means of communication and media which causes the emergence of new theoretical and practical problems in their application. In this regard, a comparative analysis of the legislative consolidation and practice of application of this topic in civil proceedings of foreign countries and Ukraine will provide an opportunity to identify further ways to modernize electronic evidence in general. Also, the problematic issues concerning their application during the trial have not been fully resolved and the peculiarities of other countries have not been singled out. Therefore, effective use of the achievements of scientific and technological progress has become an important issue in the judiciary due to the continuous computerization and informatization. The methodology includes a comprehensive analysis and generalization of available scientific and theoretical material and the formulation of relevant conclusions and proposals. The following general scientific methods of cognition were used during the research: dialectical, terminological, logical-semantic, system-structural, logical-normative, comparative. The issues of legislative regulation of electronic evidence in Ukraine and other countries, their key differences, as well as the author's ways to improve electronic evidence by borrowing best practices from other countries, including the United States. Problematic aspects of legislative consolidation of electronic evidence have been identified, the possibility of introducing forensic methods into the civil process to establish the authenticity of the provided electronic evidence and application of the blockchain system in order to prevent their destruction has been assessed. The current legal positions from judicial practice were given and analyzed on the issues under consideration. The results of the study can be used in lawmaking and law enforcement activities for the use of electronic evidence in civil proceedings.

Keywords: evidence, electronic evidence, means of proof, electronic document, electronic signature, civil process.

УДК 347.42

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2021.42.232419>

І. С. Канзафарова, докт. юрид. наук, професор,
Заслужений юрист України, завідувач кафедри
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
Кафедра цивільно-правових дисциплін
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна
e-mail: ilona-stanislav@ukr.net

М. С. Федорко, старший викладач
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
Кафедра цивільно-правових дисциплін
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна
e-mail: marinaelhan@gmail.com

ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНИЙ (ГАНТАЙНИЙ) ПЛАТІЖ ЯК НЕПОІМЕНОВАНИЙ СПОСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Статтю присвячено визначенню особливостей забезпечувального (гантайного) платежу як непоіменованого способу забезпечення виконання зобов'язання.

В результаті дослідження сформовано теоретичні положення, що можуть бути основою для побудови субінституту забезпечувального (гантайного) платежу у зобов'язальному праві України.

Обґрунтовано висновок, що забезпечувальний (гантайний) платіж можливий тільки тоді, коли матеріальні об'єкти основного і акцесорного зобов'язань є однорідними. Однорідність у забезпечувальному (гантайному) платежі проявляється в тому, що предмет і спосіб виконання основного зобов'язання можуть бути замінені на таке саме виконання, але за рахунок зарезервованих коштів. Грошовий забезпечувальний платіж не може забезпечувати негрошові обов'язки в зобов'язанні, тому що їх виконання не може бути замінено на грошове надання.

Доведено, що забезпечувальний (гантайний) платіж має окремі ознаки завдатку, застави, заздалегідь визначених збитків. Відмінною рисою забезпечувального (гантайного) платежу, у порівнянні з іншими способами забезпечення виконання зобов'язання, є послаблена акцесорність, яка проявляється на стадії виникнення зобов'язання, що дозволяє забезпечувати зобов'язання, які виникатимуть у майбутньому. Нормативне закріплення забезпечувального платежу в Цивільному кодексі України, безумовно, буде закономірним підсумком його застосування на практиці як непоіменованого способу забезпечення виконання зобов'язання.

Ключові слова: зобов'язання, способи забезпечення виконання зобов'язання, непоіменовані способи забезпечення виконання зобов'язання, забезпечувальний (гантайний) платіж, функції забезпечувального (гантайного) платежу.

Постановка проблеми. Забезпечувальний (гантайний) платіж вже досить давно використовується як непоіменований спосіб забезпечення виконання зобов'язань, зокрема при укладенні попередніх договорів, договору купівлі-продажу нерухомого майна, договору найму нерухомого майна. Так, наприклад, у разі укладення договору найму житла сутність використання забезпечувального (гантайного) платежу зводиться до сплати наймачем наймодавцеві певної грошової суми на випадок невиконання або неналежного виконання забезпеченого ним основного зобов'язання, що може полягати у порушенні умов щодо оплати, односторонній відмові від договору тощо.

Відкритий перелік способів забезпечення виконання зобов'язання та диспозитивність норми ст. 546 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), щодо встановлення способу забезпечення виконання зобов'язання за домовленістю сторін, дозволяє використовувати забезпечувальний (гантайний) платіж у цивільному обороті. Проте відсутність належного законодавчого врегулювання використання досліджуваного правового

засобу неминуче призводить до розбіжностей між учасниками договірних правовідносин, які застосовують забезпечувальний (гарантійний) платіж на практиці.

Концепція оновлення Цивільного кодексу України передбачає забезпечувальний платіж як новий спосіб забезпечення виконання зобов'язання та визначає його основні ознаки. Це зумовлює необхідність ретельного вивчення даного правового засобу – з метою визначення доцільності впровадження конструкції забезпечувального платежу у законодавство України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі аспекти правового регулювання використання забезпечувального платежу як способу забезпечення виконання зобов'язань були предметом наукових досліджень таких вітчизняних та зарубіжних вчених, як: А.Ю. Бабаскін, А.Г. Бобкова, Б.М. Гонгало, А.Г. Карапетов, О.В. Латинцев, І.І. Пучковська, Ю.О. Серебрякова та ін.

Науковий інтерес вчених, що досліджують відповідну проблематику, переважно обмежується питаннями щодо правової природи забезпечувального (гарантійного) платежу, його функцій, співвідношення з іншими способами забезпечення виконання зобов'язання, особливостей його застосування в рамках охоронних правовідносин (в частині відшкодування збитків та сплати неустойки), специфіки його використання у різних договірних зобов'язаннях тощо.

Метою даного дослідження є формування теоретичних положень, що можуть бути основою для побудови субінституту забезпечувального (гарантійного) платежу у зобов'язальному праві України.

Виклад основного матеріалу. Наприкінці 2020 року робочою групою, створеною на підставі Постанови Кабінету Міністрів України «Про утворення робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України» від 17 липня 2019 р. № 650 [1] було розроблено Концепцію оновлення Цивільного кодексу України [2], яка окреслює основні напрями системного оновлення названого нормативно-правового акту.

Зокрема пропонується у Главі 49 ЦК України «Забезпечення виконання зобов'язання» передбачити забезпечувальний платіж як новий спосіб забезпечення виконання зобов'язання.

Під забезпечувальним платежем розуміється певна грошова сума, яка вноситься однією зі сторін на користь іншої сторони, якою за згодою сторін може забезпечуватися грошове зобов'язання. Цим платежем може забезпечуватися також і майбутнє зобов'язання. На відміну від інших способів забезпечення, цей забезпечувальний інструмент надає кредитору можливість відшкодувати збитки, отримати неустойку, в разі настання передбачених договором обставин, без звернення до суду [2, с. 42].

Основні положення щодо забезпечувального платежу, що містяться у Концепції оновлення Цивільного кодексу України, визначають зміст забезпечувального платежу, який полягає у тому, що боржник завчасно перераховує кредитору визначену грошову суму, що виступає одночасно способом забезпечення виконання зобов'язання, може повертатися боржникові у разі належного виконання основного зобов'язання, а також може піти в рахунок виконання основного зобов'язання, або ж за рахунок нього може бути сплачено неустойку, відшкодовано збитки.

Зміст забезпечувального платежу визначає його схожість з окремими правовими конструкціями, зокрема із завдатком, авансом, заставою, неустойкою. Зазначене зумовлює його порівняння із суміжними правовими конструкціями.

Порівнюючи забезпечувальний платіж із завдатком, слід зазначити, що обидва виникають тільки на підставі договору. Згідно із ЦК України, завдатком є грошова сума або рухоме майно, що видається кредитором боржником у рахунок належних з нього за договором платежів, на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання [3, ст. 570]. Ознакою завдатку є те, що ним забезпечується виконання лише грошових договірних зобов'язань, але сам завдаток може виражатися не лише в грошовій формі, оскільки норма ч. 1 ст. 570 ЦК України встановлює, що завдаток може бути виданий у формі рухомого майна. На відміну від завдатку, забезпечувальний платіж може виражатися лише

у грошовій формі, але сфера його застосування, згідно з положеннями Концепції оновлення Цивільного кодексу України, також обмежена лише грошовими зобов'язаннями.

У юридичній літературі висловлюється думка щодо можливості забезпечення завдатком негрошових зобов'язань, зокрема тих, які виникають із попереднього договору [4, с. 33; 5, с. 216]. Крім того, обґрунтовується доцільність впровадження у законодавство так званого «зворотного завдатку», який не наділений ознаками класичного завдатку, може застосовуватися у негрошових зобов'язаннях, а при належному виконанні забезпечених зобов'язань підлягає поверненню [5, с. 216].

О. Ковальова пропонує забезпечувати виконання зобов'язань, що виникають з попереднього договору, забезпечувальним платежем, який надаватиме особа, яка в майбутньому за основним договором буде передавати грошові кошти. Причому, для забезпечувального платежу, на думку вказаного автора, слід встановити правовий режим завдатку. Зокрема, якщо основний договір не буде укладено з вини сторони, яка передала забезпечувальний платіж, цей платіж винній стороні не повертається. Якщо ж основний договір не буде укладено з вини сторони, якій забезпечувальний платіж був переданий, ця сторона повинна повернути забезпечувальний платіж і додатково сплатити іншій стороні грошову суму в розмірі забезпечувального платежу [6, с. 32].

Вважаємо, що забезпечувальний платіж можливий тільки тоді, коли матеріальні об'єкти основного і акцесорного зобов'язань є однорідними. Однорідність у забезпечувальному платежі виявляється в тому, що предмет і спосіб виконання основного боргу може бути заміщений таким самим виконанням, але за рахунок зарезервованих коштів. Грошовий забезпечувальний платіж не може забезпечувати негрошові обов'язки в зобов'язанні, тому що їх виконання не може бути замінено на грошове надання. Наприклад, не можна забезпечувальний платіж зарахувати в рахунок не виконаного обов'язку щодо передачі речі, передачі результату робіт. Попередній договір породжує організаційне (не грошове) зобов'язання, зміст якого обмежується обов'язком укласти основний договір на умовах, визначених попереднім договором. Тому, можливість забезпечення попереднього договору є сумнівною.

Правові наслідки невиконання або неналежного виконання зобов'язання, забезпеченого завдатком, покладаються як на кредитора, так і на боржника. З огляду на це, як зазначається в юридичній літературі, завдаток характеризується двосторонньою спрямованістю, адже мета завдатку – забезпечити виконання основного зобов'язання [7, с. 273].

На відміну від завдатку, забезпечувальний платіж створює гарантію несправності тільки боржника, що є закономірним проявом принципу однорідності основного та акцесорного зобов'язань, про який йшлося вище, адже в разі, якщо зобов'язання передбачає виконання і грошового обов'язку, і обов'язку передати майно, то забезпечувальним платежем забезпечується виключно грошовий обов'язок. Така властивість забезпечувального платежу зумовлює асиметрію прояву його стимулюючої функції, адже остання проявляється тільки стосовно особи, яка надає забезпечувальний платіж, тому що заходи відповідальності стосовно особи, якій передається забезпечувальний платіж, не застосовуються.

Порівнюючи завдаток та забезпечувальний платіж, слід зазначити, що завдатку, як і авансу, властива платіжна функція, адже, згідно зі ст. 570 ЦК України, грошова сума, сплачена як завдаток, завжди «видається кредиторі боржником у рахунок належних з нього за договором платежів» [3, ст. 570]. Оскільки повернення забезпечувального платежу не є його кваліфікуючою ознакою, а закріплюється диспозитивно, то можна стверджувати, що забезпечувальному платежу не властива платіжна функція, про що наголошується в літературі [7, с. 273].

На нашу думку, зазначене зумовлює необхідність запровадження певного механізму виокремлення грошових коштів із майнової маси особи, якій вони передаються як забезпечувальний платіж. Такий механізм забезпечуватиме баланс інтересів учасників цивільного обороту, нівелюючи для особи, що передала грошові кошти як забезпечувальний платіж, ризик їх неповернення.

На практиці зустрічаються випадки ототожнення забезпечувального (гарантійного) платежу із завдатком. Так, в рішенні Господарського суду Полтавської області від 11.06.2009 р. по справі № 13/18 суд також дійшов висновку, що фактично гарантійний платіж, переданий орендаром на забезпечення договору оренди, є завдатком відповідно до ст. 570 ЦК України [8]. При цьому суд застосував положення про повернення завдатку та стягнення суми завдатку, що не відповідає природі забезпечувального платежу, адже, на відміну від завдатку, забезпечувальний платіж не наділений штрафною функцією.

Взагалі забезпечувальний платіж може виконувати штрафну функцію лише опосередковано: через застосування заходів цивільно-правової відповідальності. Іншими словами, забезпечувальний платіж є лише фінансовим джерелом задоволення вимог щодо сплати неустойки або відшкодування збитків, але, на відміну від згаданих заходів відповідальності, забезпечувальний платіж не має у власній структурі штрафного механізму. Забезпечувальний платіж характеризується наявністю компенсаційної функції, яка спрямована на відновлення майнової сфери кредитора, не виступаючи при цьому засобом покарання боржника.

Таким чином, аналіз положень законодавства та доктрини свідчить, що забезпечувальний платіж не слід ототожнювати із завдатком, адже вони є різними – як за функціональною спрямованістю, так і за метою. Оскільки забезпечувальним платежем може забезпечуватися тільки однорідне зобов'язання, сфера його застосування обмежується грошовими зобов'язаннями, але предмет забезпечувального платежу вужчий, ніж завдатку, в якості якого, окрім грошей, можуть виступати родові речі. Забезпечувальний платіж, на відміну від завдатку не має у структурі штрафного механізму. Зазначене свідчить про те, що зміст зобов'язання із забезпечувального платежу вужчий ніж зміст зобов'язання із завдатку.

У юридичній літературі також звертається увага на схожість забезпечувального (гарантійного) платежу та застави [9, с. 78]. При цьому як аргумент виступає тотожність правових наслідків належного виконання основного зобов'язання та порушення зобов'язання, забезпеченого заставою або забезпечувальним платежем. Так, після припинення основного зобов'язання його належним виконанням заставлене майно або забезпечувальний платіж підлягають поверненню, а у разі порушення основного зобов'язання, кредитор має право задовольнити власний інтерес за рахунок заставленого майна або грошових коштів (в останньому випадку).

Зазначена схожість застави та забезпечувального платежу зумовлена їх сутністю, яка полягає у резервуванні кредитором певного майна, за рахунок якого він одержує задоволення у разі невиконання боржником зобов'язання. З огляду на це, в українській судовій практиці мають місце непоодинокі випадки ототожнення гарантійного платежу, сплаченого, зокрема, на забезпечення виконання договору оренди, із заставою. Суди аргументують висновки подібністю їх правової природи, адже кредитор мав одержати задоволення за рахунок гарантійного платежу [10; 11].

Предметом застави, відповідно до ЦК України, може бути «будь-яке майно (зокрема річ, цінні папери, майнові права), що може бути відчужене заставодавцем і на яке може бути звернене стягнення» [3, ст. 576]. Таким чином, конструкція застави передбачає наявність можливості реалізації предмета. Щодо грошей на рахунках у банку судова практика дотримується позиції, відповідно до якої вони не можуть бути предметом застави як речі, а лише за правилами щодо застави майнових прав [12, п. 3.3].

Крім того, на підставі аналізу Концепції оновлення Цивільного кодексу України та існуючої договірної практики можна стверджувати, що предметом гарантійного платежу виступають тільки грошові кошти, яким ознака реалізації не властива. Отже, об'єкт правовідносин із забезпечувального платежу має свою специфіку у порівнянні з об'єктами заставних правовідносин.

Також, на відміну від застави, грошові кошти забезпечувального платежу одразу, ще до порушення зобов'язання, передаються кредиторі, внаслідок чого у останнього від-

сутня потреба у вчиненні дій, пов'язаних зі зверненням стягнення на предмет застави [7, с. 272], що робить забезпечувальний платіж більш привабливим для кредитора у порівнянні із заставою.

Як зазначалося вище, забезпечувальний платіж на стадії порушення основного зобов'язання може бути фінансовим джерелом задоволення вимог щодо сплати неустойки або відшкодування збитків. Тобто, на відміну від неустойки та відшкодування збитків, забезпечувальний платіж не є заходом відповідальності. Предметом неустойки можуть бути грошові кошти або інше майно, а предметом забезпечувального платежу – лише грошові кошти.

Продовжуючи розмежування неустойки та забезпечувального платежу, слід зазначити, що неустойка підлягає сплаті у разі порушення боржником основного зобов'язання, а сплата забезпечувального платежу відбувається ще до порушення основного зобов'язання, а після порушення кредитор, використовуючи зарахування, здійснює погашення неустойки за рахунок забезпечувального платежу. Зазначене, з економічної точки зору, робить забезпечувальний платіж більш привабливим у порівнянні з неустойкою, відшкодування якої відбувається тільки після порушення зобов'язання.

Можливість оперативного відшкодування збитків за допомогою забезпечувального платежу зумовлює порівняння останнього із заздалегідь визначеними (оціненими) збитками, які відомі багатьом зарубіжним правовим порядкам.

У законодавстві України інститут заздалегідь погоджених збитків може застосовуватися лише в господарських правовідносинах. Так, згідно із Господарським кодексом України, сторони господарського зобов'язання мають право за взаємною згодою заздалегідь визначити погоджений розмір збитків, що підлягають відшкодуванню, у твердій сумі або у вигляді відсоткових ставок залежно від обсягу невиконання зобов'язання чи строків порушення зобов'язання сторонами [13, ч. 5 ст. 225].

Кваліфікаційними ознаками заздалегідь оцінених збитків є те, що сторони заздалегідь визначають суму, яка внаслідок порушення договору має бути переданою кредитором. У частині попереднього визначення певної грошової суми, заздалегідь визначені збитки та забезпечувальний платіж є подібними, проте, обов'язок передати заздалегідь визначені збитки є правовим наслідком порушення зобов'язання, а передання забезпечувального платежу відбувається після укладення договору.

Умовою передачі заздалегідь визначених збитків є те, що внаслідок порушення договору кредитор зазнає фактичних збитків, але не доказує їх розміру [14, с. 56–57; 15, с. 47], що є властивим для забезпечувального платежу.

Ознакою більшості забезпечувальних зобов'язань є їх акцесорність, тобто – залежність від основного зобов'язання. Акцесорність додаткового зобов'язання має різні компоненти, а саме: виникає на підставі існуючого зобов'язання, залежить від дійсності та припинення основного зобов'язання тощо. Зазначені компоненти акцесорності логічно мають прояв на відповідних стадіях існування основного зобов'язання, що свідчить про неможливість ані виникнення, ані існування акцесорного зобов'язання у відриві від основного.

Згідно з Концепцією оновлення Цивільного кодексу України забезпечувальним платежем може забезпечуватися майбутнє зобов'язання. Постановою Кабінету Міністрів України № 820 «Про затвердження примірних договорів оренди державного майна» [16] затверджено дві нові типові форми примірних договорів оренди державного та комунального майна.

Головною новацією затверджених форм примірних договорів є запровадження забезпечувального депозиту, який переможець аукціону повинен сплатити до державного бюджету, балансоутримувачу і орендодавцю до укладання договору оренди. Не дивлячись на текстуальні розбіжності у назві видів забезпечення у зазначеній Постанові та Концепції оновлення Цивільного кодексу України, забезпечувальний депозит у рамках договору оренди державного та комунального майна є прикладом забезпечення зобов'язання, яке виникне у майбутньому.

Вважаємо, що послаблена акцесорність зобов'язання із забезпечувального платежу може надавати йому переваги у порівнянні з іншими, традиційно акцесорними, способами забезпечення виконання зобов'язань, зокрема, із завдатком, заставою тощо.

Варто зазначити, що юридична конструкція забезпечувального платежу активно використовується у цивільному обороті багатьох країн світу. В зарубіжних правопорядках вона закріплена під назвами: «гарантійний депозит», «гарантійний платіж», «страховий депозит», «забезпечувальний депозит» (*security deposit*). Сфера дії зазначеного платежу може бути обмеженою, наприклад, орендними відносинами (Німеччина, Франція, Грузія). В США, Російській Федерації, Казахстані відповідно: забезпечувальний депозит (*security deposit*), забезпечувальний платіж, гарантійний внесок можуть бути застосовані у будь-якому грошовому зобов'язанні.

В США забезпечувальний депозит (*security deposit*) переважно застосовується у договорах оренди. В більшості штатів США прийнято спеціальні закони, які регулюють питання застосування забезпечувального платежу в договорах оренди. Зокрема, § 44–7–31 Кодекса штату Джорджія закріплює, що забезпечувальний депозит депонується кредитором на спеціальному рахунку, відкритому тільки для цієї мети в будь-якому банку або кредитній установі, що підлягає регулюванню цим штатом або будь-яким органом Уряду Сполучених Штатів. Забезпечувальний депозит може утримуватися в довірчому управлінні [17]. Аналогічні положення закріплені у Статуті штату Канзас, при цьому важливою є вказівка, що забезпечувальні депозити не мають змішуватися з особистими коштами орендодавця [18, 58–25, 108].

Норми ст. 381.1 Цивільного кодексу Російської Федерації (далі – ЦК РФ) [19] передбачають можливість встановлення за домовленістю сторін забезпечувального платежу, який має такі характеристики: забезпеченню підлягає грошове зобов'язання, у тому числі те, яке може виникнути у майбутньому; забезпечувальним платежем може забезпечуватися обов'язок відшкодування збитків або сплати неустойки; забезпечення може бути надане у вигляді певної грошової суми; при настанні обставин, передбачених договором, сума забезпечувального платежу зараховується в рахунок виконання відповідного зобов'язання; у разі ненастання в передбачений договором строк зазначених у договорі обставин або припинення забезпеченого зобов'язання забезпечувальний платіж має бути повернений; договором може бути встановлений обов'язок відповідної сторони додатково внести або частково повернути забезпечувальний платіж при настанні певних обставин; на суму забезпечувального платежу проценти не нараховуються, якщо інше не передбачено договором.

В силу прямої вказівки ст. 381.2 ЦК РФ, положення щодо забезпечувального платежу можуть застосовуватися у разі, якщо в якості забезпечення вносяться цінні папери та речі, що визначаються родовими ознаками, які підлягають передачі за забезпеченим зобов'язанням.

Зазначені грошові кошти не ідентифікуються і змішуються із майновою масою кредитора, що зумовлює певні ризики для боржника на випадок банкрутства кредитора, адже забезпечувальний платіж може потрапляти до складу ліквідаційної маси останнього. У разі порушення процедури банкрутства у кредитора зберігається правова підстава для знаходження майна, переданого як забезпечувальний платіж, тому що основний договір не припиняється внаслідок порушення справи про банкрутство. Все це зумовлює проблему повернення забезпечувального платежу в разі порушення справи про банкрутство особи, яка отримала забезпечення.

Щодо нарахування відсотків за користування грошовими коштами, переданими як забезпечувальний платіж, у ЦК РФ закріплена диспозитивна норма, відповідно до якої за користування грошовими коштами проценти не нараховуються. Вважаємо, що, не дивлячись на те, що сума забезпечувального платежу не є самостійним фінансовим зобов'язанням, не отримання платником забезпечувального платежу процентів певним чином обмежує його права, адже гроші виводяться з його обігу, а також знецінюються у зв'язку із інфляцією після повернення забезпечувального платежу. Тому, з позиції економічного

підходу, нарахування відсотків за користування грошовими коштами, переданими як забезпечувальний платіж, є цілком справедливим.

Цивільний кодекс Грузії, закріплюючи, як зазначалось вище, можливість використання конструкції забезпечувального платежу лише в орендних відносинах, встановлює обов'язковість нарахування відсотків на заздалегідь внесене забезпечення [20, ст. 552].

На наш погляд, наведені вище положення зарубіжного законодавства можуть бути використані вітчизняним законодавцем при розробці норм права, спрямованих на врегулювання відносин, що виникають у разі використання забезпечувального (гарантійного) платежу як способу забезпечення виконання зобов'язання.

Висновки і пропозиції. Забезпечувальний (гарантійний) платіж можливий тільки тоді, коли матеріальні об'єкти основного і акцесорного зобов'язань є однорідними. Однорідність у забезпечувальному (гарантійному) платежі проявляється в тому, що предмет і спосіб виконання основного зобов'язання можуть бути замінені на таке саме виконання, але за рахунок зарезервованих коштів. Грошовий забезпечувальний платіж не може забезпечувати негрошові обов'язки в зобов'язанні, тому що їх виконання не може бути замінено на грошове надання.

Забезпечувальний (гарантійний) платіж має окремі ознаки завдатку, застави, заздалегідь визначених збитків. Відмінною рисою забезпечувального (гарантійного) платежу, у порівнянні з іншими способами забезпечення виконання зобов'язання, є послаблена акцесорність, яка проявляється на стадії виникнення зобов'язання, що дозволяє забезпечувати зобов'язання, які виникатимуть у майбутньому. Нормативне закріплення забезпечувального платежу в Цивільному кодексі України, безумовно, буде закономірним підсумком його застосування на практиці як непоіменованого способу забезпечення виконання зобов'язання.

Забезпечувальний (гарантійний) платіж може виконувати штрафну функцію лише опосередковано: через застосування заходів цивільно-правової відповідальності. Іншими словами, забезпечувальний платіж є лише фінансовим джерелом задоволення вимог щодо сплати неустойки або відшкодування збитків, але, на відміну від згаданих заходів відповідальності, забезпечувальний платіж не має у власній структурі штрафного механізму. Забезпечувальний платіж характеризується наявністю компенсаційної функції, яка спрямована на відновлення майнової сфери кредитора, не виступаючи при цьому засобом покарання боржника.

Список використаної літератури:

1. Про утворення робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України: Постанова Кабінету Міністрів України від 17 липня 2019 р. № 650. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/650-2019-%D0%BF#Text> (дата звернення: 12.05.2021).
2. Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2020. 128 с.
3. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 12.05.2021).
4. Андрієнко Я. Деякі засоби забезпечення зобов'язань, пов'язані з укладанням попереднього договору оренди щодо комерційної нерухомості. *Юридичний радник*. 2005. № 3. С. 33–34.
5. Латынцев А. В. Обеспечение исполнения договорных обязательств. М.: «Лекс-Книга», 2002. 285 с.
6. Ковалева Е. Особенности предварительного договора. *Юридичний радник*. 2005. № 3. С. 30–33.
7. Бабаскін А. Ю. Забезпечувальний платіж як спосіб забезпечення виконання зобов'язань. *Правова держава*. 2019. Вип. 30. С. 268–276. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/PrDe_2019_30_32 (дата звернення: 12.05.2021).
8. Рішення Господарського суду Полтавської області від 11 червня 2009 р. по справі № 13/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень України*: URL: <https://youcontrol.com.ua/ru/catalog/court-document/5691725/> (дата звернення: 12.05.2021).
9. Бобкова А. Г., Серебрякова Ю. О. Щодо гарантійного платежу як способу забезпечення виконання договорів оренди. *Правничий часопис Донецького університету*. 2013. № 1. С. 79–85.
10. Рішення Господарського суду Херсонської області від 30 вересня 2008 р. по справі № 5–362/08. *Єдиний державний реєстр судових рішень України*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53620800> (дата звернення: 12.05.2021).
11. Рішення Господарського суду Харківської області від 19 серпня 2010 р. по справі № 12/189. *Єдиний державний реєстр судових рішень України*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56978963> (дата звернення: 12.05.2021).

12. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із застосуванням Закону України «Про заставу»: Роз'яснення Вищого арбітражного суду України від 24 грудня 1999 р. № 02–5/60. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v_602800–99#Text (дата звернення: 12.05.2021).
13. Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 436-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436–15#Text> (дата звернення: 12.05.2021).
14. Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона). Пер. с фран. В. Захватаев. Предисловие: А. Довгерт, В. Захватаев. Приложения 1–4: В. Захватаев. Отв. ред. А. Довгерт. К.: Истина, 2006. 1008 с.
15. Карапетов А. Г. Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве. М.: Статут, 2005. 286 с.
16. Про затвердження примірних договорів оренди державного майна: Постанова Кабінету Міністрів від 12.08.2020. № 820. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/820–2020-%D0%BF#Text> (дата звернення: 12.05.2021).
17. Official Code of Georgia Annotated. URL: <https://law.justia.com/codes/georgia/2010/title-44/chapter-7/article-2/44–7–31/#:~:text> (дата звернення: 12.05.2021).
18. Kansas Statutes (2019). URL: <https://law.justia.com/codes/kansas/2019/chapter-58/article-25/section-58–25–108/> (дата звернення: 12.05.2021).
19. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть 1. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/ (дата звернення: 12.05.2021).
20. Гражданский кодекс Грузии от 26.06.1997 № 786 URL: <https://matsne.gov.ge/ru/document/view/31702?publication=113>. (дата обращения: 12.05.2021).

References

1. On the formation of a working group on recoding (updating) of civil legislation of Ukraine: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrayiny (17. July 2019) № 650. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/650–2019-%D0%BF#Text> [in Ukrainian].
2. The concept of updating the Civil Code of Ukraine. Kiyiv: Vidavnychij di`m “ArtEk”, 2020 [in Ukrainian].
3. Civil Code of Ukraine № 435-IV (2003 January 16). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435–15#Text> [in Ukrainian].
4. Andriyenko Ya. (2005) Some means of securing obligations related to the conclusion of a preliminary lease agreement for commercial real estate. Yurydychnyy radnyk. (№ 3.) [in Ukrainian].
5. Latyntsev A. V. (2002). Obespechenie ispolneniya dogovornyih obyazatelstv. Moscow. «Leks-Kniga». [in Russian].
6. Kovaleva E. (2005). Features of the preliminary contract. Yurydychnyy radnyk. (3). [in Russian].
7. Babaski`n A. Yu. Security payment as a way to ensure the fulfillment of obligations. Pravova derzhava. 2019. (30). URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/PrDe_2019_30_32 [in Ukrainian].
8. Rishennya Hospodars`koho sudu Poltavs`koyi oblasti vid 11 chervnya 2009 r. po spravi № 13/18. Yedyny derzhavnyy reyestr sudovykh rishen` Ukrayiny. URL: <https://youcontrol.com.ua/ru/catalog/court-document/5691725/>
9. Bobkova A. H., Serebryakova Yu. O. (2013) Regarding the guarantee payment as a way to ensure the implementation of lease agreements. Pravnychyy chasopys Donets`koho universytetu. (1). [in Ukrainian].
10. Rishennya Hospodars`koho sudu Khersons`koyi oblasti vid 30 veresnya 2008 r. po spravi № 5–362/08 Yedyny derzhavnyy reyestr sudovykh rishen` Ukrayiny: URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53620800>. [in Ukrainian].
11. Rishennya Hospodars`koho sudu Kharkivs`koyi oblasti vid 19 serpnia 2010 r. po spravi № 12/189. Yedyny derzhavnyy reyestr sudovykh rishen` Ukrayiny: URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56978963>. [in Ukrainian].
12. On some issues of dispute resolution practice related to the application of the Law of Ukraine «On Pledge»: Clarification of the Supreme Arbitration Court of Ukraine from 24 hrudnya 1999 r. № 02–5/60. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v_602800–99# [in Ukrainian].
13. Economic Code of Ukraine: Law of Ukraine from 16 January 2003 № 436-IV [in Ukrainian].
14. Hrazhdansky kodeks Frantsyy (Kodeks Napoleona). (2006). Otv. red. A. Dohvert. Kiev: Ystyna, 2006 [in Russian].
15. Karapetov A. G. (2005). Penalty as a means of protecting the rights of the creditor in Russian and foreign law. Moscow. Statut. [in Russian].
16. On approval of sample leases of state property: Resolution of the Cabinet of Ministers of 12 August 2020. № 820. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/820–2020-%D0%BF#Text> [in Ukrainian].
17. Official Code of Georgia Annotated. URL: <https://law.justia.com/codes/georgia/2010/title-44/chapter-7/article-2/44–7–31/#:~:text>
18. Kansas Statutes (2019) URL: <https://law.justia.com/codes/kansas/2019/chapter-58/article-25/section-58-25-108/>.
19. Civil Code of the Russian Federation from 21 October 1994. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/ [in Russian].
20. Georgia Code. Retrieved from 26 June 1997. URL: <https://law.justia.com/codes/georgia/>

И. С. Канзафарова, докт. юрид. наук, профессор,
Заслуженный юрист Украины, заведующая кафедрой
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
Кафедра гражданско-правовых дисциплин
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина
e-mail: ilona-stanislav@ukr.net

М. С. Федорко, старший преподаватель
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
Кафедра гражданско-правовых дисциплин
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина
e-mail: marinaelhan@gmail.com

ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЙ (ГАРАНТИЙНЫЙ) ПЛАТЕЖ КАК НЕПОИМЕНОВАННЫЙ СПОСОБ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Резюме

Статья посвящена определению особенностей обеспечительного (гарантийного) платежа как непоименованного способа обеспечения исполнения обязательства.

В результате исследования сформированы теоретические положения, которые могут быть основой для построения субинститута обеспечительного (гарантийного) платежа в обязательственном праве Украины.

Обоснован вывод, что обеспечительный (гарантийный) платеж возможен тогда, когда материальные объекты основного и акцессорного обязательств являются однородными. Однородность в обеспечительном (гарантийном) платеже проявляется в том, что предмет и способ исполнения основного обязательства могут быть заменены на такое же исполнение, но за счет зарезервированных средств. Денежный обеспечительный платеж не может обеспечивать неденежные обязанности в обязательстве, потому что их исполнение не может быть заменено на денежное предоставление.

Доказано, что обеспечительный (гарантийный) платеж имеет отдельные признаки задатка, залога, заранее определенных убытков. Отличительным признаком обеспечительного (гарантийного) платежа, по сравнению с другими способами обеспечения исполнения обязательств, является ослабленная акцессорность, которая проявляется на стадии возникновения обязательства, что позволяет обеспечивать обязательства, которые возникнут в будущем. Нормативное закрепление обеспечительного платежа в Гражданском кодексе Украины, безусловно, будет закономерным итогом его применения на практике как непоименованного способа обеспечения исполнения обязательства.

Ключевые слова: обязательство, способы обеспечения исполнения обязательства, непоименованные способы обеспечения исполнения обязательства, обеспечительный (гарантийный) платеж, функции обеспечительного (гарантийного) платежа.

I. S. Kanzafarova, Doctor of Jurisprudence, Professor,
the Honored Lawyer of Ukraine, Head of the Department
Odesa I. I. Mechnikov National University
The Department of Civil Law Disciplines
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine
e-mail: ilona-stanislav@ukr.net

M. S. Fedorko, Senior Lecturer
Odesa I. I. Mechnikov National University
The Department of Civil Law Disciplines
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine
e-mail: marinaelhan@gmail.com

SECURITY (GUARANTEE) PAYMENT AS AN INNOMINATED ENFORCEMENT OF OBLIGATIONS

Summary

The article is devoted to clarifying the features of a security (guarantee) payment as an innominated method of securing the enforcement of an obligation.

As a result of the study, there are provisions that can serve as a basis for constructing a sub-institution of a security (guarantee) payment in the obligation law of Ukraine.

The conclusion is justified that a security (guarantee) payment is possible only when the material objects of the main and accounting obligations are homogeneous. Homogeneity in security payments is that the subject matter and mode of performance of the principal obligation can be replaced by the same performance, but at the expense of reserved funds. A monetary security payment cannot provide non-monetary obligations in an obligation, since their fulfillment cannot be replaced by a monetary provision.

It is proved that the security (guarantee) payment must have separate characteristics of the deposit, pledge, and predetermined losses. A distinctive feature of a security (guarantee) payment, in comparison with other methods of securing the performance of the obligation, is the weakened emphasis, which manifests itself at the stage of the occurrence of the obligation, allows to ensure obligations arising in the future. The regulatory fixation of a security payment in the Civil Code of Ukraine, of course, will be a logical result of its application in practice as an innominated method of ensuring the fulfillment of an obligation.

The conclusion is justified that a security (guarantee) payment can perform a punitive function only indirectly: through the application of civil liability measures. In other words, a security payment is only a financial source of satisfaction for claims for forfeiture or damages, but unlike the mentioned measures of liability, a security payment does not have a punitive mechanism in its structure. A security payment is characterized by the existence of a compensation function that aims to restore the property sphere of the creditor, and not acting as a means of punishing the debtor.

Attention is drawn to the need to introduce a certain mechanism for allocating funds from the estate of the person to whom they are transferred as a security payment. This mechanism will balance the interests of participants in civil traffic, leveling the risk of their non-return for the person who transferred money as a security payment.

Keywords: obligations, methods of enforcing the obligation, misspelled methods of enforcing the obligation, security (guarantee) payment, functions of security (guarantee) payment.

УДК 347.65

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2021.42.232426>

О. Є. Кухарєв, докт. юрид. наук, доцент, професор
Харківський національний університет внутрішніх справ
Кафедра цивільного права та процесу
проспект Льва Ландау, 27, Харків, 61000, Україна
e-mail: kukharyev@gmail.com
ORCID: 0000-0003-2086-9179

ОСОБЛИВОСТІ СПАДЩИНИ ЯК ОБ'ЄКТА ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

Стаття присвячена виявленню особливостей спадщини як об'єкта цивільних прав шляхом визначення та характеристики її ознак. Підкреслюється, що нормативне регулювання спадщини характеризується диспозитивністю, оскільки законом закріплений відкритий (невичерпний) перелік прав та обов'язків, що утворюють її склад. В окремих випадках до складу спадщини включаються також певні правові утворення, які на час відкриття спадщини ще не набули форми суб'єктивного цивільного права. Наголошується, що права є основним елементом складу спадщини, тоді як обов'язки – додатковим.

Ключові слова: спадкування, спадкові правовідносини, спадкове правонаступництво, спадщина, склад спадщини, спадкодавець, спадкоємець

Постановка проблеми. Спадщина є однією з найважливіших та ключових категорій спадкового права, зміст якої розкривається в законі через поняття «склад спадщини». Так, відповідно до ст. 1218 Цивільного кодексу України (далі за текстом – ЦК) до складу спадщини входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті. Тобто законом закладено важливий концептуальний підхід, за яким спадщина – це сукупність прав та обов'язків, а не сукупність речей та майна. При цьому у книзі 6 ЦК застосовується також термін «спадкове майно» (ст. 1282, 1283, 1284).

Основним елементом складу спадщини є право власності. Утім, це не виключає можливості переходу в порядку спадкування й інших майнових прав, зокрема, прав за договором оренди житла з викупом.

Порівняно з попередніми історичними періодами коло прав та обов'язків, які входять до складу спадщини, істотно розширилося, хоча цивільно-правова регламентація їх практично не змінилася, що породжує цілу низку проблем переважно прикладного характеру. Так, у сучасний період до складу спадщини входять підприємства та фермерські господарства як єдині майнові комплекси, частки у статутному (складеному) капіталі господарських товариств, пакети цінних паперів, майнові права інтелектуальної власності, але особливості спадкування цих об'єктів законом не визначені.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Об'єкти спадкового правонаступництва належать до одного з найбільш розроблених напрямів спадкового права. Цій тематиці приділяли увагу Д.І. Мейєр, О.С. Йоффе, В.І. Серебровський, Б.С. Антимонов, К.О. Граве, М.В. Гордон, В.К. Дроніков, П.С. Нікітюк, І.В. Спасибо-Фатєєва, Ю.О. Заїка, З.В. Ромовська, С.Я. Фурса, Л.В. Красицька, О.П. Печений, Є.О. Рябоконт, Ю.Є. Ходико, Є.І. Фурса, А.О. Гелич, Л.В. Лещенко, В.В. Васильченко та інші вчені.

Проте предмет дослідження вказаних науковців фокусувався переважно на особливостях спадкування окремих об'єктів, зокрема, права на вклад у банку, земельну ділянку, житлове приміщення, частку у статутному (складеному) капіталі господарських товариств тощо. Через це невирішеними повною мірою залишаються питання, пов'язані із з'ясуванням особливостей спадщини як об'єкта цивільних прав. Актуальність проведення дослідження в цьому напрямі зумовлюється також економічними змінами, що постійно відбуваються в суспільстві, а також розпочатим процесом рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України.

Метою статті є виявлення особливостей спадщини як об'єкта цивільних прав.

Виклад основного матеріалу. Спадщина є об'єктом цивільних прав, у зв'язку з чим є підстави поширювати на спадщину положення цивільного законодавства щодо об'єктів цивільних прав, але в тому обсязі, що, по-перше, відповідає сутності спадщини як особливого об'єкту цивільних прав та, по-друге, враховує специфіку спадкових правовідносин.

Слід зазначити щодо відкритого (невичерпного) переліку прав та обов'язків, які утворюють склад спадщини, що свідчить про диспозитивний характер ст. 1218 ЦК. Невипадково в юридичній літературі наголошується на такій властивості спадщини, як її еластичність [1, с. 18]. Цей підхід значною мірою оптимізує процедуру спадкування та сприяє ефективності цивільного обороту, який потребує стабільності та безперервності не лише речових, а й зобов'язальних відносин. Включення до складу спадщини як прав, так і обов'язків спадкодавця пояснюється універсальним характером спадкового наступництва, а також загальними умовами виконання зобов'язання, за змістом яких зобов'язання має виконуватися належним чином відповідно до умов договору та вимог ЦК, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог – відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться (ст. 526 ЦК). Важливо врахувати, що обов'язки не обтяжують спадщину, а є невід'ємним елементом її складу.

Категорія спадщини визначається у правовій доктрині неоднаково. Можна виділити два основні підходи до розуміння спадщини.

Прихильники першого підходу розглядають спадщину як сукупність майнових прав та обов'язків спадкодавця [2, с. 58], [3, с. 24], [4, с. 8], [5, с. 983, 984].

Згідно з протилежною позицією спадщина охоплює не права та обов'язки, а належне спадкодавцеві майно [6, с. 11], [7, с. 166, 167], [8, с. 62, 63];

Водночас в юридичній літературі висловлюються й інші точки зору, що виходять за межі окреслених вище поглядів. Так, Д. І. Мейєр свого часу визначав спадщину як сукупність юридичних відносин, що переходить до спадкоємця [9, с. 780]. У свою чергу О. С. Йоффе стверджував, що матеріальним об'єктом спадкового правовідношення є спадкова маса, а юридичним – поведінка зобов'язаних осіб (пасивна або в певних випадках – активна), на яку може розраховувати управомочена особа у зв'язку з відкриттям та прийняттям спадщини [10, с. 291].

Видається правильним, що спадщина охоплює саме права та обов'язки спадкодавця, наділені властивістю наступництва та належні йому на час смерті, а не певні речі або їх сукупність, що свідчить про адекватність відтворення складу спадщини у ст. 1218 ЦК. Таке розуміння спадщини узгоджується з концепцією юридичних (прав та обов'язків), а не матеріалізованих її складових (речей, майна) [11, с. 260]. Справедливість цього підходу зумовлена категорією універсального спадкового правонаступництва, що становить методологічну засаду всього спадкового права. Поняття спадщини виводиться не з факту набуття власності, а з переходу прав та обов'язків у порядку наступництва. Адже правонаступництво відбувається в правах, а не в речах, виступаючи динамікою (рухом) спадкового правовідношення.

Стосовно спадщини дія принципу універсального правонаступництва виявляється в такому: спадщина переходить до спадкоємців як єдине ціле; спадкоємець набуває спадщину безпосередньо від спадкодавця без попередньої передачі її третім особам; спадщина переходить до спадкоємців з часу її відкриття незалежно від часу прийняття та державної реєстрації; права та обов'язки, що належали спадкодавцеві, переходять до спадкоємців у незмінному вигляді в тому складі, обсязі та вартісному виразі, які існували на час відкриття спадщини.

Особливість спадщини як об'єкта цивільних прав виявляється через низку визначальних ознак.

1. Локальний характер, що пояснюється існуванням спадщини як об'єкта цивільних прав лише в межах спадкових правовідносин.

2. Чітко визначені темпоральні межі існування – з часу відкриття спадщини і до оформлення спадкоємцями прав на неї. До моменту смерті спадкодавця (оголошення його померлим) спадщина як об'єкт не виникає, а тому не мають юридичної сили домовленості між потенційними спадкоємцями щодо її розподілу, відмови від прийняття спадщини тощо. Зі спадщиною в процесі її переходу до спадкоємців відбувається юридична трансформація, пов'язана зі зміною правового режиму такого об'єкта. Після оформлення спадкоємцями своїх прав на спадщину вона трансформується у власність кожного зі спадкоємців. У разі відсутності спадкоємців, неприйняття ними спадщини або відмови від її прийняття, усунення від права на спадкування, спадщина як об'єкт цивільних прав існуватиме до моменту набуття права власності на неї територіальною громадою в порядку відумерлості (ст. 1277 ЦК).

3. Складний об'єкт, що об'єднує цілий комплекс прав та обов'язків. Права та обов'язки як складові елементи спадщини утворюють нерозривне ціле та характеризуються єдністю. Такий підхід узгоджується з положенням підп. 3.14 п. 3 гл. 10 розд. II Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, за змістом якого прийняття спадщини та відмова від її прийняття можуть мати місце щодо всього спадкового майна. Спадкоємець не вправі прийняти одну частину спадщини, а від іншої частини відмовитись. Спадкоємець, який прийняв частину спадщини, вважається таким, що прийняв усю спадщину. Невипадково окремі автори наполягають на застосуванні терміна «спадкова маса», під якою розуміють сукупність різнорідних компонентів як майнового, так і немайнового характеру, що об'єднані в єдине ціле з метою здійснення спадкового наступництва [12, с. 64, 65].

4. Спадщина є об'єктом, обмеженим у цивільному обороті. Це пов'язано з тим, що у книзі 6 ЦК закріплено закритий перелік правочинів, які можуть вчинятися стосовно спадщини. Наведене повною мірою стосується як односторонніх правочинів, так і договорів. Так, особа позбавлена можливості скласти заповіт, прямо не передбачений в законі, зокрема, електронний заповіт або заповіт в усній формі за надзвичайних обставин. Як вірно наголошується в юридичній літературі, в національній правовій системі не передбачається укладення зі спадщиною таких звичайних для інших об'єктів правочинів, як купівля-продаж, дарування, застава [13, с. 18].

Попри свою привабливість і очевидність, ознака обмеженості спадщини в цивільному обороті має й опонентів. Так, В.Л. Скрипник з цього приводу стверджує, що відсутні перешкоди для укладення відносно спадщини звичайних для держав континентальної системи права таких договорів, як купівля-продаж майбутньої спадщини, її застава та ін. На думку автора, якщо чинне законодавство дозволяє заставити боржнику майбутній урожай, тобто річ, якої ще фактично не існує, а можливо, і не існуватиме фактично, то немає підстав відмовляти для відчуження і майбутньої спадщини [14, с. 187]. Утім сама можливість існування договорів купівлі-продажу спадщини, її застави видається неперекожливою. Спадкове право є значно імперативнішим ніж, скажімо, договірне право, де повною мірою діє принцип свободи договору. Це пов'язано з тим, що після смерті власника особливо гостро відчувається потреба у забезпеченні стабільності майнового обороту, визначеності цивільних правовідносин, що досягається шляхом переважно імперативного регулювання. Саме тому, у книзі 6 ЦК міститься закритий перелік тих правочинів, які можна вчиняти стосовно спадщини.

5. Склад спадщини визначається на час відкриття спадщини та охоплює лише ті права та обов'язки, носієм яких був спадкодавець за життя. Права та обов'язки, що виникають у зв'язку зі смертю спадкодавця, ґрунтуються на інших підставах, тому не можуть визнаватися елементами складу спадщини. Наприклад, не можна вважати спадкуванням одержання страхової суми за договором страхування життя, укладеного страхувальником на користь вигодонабувача. Страхова сума в такому разі не входить до складу спадщини, а право на її отримання належить безпосередньо особі, вказаній у договорі страхування. Слід також врахувати, що спадщина не завжди збігається з майном, яке перебувало у володінні чи навіть у власності спадкодавця. Наприклад, з моменту смерті відчужувача за

спадковим договором до складу спадщини не включається право власності на майно, що виступало предметом цього договору.

6. Обмежене коло суб'єктів на спадщину як на об'єкт цивільних прав, що пов'язане зі специфікою спадкових правовідносин. До таких суб'єктів належать: спадкоємці за заповітом, спадкоємці за законом, територіальні громади в особі відповідних органів місцевого самоврядування. Причому спадкоємці за законом визначені у ЦК імперативно шляхом їх послідовного розміщення у п'яти чергах. Щоправда, певні ознаки диспозитивності можна віднайти у ст. 1265 ЦК, яка регулює спадкоємців за законом п'ятої черги. Водночас, незважаючи на властивий диспозитивності вислів «інші спадкоємці», законодавець вдається до імперативу, обмежуючи коло таких спадкоємців шостим ступенем споріднення зі спадкодавцем.

7. Єдиним порядком набуття права на спадщину є спадкування, що визначається як є перехід прав та обов'язків (спадщини) від фізичної особи, яка померла (спадкодавця), до інших осіб (спадкоємців). В інший спосіб отримати спадщину закон не передбачає.

Окремі автори формулюють таку ознаку спадщини як законність її набуття [15, с. 62], [16, с. 89], [17, с. 10]. Водночас така позиція видається спірною та потребує суттєвого застереження. Відповідно до ч. 2 ст. 328 ЦК право власності вважається набутим правомірно, якщо інше прямо не впливає із закону або незаконність набуття права власності чи необґрунтованість активів, які перебувають у власності, не встановлені судом. Тобто законом закріплена презумпція правомірності набуття права власності, застосування якої у сфері спадкового права полягає в тому, що нотаріус, який видає спадкоємцю свідоцтво про право на спадщину, не наділений повноваженнями перевіряти законність набуття спадкодавцем прав, що виступають об'єктом спадкового правонаступництва.

Структурно спадщина як об'єкт цивільних прав охоплює права спадкодавця та його обов'язки. При цьому обов'язки є додатковим елементом складу спадщини, оскільки переходять до спадкоємця лише разом з правами, належними спадкодавцеві. Отже, права є основним елементом спадщини, а обов'язки – додатковим. Відсутність прав у складі спадщини виключає перехід до спадкоємців обов'язків спадкодавця через економічну недоцільність. У такому разі спадкоємці відмовляються від прийняття спадщини або не приймають її. Якщо ж спадкоємці прийняли спадщину, не знаючи про борги спадкодавця, то вони можуть відкликати свої заяви про прийняття спадщини протягом строку, встановленого для її прийняття (ч. 5 ст. 1269 ЦК). За таких обставин обов'язки спадкодавця є невід'ємними від його прав, в той час як права у складі спадщини не можна визнати невід'ємними від обов'язків.

Слід відзначити, що спроба класифікації елементів складу спадщини вже здійснювалася у правовій доктрині. Зокрема, Л. В. Лещенко виділяла права і обов'язки, що переходять у порядку спадкування самостійно та такі, що успадковуються лише разом з іншими правами та обов'язками. До останньої групи авторка відносила право на захист власності шляхом витребування майна з чужого незаконного володіння, у тому числі й від добросовісного набувача (ст. 386, 387 ЦК) [18, с. 7].

Важливо врахувати, що склад спадщини не вичерпується тільки належними спадкодавцеві правами та обов'язками. Дослідники спадкового права включають до складу спадщини не лише суб'єктивні права та обов'язки в справжньому розумінні слова (наприклад, право власності або право кредитора в зобов'язанні), а й правові утворення, які знаходяться на шляху від правоздатності до суб'єктивних прав. Такі утворення позначаються в юридичній літературі як охоронювані законом інтереси [19, с. 499], [20, с. 618] або надані законом можливості та дозволи [21].

Наприклад, особа почала приватизувати своє житло та не встигла внаслідок смерті завершити цей процес. У такому разі спадкоємці мають право завершити розпочатий спадкодавцем процес приватизації житла та стати власниками майна. Оскільки спадкодавець за життя встиг висловити свою волю на приватизацію житла (подав належні документи), але помер, то право на приватизацію перейшло у стадію реалізації, зупинившись на шляху до суб'єктивного права, і тому може стати об'єктом спадкування. Ця позиція

закріплена у п. 13 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах за позовами про захист права приватної власності» від 22.12.1995 р. № 20.

Викладена правова позиція послідовно застосовується і Верховним Судом (постанова Верховного Суду від 27 березня 2019 р., судова справа № 669/629/16-ц, провадження № 61–19598св18; постанова Верховного Суду від 27 листопада 2018 р., судова справа № 333/8678/15-ц, провадження № 61–13331св18; постанова Верховного Суду від 11 квітня 2018 р., судова справа № 752/10477/15-ц, провадження № 61–10950св18).

Інший приклад включення до складу спадщини певних правових утворень належить до набувальної давності. За загальним правилом ст. 344 ЦК особа, яка добросовісно заволоділа чужим майном і продовжує відкрито, безперервно володіти нерухомим майном протягом десяти років або рухомим майном – протягом п'яти років, набуває право власності на це майно (набувальна давність). Утім у ч. 2 цієї статті міститься застереження про право особи, яка заявляє про давність володіння, приєднати до часу свого володіння весь час, впродовж якого цим майном володіла особа, чийм спадкоємцем (правонаступником) вона виступає.

Отже склад спадщини не обмежується лише правами та обов'язками, що належали спадкодавцеві на час відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті. В окремих випадках до елементів складу спадщини включаються також певні правові утворення, які набули лише певних «контурів» окремого майнового права.

Висновки і пропозиції. Розкриття сутності спадщини через її склад як сукупності прав та обов'язків, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті, найбільш адекватно відтворює специфіку цього об'єкта. Особливості спадщини детермінуються сукупністю ознак: 1) локальний характер; 2) чітко визначені темпоральні межі існування; 3) складний об'єкт; 4) обмеженість у цивільному обороті; 5) склад спадщини визначається на час відкриття спадщини та охоплює лише ті права та обов'язки, носієм яких був спадкодавець за життя; 6) обмежене коло суб'єктів на спадщину як на об'єкт цивільних прав; 7) єдиним порядком набуття права на спадщину є спадкування.

Нормативне регулювання спадщини характеризується диспозитивністю, оскільки законом визначений відкритий (невичерпний) перелік прав та обов'язків, що утворюють її склад. При цьому обов'язки є додатковим елементом складу спадщини, оскільки переходять до спадкоємця лише разом з правами, належними спадкодавцеві. У свою чергу права є основним елементом складу спадщини. В окремих випадках до складу спадщини включаються також певні правові утворення, які на час відкриття спадщини ще не набули форми суб'єктивного цивільного права.

Список використаних джерел

1. Абраменков М. С. Правовой режим наследственного имущества. *Наследственное право*. 2012. № 3. С. 17–20.
2. Серебровский В. И. Избранные труды по наследственному и страховому праву. Изд. 2-е, испр. Москва: Статут, 2003. 558 с.
3. Никитюк П. С. Наследственное право и наследственный процесс (проблемы теории и практики). Кишинев: Штиинца, 1973. 261 с.
4. Гордон М. В. Наследование по закону и по завещанию. Москва: Юридическая литература, 1967. 120 с.
5. Белов В. А. Гражданское право. Т. III. Особенная часть. Абсолютные гражданско-правовые формы: учебник. Москва: Юрайт, 2012. 1189 с.
6. Дроников В. К. Наследственное право Украинской ССР. Киев: Вища школа, 1974. 159 с.
7. Егоров Н. Д. Гражданско-правовое регулирование общественных отношений: единство и дифференциация. Ленинград: Издательство Ленинградского университета, 1988. 176 с.
8. Ходико Ю. Е. Правова природа об'єкта спадкового правовідношення. *Право і суспільство*. 2016. № 5. С. 59–64.
9. Мейер Д. И. Русское гражданское право: в 2 ч. Изд. 2-е, испр. Москва: Статут, 2000. 831 с.
10. Иоффе О. С. Советское гражданское право. Курс лекций: в 4 ч. Ч. 3. Правоотношения, связанные с продуктами творческой деятельности. Семейное право. Наследственное право. Ленинград: изд-во Ленинградского университета, 1965. 347 с.

11. Харьковская цивилистическая школа: грани наследственного права: монография / И. В. Спасибо-Фатеева, О. П. Печеный, В. И. Крат и др.; под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2016. 608 с.
12. Гонгало Ю. Б. Юридические факты в наследственном праве России и Франции: сравнительно-правовое исследование. Москва: Статут, 2010. 310 с.
13. Печеный О. П. Спадкове право. Харків: Фактор, 2012. 368 с.
14. Скрипник В. Л. Теоретичні і методологічні проблеми об'єктів цивільних прав: монографія. Кременчук: Вид. Щербатих О. В., 2020. 380 с.
15. Буркацький Л. К. Спадкове право України: теорія, коментарі, практика, зразки заяв: навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. Київ: Ін Юре, 2008. 384 с.
16. Гелич А. О. Узагальнені критерії встановлення складу спадщини. *Юридичний вісник*. 2012. № 2. С. 86–89.
17. Васильченко В. В. Коментар та постатейні матеріали до законодавства України про спадкування. Харків: Одіссей, 2007. 469 с.
18. Лещенко Л. В. Склад спадщини за цивільним законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2015. 19 с.
19. Цивільне право: підручник: у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бегова та ін.; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеєвої, В. Л. Яроцького. Харків: Право, 2011. Т. 1. 656 с.
20. Гражданское право: учебник: в 3 т. Т. 3. 4-е изд., перераб. и доп. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Москва: Велби; Проспект, 2005. 784 с.
21. Печеный О. П. Деякі аспекти визначення складу спадщини за цивільним законодавством України. *Теорія і практика правознавства*. 2013. Вип. 1. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/tipp_2013_1_6 (дата звернення: 05.05.2021).

References

1. Abramov M. S. (2012). Legal regime of hereditary property. *Nasledstvennoe pravo*, 3, 17–20 [in Russian].
2. Serebrovskij V. I. (2003). Selected works on inheritance and insurance law. Moscow: Statut [in Russian].
3. Nikitjuk P. S. (1973). Inheritance law and hereditary process (problems of theory and practice). Chisinau: Shtiinca [in Russian].
4. Gordon M. V. (1967). Inheritance by law and by will. Moscow: Juridicheskaja literatura [in Russian].
5. Belov V. A. (2012). Civil law. A special part. Absolute civil law forms. (Vol. 3). Moscow: Jurajt [in Russian].
6. Dronikov V. K. (1974). Inheritance law of the Ukrainian SSR. Kiev: Vishha shkola [in Russian].
7. Egorov N. D. (1988). Civil law regulation of social relations: unity and differentiation. Leningrad: Izdatel'stvo Leningradskogo universiteta [in Russian].
8. Khodyko Ju. Je. (2016). The legal nature of the object of inheritance. *Pravo i suspilstvo*, 5, 59–64 [in Ukrainian].
9. Mejer D. I. (2000). Russian civil law. (Vols. 1–2). Moscow: Statut [in Russian].
10. Ioffe O. S. (1965). Soviet civil law. (Vol. 3). Leningrad: Izdatel'stvo Leningradskogo universiteta [in Russian].
11. Spasibo-Fateeva I. V., Pechenyj O. P., Krat V. I. (2016). Har'kovskaja civilisticheskaja shkola: grani nasledstvennogo prava. Spasibo-Fateeva I. V. (Ed.). Kharkiv: Pravo [in Russian].
12. Gongalo Ju. B. (2010). Legal facts in the inheritance law of Russia and France: a comparative legal study. Moscow: Statut [in Russian].
13. Pechenyj O. P. (2012). Inheritance law. Kharkiv: Faktor [in Ukrainian].
14. Skrypnyk V. L. (2020). Theoretical and methodological problems of civil rights objects. Kremenchuk: Vyd. Shherbatykh O. V. [in Ukrainian].
15. Burkac'kyj L. K. (2008). Inheritance law of Ukraine: theory, comments, practice, sample applications. Kyjiv: In Jure [in Ukrainian].
16. Ghelych A. O. (2012). Generalized criteria for establishing the composition of the heritage. *Jurydychnyj visnyk*, 2, 86–89 [in Ukrainian].
17. Vasylychenko V. V. (2007). Commentary and article-by-article materials to the legislation of Ukraine on inheritance. Kharkiv: Odissey [in Ukrainian].
18. Leshhenko L. V. (2015). The composition of the heritage under the civil legislation of Ukraine. Extended abstract of candidate's thesis. Kharkiv [in Ukrainian].
19. Borysova V. I., Baranova L. M., Bjehova T. I. et al. (2019). Civil law. (Vol. 1). Borysova V. I., Spasybo-Fatjejeva I. V., Jaroc'kyj V. L. (Eds.). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
20. Civil law. (2005). (Vol. 3). Sergeev A. P., Tolstoj Ju. K. (Eds.). Moscow: Velbi; Prospekt [in Russian].
21. Pechenyj O. P. (2013). Some aspects of determining the composition of the heritage under the civil legislation of Ukraine. *Teorija i praktyka pravoznavstva*, 1. Retrieved from: http://nbuv.gov.ua/UJRN/tipp_2013_1_6 [in Ukrainian].

А. Е. Кухарев, докт. юрид. наук, доцент, профессор
Харьковский национальный университет внутренних дел
Кафедра гражданского права и процесса
проспект Льва Ландау, 27, Харьков, 61000, Украина
e-mail: kukharyev@gmail.com
ORCID: 0000-0003-2086-9179

ОСОБЕННОСТИ НАСЛЕДСТВА КАК ОБЪЕКТА ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

Резюме

Статья посвящена определению особенностей наследства как объекта гражданских прав путем выявления и характеристики его признаков. Подчеркивается, что нормативное регулирование состава наследства характеризуется диспозитивностью, поскольку законом установлен открытый (неисчерпывающий) перечень прав и обязанностей. В отдельных случаях в состав наследства включаются также определенные правовые образования, которые ко времени открытия наследства ещё не приобрели форм субъективного гражданского права. Обосновывается, что права являются основным элементом состава наследства, тогда как обязанности – дополнительным.

Ключевые слова: наследование, наследственные правоотношения, наследственное правопреемство, наследство, состав наследства, наследодатель, наследник.

O. Ye. Kukhariev, Doctor in Law, Associate Professor, Professor
of Kharkiv National University of Internal Affairs
the Department of Civil Law and Proceedings
Lva Landau Avenue, 27, Kharkiv 61000, Ukraine
e-mail: kukharyev@gmail.com
ORCID: 0000-0003-2086-9179

SPECIFIC FEATURES OF ASSETS AS OBJECT OF CIVIL RIGHTS

Summary

The article is focused on identifying specific features of assets as object of civil rights by defining and characterizing its features. Revealing the essence of assets through the composition as a set of rights and obligations that belonged to the ancestor at the time of assets' opening and were not ceased as a result of the death, most adequately reproduces the specifics of this object. Specific features of assets are determined by a set of features: 1) local character; 2) clearly defined temporal boundaries of existence; 3) a complex object; 4) limited civil circulation, since Book 6 of the Civil Code of Ukraine enshrines a closed list of transactions that may be implemented in respect to assets; 5) the composition of assets is determined at the time of opening assets and covers only those rights and obligations, which were carried by the ancestor during his lifetime; 6) a limited range of subjects for assets as for an object of civil rights; 7) the only procedure for acquiring the inheritance right is succession.

Normative regulation of assets is characterized by discretionary nature, since the law defines an open (non-exhaustive) list of rights and obligations that make up its composition. In some cases the composition of assets also includes certain legal entities that have not acquired the form of subjective civil right at the time of assets' opening. For example, a person started the process of privatizing his / her berth and did not have time to complete the process due to his / her death. In such cases, lawful heirs have the right to complete the process of privatization of berth started by the ancestor and become the owner of the property. Since the ancestor managed to express his / her will to privatize the berth during his lifetime (submitted the relevant documents), but died, the right to privatization was transferred into the stage of realization, being stopped on the way to subjective right, and therefore may become the object of succession.

It has been argued that the obligations are additional elements of assets' composition, since they pass to the lawful heir only together with the ancestor's rights. In turn, rights are the key element of assets' composition.

Keywords: succession, hereditary legal relations, hereditary legal succession, assets, estate, an ancestor, a lawful heir.

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО; КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

УДК 343.1

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2021.42.232415>

П. Д. Денисюк, голова Рівненського міського суду,
канд. юрид. наук, доцент

Національний університет водного господарства та природокористування
Кафедра спеціальних юридичних дисциплін
вул. Соборна, 11, Рівне, 33028, Україна
e-mail: p.d.denysiuk@nuwm.edu.ua

ЗАСТАВА ЯК ЗАПОБІЖНИЙ ЗАХІД В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ

У статті проаналізовано судову статистику розгляду клопотань про застосування запобіжних заходів судами першої інстанції та встановлено, що найбільш поширеним залишається тримання під вартою. Наголошено, що в рішеннях Європейського суду з прав людини прослідковується думка про те, що тримання під вартою повинно стати винятковим запобіжним заходом. Альтернативою по відношенню до нього може бути саме застава. Охарактеризовано ознаки застави як запобіжного заходу, які визначенні у відповідних нормах КПК України. Розглянуто проблемне питання визначення розміру застави. Проаналізовано судову практику Європейського суду з прав людини та виокремлено основні правила визначення розміру застави, зокрема: застосування диференційованого підходу; обґрунтування розміру застави не тільки під час первинного розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу, але й під час вирішення питання про необхідність продовження тримання під вартою; врахування суми збитків, у заподіянні яких ця особа обвинувачується. Розглянуто дискусійні питання щодо граничних розмірів застави, та зроблено висновок про те, що в КПК України наведено розширений перелік обставин, які суд враховує при обранні запобіжного заходу, а тому суд взмозі в межах передбачених законом розмірів застави, обрати саме ту, яка зможе забезпечити баланс між приватними інтересами особи (тобто буде для неї не надмірною) та інтересами правосуддя (тобто забезпечить виконання підозрюваним, обвинуваченим зобов'язань).

Ключові слова: запобіжні заходи, кримінальне провадження, застава, практика Європейського суду з прав людини.

Постановка проблеми. У 2020 році судами першої інстанції розглянуто близько 51 тисячі клопотань про застосування запобіжних заходів. Серед них задоволено половину. Аналіз судової статистики дозволяє виокремити, що серед запобіжних заходів найбільш поширеним є тримання під вартою (55 % від загальної кількості), далі йдуть домашній арешт (27 % від загальної кількості), особисте зобов'язання (17 % від загальної кількості), застава (дещо більше 1 % від загальної кількості) та особиста порука (менше 1 % від загальної кількості) [3].

З приводу цього Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) у своїх рішеннях неодноразово наголошував на необхідності продовжити докладати зусилля для зменшення кількості ув'язнених, зокрема шляхом ширшого використання альтернативних триманню під вартою під час досудового слідства запобіжних заходів (Справа «Сукачов проти України» № 14057/17 від 30.01.2020 року) [14]. В рішеннях ЄСПЛ прослідковується думка про те, що тримання під вартою повинно стати винятковим запобіжним заходом. Альтернативою по відношенню до тримання під вартою може бути саме застава, однак під час її застосування на практиці виникає ряд проблемних питань.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Особливості застави як запобіжного заходу та проблемні питання її застосування були висвітлені в працях В.І. Голованова,

Д. Є. Дунаєвої, С. Г. Крайник, П. М. Маланчук, В. О. Рибалка, О. І. Ситайло, В. О. Січко та інших.

Метою статті є виокремлення проблемних питань, пов'язаних з застосуванням застави як запобіжного заходу.

Виклад основного матеріалу. Застава відповідно до норм кримінального процесуального законодавства полягає у внесенні коштів у грошовій одиниці України на спеціальний рахунок, визначений в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України, з метою забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього обов'язків, під умовою звернення внесених коштів у доход держави у разі невиконання цих обов'язків [5]. Характерними ознаками застави, які визначені у відповідних нормах КПК України як запобіжного заходу, можна назвати наступні:

- по-перше, підставою застосування застави як запобіжного заходу є наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою злочину за наявності ризиків, які дають підстави вважати, що обвинувачений може здійснити дії, передбачені в статті 177 КПК України;
- по-друге, в основі застави як запобіжного заходу – майнова зацікавленість та моральне зобов'язання підозрюваного перед заставодавцем, у випадку внесення останнім визначеної рішенням грошової суми;
- по-третє, застава може застосовуватися як основний запобіжний захід, а також як альтернативний (у випадку визначення її в ухвалі слідчого судді як альтернативи тримання під вартою);
- по-четверте, заставодавцем може бути не лише сам підозрюваний, але й інші фізичні та юридичні особи, окрім тих юридичних осіб, що знаходяться в державній або комунальній власності та фінансуються з відповідних бюджетів;
- по-п'яте, застава застосовується незалежно від ступеня тяжкості вчиненого злочину (до нетяжких, тяжких та особливо тяжких злочинів);
- по-шосте, законодавством встановлено обмеження щодо застосування застави під час кримінального провадження щодо проступків;
- по-сьоме, розмір застави визначається в ухвалі слідчого судді, з урахуванням наступних факторів: 1) обставин кримінального правопорушення; 2) майнового стану підозрюваного, обвинуваченого; 3) сімейного стану підозрюваного, обвинуваченого; 4) даних про його особу; 5) наявності ризиків щодо переховування, можливого впливу на учасників кримінального провадження та різних способів перешкоджання проведенню досудового розслідування, визначених в статті 177 КПК України;
- по-восьме, розмір застави вираховується в прожиткових мінімумах для працездатних осіб і коливається від одного до трьохсот прожиткових мінімумів для працездатних осіб;
- по-дев'яте, законодавством передбачено можливість визначення застави у розмірі, що перевищує максимальний за умов, що особа підозрюється у вчиненні тяжкого чи особливо тяжкого злочину та менший розмір застави не здатен забезпечити виконання особою зобов'язань;
- по-десяте, предметом застави можуть бути лише кошти, і не можуть розглядатися як предмет застави інші матеріальні цінності, що належать заставнику на праві власності.

Незважаючи на те, що в нормах КПК України прописано детальне регламентування застави але під час її застосування судами виникає ряд проблемних питань, а науковці продовжують дискусії щодо тих чи інших її характеристик.

Так, одним із таких проблемних питань є визначення розміру застави. Як уже зазначалося, розмір застави визначається ухвалою слідчого судді, суду. Він формується виходячи з особливостей обставин правопорушення, сімейного та майнового стану підозрюваного, обвинуваченого, інших даних про його особу та ризиків, які передбачені ст. 177 КПК України. Розмір застави повинен відповідати можливостям суб'єкта засто-

сування запобіжного заходу, загальна сума застави прямо залежить від виду тяжкості злочину [6, с. 75]. Судова практика щодо розмірів застави є неоднозначною та суттєво різниться сумами. В основі такої диференціації знаходиться обов'язок суду врахувати ряд обставин. З цього приводу В. О. Січко, зазначає, що необхідність врахування вказаних аспектів зумовлюється певними чинниками: «По-перше, існуюча нині регламентація цього питання не враховує реальну можливість заставодавця внести заставу, що може спричинити встановлення настільки непомірного розміру застави, який за конкретних обставин є занадто завищеним і недоцільним для забезпечення виконання покладених на підозрюваного, обвинуваченого обов'язків; по-друге, достатній (з огляду на майновий стан підозрюваного, обвинуваченого), але незначний (порівняно із заможним станом заставодавця) розмір застави не буде ефективним і не дозволить гарантувати виконання відповідних зобов'язань щодо належної поведінки і явки» [16, с. 272].

Аналіз практики Європейського суду з прав людини (наприклад, у рішеннях «Мангурас проти Іспанії» від 28.09.2010 р. [13], «Гафа проти Мальти» від 22 травня 2018 р. [12]), дозволяє виділити основні правила стосовно визначення розміру застави:

1. Суди повинні застосовувати диференційований підхід при визначенні розміру застави, враховувати особу підозрюваного, його матеріальне становище, власність, конкретні умови його особистого життя.

2. Суди повинні відповідним чином обґрунтовувати розмір застави не тільки під час первинного розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу, але й під час вирішення питання про необхідність продовження тримання під вартою.

3. Перспектива втрати застави або заходи поручителів у випадку неявки до суду підозрюваного, обвинуваченого мають бути достатніми для останнього, щоб стримати його від втечі.

4. Є обґрунтованим врахування й суми збитків, у заподіянні яких ця особа обвинувачується.

Скарги до ЄСПЛ про обмеження права на свободу й особисту недоторканість переважно стосуються необґрунтовано тривалого тримання під вартою у зв'язку з надмірним розміром застави, що визначений як умова для звільнення під заставу [7].

Таким чином, розмір застави має бути належним чином обґрунтованим судом і корелюватися з такими показниками як обставини кримінального правопорушення; майновий стан підозрюваного, обвинуваченого; сімейний стан підозрюваного, обвинуваченого; даних про його особу; наявністю ризиків щодо переховування, можливого впливу на учасників кримінального провадження та різних способів перешкоджання проведенню досудового розслідування, визначених в статті 177 КПК України. Також можна констатувати, що норми кримінального процесуального законодавства у цій частині відповідають практиці Європейського суду з прав людини.

Дискусійними залишаються і питання визначення граничних розмірів застави. Серед науковців та практиків звучать пропозиції призначення застави нижче мінімального рівня і недоцільності встановлення максимального розміру застави. Так, В. О. Рибалко, зазначає що у виключних випадках розмір застави може бути встановлений нижче мінімального рівня. До виключних випадків (з урахуванням індивідуального підходу) автор відносить матеріальне становище особи, щодо якої обирається запобіжний захід у вигляді застави. Наприклад, працівника, який отримує мінімальну зарплату і має на утриманні хвору дружину та кількох дітей [10, с. 133].

В свою чергу, автори науково-практичного коментаря до Кримінального процесуального кодексу України – В. Г. Гончаренко, В. Т. Нор, М. Є. Шумило, зазначають що встановлення граничного розміру застави є недоцільним, оскільки у кожному випадку повинні бути враховані конкретні фактичні обставини вчинення кримінального правопорушення, особа підозрюваного, його майновий стан тощо [8, с. 415].

Не можемо підтримати таку позицію, і вважаємо що в КПК України наведено розширений перелік обставин, які суд враховує при обранні запобіжного заходу, а тому суд в змозі в межах передбачених законом розмірів застави, обрати саме ту, яка зможе за-

безпечити баланс між приватними інтересами особи (тобто буде для неї не надмірною) та інтересами правосуддя (тобто забезпечить виконання підозрюваним, обвинуваченим зобов'язань).

Відкритим залишається питання щодо з'ясування легальності походження коштів, що вносяться під заставу. Так, в юридичній літературі висловлюється думка про необхідність доповнення кримінального процесуального законодавства нормами щодо з'ясування походження таких коштів. Прихильники такого підходу посилаються на рішення ЄСПЛ «В. проти Швейцарії» № 14379/88 від 26 січня 1993 р., де ЄСПЛ визнав правомірним рішення національних судів про відмову у застосуванні застави, якщо особа, яка заявляє клопотання про її внесення, водночас не надає жодних доказів, які б засвідчували легальність походження відповідних коштів: «обставини справи та репутація заявника (який був наркозалежним) послужили відповідним судам підставою відхилити його пропозицію про внесення застави, оскільки було невідомим джерело походження цих грошей, які мали бути внесені» [11].

В той же час у висновку на проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України (щодо окремих аспектів застосування запобіжних заходів у вигляді застави, тримання під вартою та оскарження окремих рішень у кримінальному провадженні)» зазначається, що проведення такої перевірки виходить за межі конкретного кримінального провадження, в межах якого вирішується питання про обрання застави як запобіжного заходу, тим більш якщо грошові кошти у якості застави були внесені не самим підозрюваним (обвинуваченим), а іншою фізичною чи юридичною особою (заставадцем), яка не є учасником кримінального провадження. Фактично законопроектом пропонується запровадити для кожного заставадавця, який вносить заставу відповідно до положень КПК, своєрідну презумпцію його вини і змусити його всупереч положенням статті 62 Конституції України доводити свою невинуватість [1]. Також під питанням залишаються способи підтвердження законності походження коштів. Така позиція заслуговує на увагу і введення відповідної норми може значно ускладнити застосування застави як запобіжного заходу.

Висловлюється також пропозиція щодо розширення переліку об'єктів, які можуть визнаватися заставою в розумінні запобіжного заходу. Наприклад, у Польщі такий запобіжний захід, як майнова порука, виражається у внесенні як грошових коштів, так і цінних паперів, а також у заставі рухомого майна чи іпотеці нерухомого майна [2]. У Казахстані предметом застави можуть бути грошові кошти, цінності (коштовності, цінні папери, антикваріат та предмети, що представляють культурну та іншу цінність), рухоме і нерухоме майно. У США предметом застави найчастіше є грошові кошти, проте суд може встановити інший вид застави, наприклад, квартиру або земельну ділянку для гарантії явки підозрюваного/обвинуваченого до суду або для продовження розслідування. У Хорватії предметом застави можуть бути гроші, цінні папери, цінні речі або інше майно, яке «можна легко перевести в готівку». Відповідно до ст. 180 КПК Австрії, предметом застави є грошові кошти та цінні папери [9].

В той же час у випадку такого розширення предмету застави, відкритим залишається питання оцінки вартості заставленого майна, що також ускладнить процедуру застосування застави як запобіжного заходу.

Як зазначає І. О. Ситайло, неврегульованим залишається і питання щодо процесуального статусу заставадавця при відмові від статусу заставадавця або заміни заставадавця. Правозастосовна практика свідчить про існування непоодиноких випадків зміни застосованого до підозрюваного запобіжного заходу у вигляді застави на тримання під вартою, що було зумовлено невнесенням підозрюваним коштів у розмірі застосованої застави на відповідний рахунок. Для прийняття рішення про необхідність зміни застосованого до підозрюваного запобіжного заходу слідчим суддею було враховано відомості про особу підозрюваного та наявність у кримінальному провадженні об'єктивного ризику того, що він буде переховуватися від органів досудового розслідування та суду. У такому разі слідчий суддя приймає рішення про зміну запобіжного заходу, і змінюється процесуальний

статус підозрюваного, обвинуваченого. Водночас кримінальне процесуальне законодавство не містить положення про змін процесуального статусу особи, яка внесла заставу [15, с. 174]. Така ситуація потребує удосконалення кримінального процесуального законодавства шляхом внесення змін щодо регламентування правового статусу заставодавця та пошуку механізмів реалізації його обов'язків.

В науковій літературі також висловлюється питання про можливість застосування застави у провадженнях щодо кримінальних проступків. Зокрема, С.Г. Крайник та Д.Є. Дунаєва пропонують внести відповідні зміни до ст. 299 КПК України [4, с. 112]. Однак, на наш погляд, така пропозиція є не зовсім вдалою з огляду на суспільну небезпечність кримінальних проступків, а також зважаючи на те, що розміри застави для кримінальних проступків мають бути меншими за визначені розміри застави для злочинів невеликої тяжкості у ст. 182 КПК України.

Висновки і пропозиції. Не дивлячись на детальну регламентацію застави як запобіжного заходу під час її застосування часто виникають певні труднощі, пов'язані з визначенням розміру, оскільки обираючи заставу суд повинен забезпечити баланс між приватними інтересами особи (тобто буде для неї не надмірною) та інтересами правосуддя (тобто забезпечить виконання підозрюваним, обвинуваченим зобов'язань). Крім того, в науково-практичній площині застава залишається найбільш дискусійним запобіжним заходом, зокрема, відсутні єдині погляди щодо граничних розмірів застави, необхідності з'ясування легальності походження коштів, розширення переліку об'єктів застави, правового статусу заставодавця та можливості застосування застави у кримінальних провадженнях щодо кримінальних проступків.

Список використаної літератури

1. Висновок до проекту Закону України від 16.03.2015 № 2284 «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України (щодо окремих аспектів застосування запобіжних заходів у вигляді застави, тримання під вартою та оскарження окремих рішень у кримінальному провадженні)». URL: <https://ips.ligazakon.net/document/XH1RG00A?an=3>
2. Доповідь Голови Верховного Суду України Ярослава Романюка на міжнародній конференції «Право на свободу та особисту недоторканність в Україні: перехід до верховенства права» від 24.03.2017. URL: [https://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/\(print\)/02FED0BDBC66266DC22580ED002569AF](https://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/(print)/02FED0BDBC66266DC22580ED002569AF)
3. Звіт судів першої інстанції про розгляд справ у порядку кримінального провадження за 2020 рік. Сайт Судова влада України. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/rik_2020
4. Крайник С. Г., Дунаєва Д. Є. Якість кримінального процесуального законодавства України, яке регулює підстави та порядок застосування застави. *Вісник ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка*. 2020. Випуск 3 (91). С. 102–117.
5. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>
6. Маланчук П. М., Голованова В. І. Застава в системі запобіжних заходів чинного кримінального процесуального законодавства України. *Правові горизонти*. 2018. Випуск 10 (23). С. 73–77.
7. Мірковець В. І. Обмеження права на свободу та особисту недоторканність під час застосування запобіжних заходів. *Юридичний бюлетень*. 2019. Випуск 11. Ч. 2. С. 194–204.
8. Науково-практичний коментар / За загальною редакцією професорів В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. Є. Шумила. Київ: Юстініан, 2012. 1224 с.
9. Предмет застави як вид запобіжного заходу пропонують розширити. Сайт Київського районного суду м. Одеси. URL: <https://kievskiyud.od.ua/press-department/all-news/5098-predmet-zastavi-yak-vid-zapobizhnogo-zakhodu-proponuyut-rozshiriti>
10. Рибалко В. О. Оцінні поняття, використовувані при регламентації застави як запобіжного заходу. *Історико-правовий часопис*. 2015. № 1 (5). С. 130–135.
11. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «В проти Швейцарії» № 14379/88 від 26 січня 1993 року. URL: <https://european-court.eu/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/w-protiv-shvejcarii-postanovlenie-evropejskogo-suda/>
12. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Гафа проти Мальти» від 22 травня 2018 року. URL: <https://european-court.eu/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/w-protiv-shvejcarii-postanovlenie-evropejskogo-suda/>
13. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Мангурас проти Іспанії» (Mangouras v. Spain) від 28 вересня 2010 р. URL: http://hrlib.kz/wp-content/uploads/2016/08/2010_s_121
14. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Сукачов проти України» № 14057/17 від 30.01.2020 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_f12#Text

15. Ситайло О. І. Суб'єкти правовідносин щодо застосування застави у кримінальному провадженні. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2020. Випуск 2 (31). С. 173–176
16. Січко В. О. Застава як запобіжний захід у кримінальному провадженні: окремі питання застосування. *Право і суспільство*. 2018. № 4, ч. 2. С. 269–274.

References

1. Vysnovok do proektu Zakonu Ukrainy vid 16.03.2015 # 2284 «Pro vnesennia zmin do Kryminalnoho protsesualnoho kodeksu Ukrainy (shchodo okremykh aspektiv zastosuvannia zapobizhnykh zakhodiv u vyhladi zastavy, trymannia pid vartoiu ta oskarzhennia okremykh rishen u kryminalnomu provadzhenni)». URL: <https://ips.ligazakon.net/document/XH1RG00A?an=3> [in Ukrainian].
2. Report of the Chairman of the Supreme Court of Ukraine Yaroslav Romaniuk at the international conference «The right to freedom and personal integrity in Ukraine: the transition to the rule of law» from URL: <https://ips.ligazakon.net/document/XH1RG00A?an=3> [in Ukrainian].
3. Zvit sudiv pershoi instantsii pro rozghliad sprav u poriadku kryminalnoho provadzhennia za 2020 rik. Sait Sudova vlada Ukrainy. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/rik_2020 [in Ukrainian].
4. Krainyk S. H., Dunaieva D. Ye. (2020). The quality of criminal procedure legislation of Ukraine, which regulates the grounds and procedure for the use of bail. *Visnyk LDUVS im. E. O. Didorenka*, 3 (91), 102–117 [in Ukrainian].
5. Kryminal'nyy protsesual'nyy kodeks Ukrainy: Zakon Ukrainy vidb 13 kvitnya 2012 r. № 4651-VI. (2013). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 9–10, 11–12, 13, art. 88. [in Ukrainian].
6. Malanchuk P. M., Holovanova V. I. (2018) Pledge in the system of precautionary measures of the current criminal procedural legislation of Ukraine. *Pravovi horizonty*, 10 (23). 73–77 [in Ukrainian].
7. Mirkovets V. I. (2019) Restriction of the right to liberty and security of person during the application of precautionary measures. *Yurydychni biuleten*. 2019, 11, 2, 194–204 [in Ukrainian].
8. Scientific and practical commentary to the Criminal Procedure Code of Ukraine (2012) / Za zahalnoi redaktsiieiu profesoriv V.H. Honcharenka, V.T. Nora, M. Ye. Shumyla. Kyiv: Yustinian [in Ukrainian].
9. The subject of the pledge as a kind of precautionary measure is proposed to expand. Sait Kyivskoho raionnoho sudu m. Odesy. URL: <https://kievskiyud.od.ua/press-department/all-news/5098-predmet-zastavi-yak-vid-zapobizhnogo-zakhodu-proponuyut-rozshiriti>
10. Rybalko V. O. (2015) Valuable concepts used in the regulation of collateral as a precautionary measure. *Istoryko-pravovy chasopys*, 1 (5), 130–135 [in Ukrainian].
11. Case The European Court of Human Right of «B v. Switzerland» № 14379/88 of 26 January 1993. URL: <https://european-court.ru/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/w-protiv-shvejcarii-postanovlenie-evropejskogo-suda/> [in Russian].
12. Case The European Court of Human Right of «Gaffa v. Malta» of 22 May 2018. URL: <https://european-court.ru/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/w-protiv-shvejcarii-postanovlenie-evropejskogo-suda/> [in Russian].
13. Case The European Court of Human Right of «Mangouras v. Spain» of 28 September 2010 URL: <http://hrlib.kz/wp-content/uploads/2016/08/2010.pdf>. [in Russian].
14. Case The European Court of Human Right of «Sukachov v. Ukraine» № 14057/17 of 30 January 2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_f12#Text [in Ukrainian].
15. Sytailo O. I. (2020) Subjects of legal relations regarding the use of bail in criminal proceedings. *Prykarpatskyi yurydychnyi visnyk*, 2 (31), 173–176 [in Ukrainian].
16. Sichko V. O. (2018). Bail as a precautionary measure in criminal proceedings: some issues of application. *Pravo i suspiilstvo*, 4, 2, 269–274 [in Ukrainian].

Стаття надійшла 15.05.2021 р.

П. Д. Денісюк, канд. юрид. наук, доцент
 Председатель Ровенского городского суда
 Национальный университет водного хозяйства и природопользования
 Кафедра специальных юридических дисциплин
 ул. Соборная, 11, Ровно, 33028, Украина
 e-mail: p.d.denysiuk@nuwm.edu.ua

ЗАЛОГ КАК МЕРА ПРЕСЕЧЕНИЯ В УГОЛОВНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ: ОТДЕЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМНЫЕ АСПЕКТЫ

Резюме

В статье проанализирована судебная статистика рассмотрения ходатайств о применении мер судами первой инстанции и установлено, что наиболее распространенным остается содержание под стражей. Отмечено, что в решениях Европейского суда по пра-

вам человека прослеживается мысль о том, что содержание под стражей должно стать исключительной мерой пресечения. Альтернативой по отношению к нему может быть именно залог.

Охарактеризованы признаки залога как меры пресечения, которые определены в соответствующих нормах УПК Украины. Рассмотрен проблемный вопрос определения размера залога. Проанализировано судебную практику Европейского суда по правам человека и выделены основные правила определения размера залога, в частности: применение дифференцированного подхода; обоснование размера залога не только во время первичного рассмотрения ходатайства о применении меры пресечения, но и при решении вопроса о необходимости продолжения содержания под стражей; учета суммы убытков, в причинении которых это лицо обвиняется. Констатировано, что нормы уголовного процессуального законодательства в этой части соответствуют практике Европейского суда по правам человека, а размер залога коррелирует с такими показателями как обстоятельства уголовного правонарушения; имущественное положение подозреваемого, обвиняемого; семейное положение подозреваемого, обвиняемого; данных о его личности; наличием рисков по укрытию, возможного воздействия на участников уголовного производства и различных способов препятствования проведению досудебного расследования, определенных в статье 177 УПК Украины.

Рассмотрены спорные вопросы относительно предельных размеров залога, и сделан вывод о том, что в УПК Украины приведен расширенный перечень обстоятельств, которые суд учитывает при избрании меры пресечения, суд в состоянии в пределах предусмотренных законом размеров залога, выбрать именно тот, который сможет обеспечить баланс между частными интересами лица (то есть будет для него не чрезмерным) и интересами правосудия (то есть обеспечит выполнение подозреваемым, обвиняемым обязательств).

Высказано мнение о том, что выяснение легальности происхождения средств, внесенных под залог и расширение перечня объектов, которые могут признаваться залогом в понимании пресечения может только усложнить процедуру применения залога.

Ключевые слова: меры предосторожности, уголовное производство, залог, практика Европейского суда по правам человека.

P. D. Denysiuk, Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor
Chairman of the Rivne City Court
National University of Water and Environmental Engineering
Department of Special Legal Disciplines
Street Soborna, 11, Rivne, 33028, Ukraine
e-mail: p.d.denysiuk@nuwm.edu.ua

PLEDGE AS A PRECAUTIONARY MEASURE IN CRIMINAL PROCEEDINGS: SOME PROBLEMATIC ASPECTS

Summary

The article analyzed court statistics on the consideration of requests for the application of precautionary measures by the courts of first instance and it is established that detention remains one of the most common. Was emphasized that the rulings of the European Court of Human Rights suggest that detention should be an exceptional precautionary measure. An alternative to it may be a pledge.

The characteristics of pledge were described as precautionary measures, which are defined in the relevant provisions of the Criminal Procedure Code of Ukraine. The problematic issue of determining the amount of the pledge is considered. The case law of the European Court of Human Rights is analyzed and the main rules for determining the amount of pledge are highlighted: application of a differentiated approach; justification of the amount of pledge not only during the initial consideration of the request for the application of a measure of restraint, but also during the decision on the need to continue detention; accounting the amount of damages for which this person is accused. It was stated that the norms of the criminal procedure legislation in this part correspond to the practice of the European Court of Human Rights, and the amount of pledge is correlated with such indicators as the circumstances of the criminal offense; property status of the suspect, accused; data on his identity; the presence of risks of concealment, possible influence on the participants in criminal proceedings and various ways

of obstructing the pre-trial investigation, referred to in article 177 Criminal Procedure Code of Ukraine.

The issues of discussion regarding the maximum size of pledge and it is concluded that in Criminal Procedure Code of Ukraine are expanded list of conditions that the court considers the election of a preventive measure, and therefore the court will be able, within the statutory amount of pledge, to choose the one that can ensure a balance between the private interests of the person (won't be excessive) and the interests of justice (ensure that suspects and accused perform their duties).

It is argued that clarifying the legality of the origin of pledge and expanding the list of objects that can be recognized as pledge in the sense of a precautionary measure can only complicate the procedure for applying pledge.

Keywords: precautions, criminal proceedings, pledge, case law of the European Court of Human Rights.

УДК 343.131.5

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2021.42.232416>

Н.Л. Дроздович, канд. юрид. наук, науковий консультант
Відділ забезпечення роботи секретаря та суддів судової палати
управління забезпечення роботи першої судової палати
Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду
e-mail: sunrise.nadin@gmail.com
ORCID <https://orcid.org/0000-0002-0519-6909>

КРИТЕРІЙ ВИЗНАННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ / НЕЕФЕКТИВНОСТІ НАДАННЯ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ ЗА ДАНИМИ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ВЕРХОВНОГО СУДУ

Стаття присвячена проблемам практичної реалізації гарантованого права на захист у кримінальному провадженні. Зокрема, в ній підкреслюється актуальність питання про ефективність надання правової допомоги, а відтак йдеться про якість такої допомоги в ході кримінального провадження. У дослідженні розглянуто рекомендації Європейського суду з прав людини щодо змісту правової допомоги та зазначено вектори розуміння її якості та ефективності. Також наведено теоретичні аспекти питання визначення ефективності правової допомоги у кримінальному провадженні, ретроспективне та сучасне розуміння. На основі сучасної судової практики касаційного суду згенеровано критерії ефективності надання правової допомоги й у підсумку запропоновано примірний перелік критеріїв, якими можна послуговуватися для визначення якості надання правової допомоги у кримінальному провадженні з точки зору її ефективності/неефективності.

Ключові слова: правова допомога, ефективність правової допомоги, якість правової допомоги, захист у кримінальному провадженні, судова практика.

Постановка проблеми. Забезпечення права на захист підозрюваного, обвинуваченого, засудженого і виправданого у кримінальному провадженні – одна з найважливіших державних гарантій захисту прав і свобод людини та громадянина, закріплених ст. 59, ч. 2 ст. 63, п. 5 ч. 3 ст. 129 Конституції України та міжнародними актами, які становлять національне законодавство щодо прав людини і основоположних свобод (ст. 11 Загальної декларації прав людини; ч. 3 ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права; ч. 3 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція)). Водночас гарантування певного виду прав та їх реалізація – різні категорії, які втілюються в різних практичних площинах. Право на захист у кримінальному провадженні гарантовано беззаперечно, однак його реалізація обумовлена його ж змістовою якістю, а саме, ефективністю надання правової допомоги.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Право особи на захист у кримінальному провадженні, в тому числі у контексті його тлумачення Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ) досліджувалося рядом науковців: О.Р. Балацька, О.А. Банчук, К.В. Горностаї, Д.А. Гудима, І.М. Зубач, О.В. Климович, С.О. Ковальчук, О.П. Кучинська, П.М. Маланчук, О.В. Малахова, Т.М. Мирошніченко, В.О. Попелюшко, Т.І. Фулей, О.Г. Шнягін, О.Г. Яновська та інші. Водночас поза увагою авторів залишається проблема ефективності права на захист, хоча це питання є одним із критеріїв справедливості судочинства, передбачених ст. 6 Конвенції, стандарти якої є обов'язковими для держав-учасниць.

Мета статті. З огляду на це актуальним є розгляд як теоретичних основ щодо критеріїв ефективності надання правової допомоги у кримінальному провадженні, так і їх відображення в судовій практиці міжнародного та вітчизняного рівня. Наведеним визначаються й постановка тих завдань, які розглядатимуться у цій публікації, зокрема, виокремлення теоретичних орієнтирів щодо визначення ефективності/неефективності

надання правової допомоги у кримінальному провадженні, а також узагальнення критеріїв такої оцінки захисної діяльності на основі судової практики.

Виклад основного матеріалу. Право на юридичну або правову допомогу – право, визнане в усіх міжнародних актах, які стосуються провадження в кримінальних справах. Однак лише саме гарантування цього права чи навіть сам факт надання такої допомоги захисником у кримінальній справі сам по собі не є ознакою справедливого судового розгляду у разі відсутності інших складників ефективного захисту. Досвід міжнародних судових установ та нормативного врегулювання права на правову допомогу у кримінальних справах є досить тривалим, а отже, нараховує достатній емпіричний матеріал для систематизації критеріїв та орієнтирів для кожної національної системи права в оцінці ефективності здійснення захисту у кримінальному провадженні.

Згідно із практикою ЄСПЛ, ведення захисту, по суті, є справою обвинуваченого та його адвоката, тобто це переважно питання взаємовідносин між ними, незалежно від того, чи призначається захисник у межах надання правової допомоги, чи оплачується приватно. З огляду на це, логічно, що втручання компетентних державних органів вимагається лише в тих випадках, коли факт незабезпечення адвокатом ефективного представництва є очевидним або будь-яким чином переконливо доведений до їх відома, тому вказується, що національні суди не повинні пасивно спостерігати за випадками неефективного юридичного представництва [1; 2].

Водночас правовідносини між обвинуваченим та захисником виникають у зв'язку із їх реалізацією в ході публічного процесу – захисту від обвинувачення органів держави, тому остання також наділена певним обсягом обов'язків щодо забезпечення справедливості кримінального провадження і не вправі залишатися осторонь у випадках порушення балансу змагальності сторін захисту і обвинувачення під час здійснення такої діяльності. ЄСПЛ велику увагу приділяє визначенню різниці між захистом де-юре і де-факто. В його рішеннях йдеться не лише про вимогу призначення захисника, а про правову допомогу, яка має здійснюватися практично та ефективно, щоб забезпечити достатній захист. Вимагається призначення захисника, який би в інтересах обвинуваченого здійснював юридичну допомогу практично й ефективно, забезпечуючи достатній захист. Оцінити, чи було це юридичне представництво практичним та ефективним, можна лише на основі конкретних обставин справи, розглядаючи процес у цілому. В таких рішеннях йдеться про те, що «Конвенція призначена гарантувати не ті права, що є теоретичними та ілюзорними, а ті, що є практичними і реальними... Саме по собі призначення не забезпечує ефективної допомоги, оскільки адвокат, призначений надавати безоплатну правову допомогу, може вмерти, серйозно захворіти, стикатися тривалий час з перешкодами у своїй діяльності або ухилитися від виконання своїх обов'язків. Якщо органи влади ставляться до відома про таку ситуацію, вони повинні або замінити його, або примусити його виконувати свої обов'язки». Зміст такої ефективності ЄСПЛ рекомендує визначати на основі конкретних обставин справи, розглядаючи процес в цілому [3–7]. Відповідальність держави може виникати у випадку, коли адвокат взагалі не здійснює захист інтересів обвинуваченого [4] або у випадку недотримання адвокатом основної процесуальної вимоги, коли таке недотримання вимог не може вважатися недотриманим захистом чи недоліком аргументації [8]. Якщо того вимагають обставини справи, суду слід дослідити, в якій мірі адвокат виконує свої обов'язки [6].

Таким чином, критеріями «гарантованості», згідно із практикою ЄСПЛ, права на юридичну або правову допомогу у кримінальному провадженні є наступні тези: 1) захист має бути; 2) захист має бути ефективним; 3) національні суди не повинні пасивно спостерігати за неефективним захистом у кримінальному провадженні.

Що ж стосується національної системи права, то в Конституції України (стаття 59) передбачено право кожного на професійну правничу допомогу. Окрім того, дане питання регламентовано Законом України «Про безоплатну правову допомогу», а також відповідними процесуальними кодексами. Чинними є Стандарти якості надання безоплатної вторинної правової допомоги в кримінальному процесі, затверджені Наказом Міністерства

юстиції України від 25 лютого 2014 року № 386/5. З приводу останнього зазначеного документу, то ним у більшості визначено кількісні критерії, тобто перелік певних процесуальних дій, які повинен вчинити адвокат із метою забезпечення належного захисту свого клієнта від обвинувачення. Вчинення тих чи інших процесуальних дій, складання та подання процесуальних документів не гарантує ефективного захисту, оскільки принципове значення має його якість, тобто правильність вчинення чи складання процесуальних документів і вчинення процесуальних дій, своєчасність, доцільність тощо [9].

На доктринальному рівні відзначається, що завжди слід пам'ятати, що «професійна» не тотожна «кваліфікована» і тим більше «якісна». Мінімальні стандарти кваліфікованої юридичної допомоги передбачають не лише наявність у суб'єкта, що її надає, юридичної освіти та відповідних знань, але й активність правової допомоги [10; с. 144]. Кваліфікований характер правової допомоги загалом передбачає наявність таких ознак: 1) відповідність діяльності з надання юридичної допомоги закону; 2) співмірність дій з надання юридичної допомоги обставинам справи і нормам права; 3) своєчасність дій з надання юридичної допомоги (тобто надання необхідної в конкретній ситуації юридичної допомоги) [11; с. 27–28].

Мають місце визначення ефективності правової допомоги через поняття «результату» досягнення бажаної мети в дійсності [12; с. 146]. На протигагу таким класичним ідеям радянського кримінального процесу існує обґрунтована думка про те, що оцінювання ефективності діяльності адвоката-захисника слід здійснювати, аналізуючи не лише досягнення ним кінцевої мети в конкретному кримінальному провадженні, а і його активність та засоби, які він використовував, надаючи правову допомогу підозрюваному, обвинуваченому [13; с. 182].

Враховуючи суб'єктивно-індивідуальний характер визнання правової допомоги у кримінальному провадженні ефективною, актуальним є розгляд судової практики щодо випадків оцінки ефективності чи неефективності надання правової допомоги у кримінальному провадженні в національній судовій системі. В судовій практиці Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду (далі – ККС ВС) під час перегляду судових рішень судів нижчих інстанцій в касаційному порядку мають місце випадки спростування доводів касаційних скарг про неефективне надання правової допомоги особі в ході кримінального провадження. Як свідчить зміст постанов ККС ВС, більшість таких доводів ґрунтуються на помилковому розумінні змісту та обсягу функції захисту у кримінальному провадженні в цілому та неправильній оцінці якості правової допомоги. Так, у постанові від 18 квітня 2019 року твердження засудженого про те, що внаслідок відсутності захисника він не зміг ефективно здійснювати свій захист, визнані такими, що не ґрунтуються на вимогах закону і матеріалах справи. Підкреслюється, що ефективність захисту не є тотожним досягненню за результатами судового розгляду бажаного для обвинуваченого результату, а полягає в наданні йому належних та достатніх можливостей з використанням власних процесуальних прав або кваліфікованої юридичної допомоги, яка в передбачених законом випадках є обов'язковою, захищатися від обвинувачення в передбачений законом спосіб. Перевіривши матеріали кримінального провадження, ККС ВС визнав, що суд здійснив усі передбачені законом заходи для надання обвинуваченому можливості на власний розсуд розпорядитися своїми процесуальними правами, зокрема, правом на захист. Об'єктивних даних про порушення судом прав обвинуваченого, передбачених ч. 3 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), ст. 59 Конституції України, ст. 20, ч.ч. 3, 4 ст. 42 КПК України, у матеріалах справи не міститься [14]. В іншій справі оцінка захисту особи, як ефективного, ґрунтувалася також і на встановленні факту активної поведінки захисника, який брав активну участь як під час проведення слідчих дій на стадії досудового розслідування, так і в судових засіданнях суду першої інстанції, заявляв клопотання в інтересах засудженого. Попри суб'єктивне переконання самого підзахисного, що захисник надавав йому неналежної якості правову допомогу, від одного свого клопотання про заміну йому захисника він відмовився і в подальшому інших заяв не надходило [15].

Також не визнано касаційним судом неефективним захист особи у кримінальному провадженні у зв'язку із фактом заміни судом одного захисника іншим. Таким прикладом є постанова від 24 вересня 2019 року [16].

В названому аспекті звертає на себе увагу й постанова від 25 вересня 2019 року. У касаційних скаргах захисник та засуджений вказують на порушення судом першої інстанції права останнього на захист. Такі доводи обґрунтовують тим, що обвинувачений в суді першої інстанції не мав жодного конфіденційного побачення із захисником, з нею не була узгоджена позиція та стратегія його захисту, а подана захисником апеляційна скарга не була з ним узгоджена. Ці доводи визнано неспроможними з огляду на поведінку захисника в ході судового розгляду, яка активно допомагала засудженому, у всьому підтримувала його позицію та висловлювала свою думку з приводу обставин справи на користь обвинуваченого, тобто не висловлювала своєї позиції на погіршення становища підзахисного і не діяла всупереч його волі, що є безумовним обов'язком захисника, визначеним положеннями ст. 47 КПК [17].

Незважаючи на багаторазову неявку захисника в судові провадження така поведінка не була визнана неефективним захистом за наявності інших індикаторів якості правової допомоги. Так, звертаючись до касаційного суду у касаційній скарзі засуджений зазначав про порушення його права на захист в суді першої інстанції, через проведення розгляду кримінального провадження за відсутності захисника, з яким він уклав договір про надання правової допомоги. Зазначені доводи ККС ВС були визнані безпідставними з огляду на таке. Матеріалами кримінального провадження встановлено, що під час досудового розслідування, в дотримання положень ст. 20 КПК України, було задоволено клопотання підозрюваного та залучено з центру надання безоплатної вторинної правової допомоги захисника, яка здійснювала захист його інтересів і під час судового розгляду. За її участю було проведено допит потерпілих, представника потерпілих, свідків, а також досліджено письмові докази. В подальшому обвинувачений, користуючись правом, передбаченим ст. 48 КПК України та ст. 59 Конституції України, уклав договір про надання правової допомоги із іншим адвокатом, що в свою чергу потягло припинення надання йому безоплатної вторинної правової допомоги попереднім захисником. Цей захисник, здійснюючи захист інтересів обвинуваченого, брав участь у допиті свідка, заявляв клопотання про зміну запобіжного заходу та отримав можливість реалізувати своє процесуальне право на ознайомлення із матеріалами справи. Разом із цим, будучи належним чином повідомленим про дату, час та місце розгляду кримінального провадження, протягом року він одинадцять разів не з'являвся у судові засідання, що призводило до їх відкладення, оскільки обвинувачений наполягав на участі цього захисника. Після закінчення строку дії угоди із захисником, суд, з огляду на бажання обвинуваченого користуватися юридичною допомогою конкретного адвоката, надав йому достатньо часу для пролонгації договору та надання підтвердження повноважень адвоката на подальшу участь у даному кримінальному провадженні. Враховуючи те, що таким правом обвинувачений не скористався, відповідних документів у судових засіданнях не надав, однак наполягав на необхідності здійснення захисту його прав професійним захисником, суд із дотриманням вимог ч. 3 ст. 324 КПК України, звернувся до Регіонального центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги для забезпечення права обвинуваченого на кваліфіковану юридичну допомогу. Призначений центром з надання безоплатної вторинної правової допомоги захисник у повному обсязі ознайомився з матеріалами кримінального провадження, мав конфіденційне побачення з обвинуваченим та приймав активну участь в судових засіданнях. В свою чергу, обвинувачений хоча й наполягав на подальшому розгляді кримінального провадження виключно із попереднім адвокатом, однак правом, визначеним ст. 54 КПК України, на відмову від захисника наданого державою не скористався, як і не заявляв йому відводів та не вказував про його некомпетентність чи низьку кваліфікацію. З огляду на викладене, твердження засудженого про те, що внаслідок відсутності під час розгляду кримінального провадження обраного ним захисника він не

зміг ефективно здійснювати свій захист, визнані такими, що не ґрунтуються на вимогах закону і матеріалах справи [18].

Що ж стосується випадків визнання здійснення захисту у кримінальному провадженні неефективним, то вони свідчать про такі критерії неефективності надання правової допомоги у кримінальному провадженні.

Очевидними є приклади неефективного захисту у разі, коли кримінальне провадження на різних його стадіях здійснюється без залучення захисника, де участь його є обов'язковою [19].

Водночас неефективність захисту може бути і похідним порушенням у кримінальному провадженні внаслідок неправильної оцінки правової ситуації, коли участь захисника все ж таки є обов'язковою. Так, у постанові від 2 серпня 2018 року колегія суддів вважала, що в ході розгляду кримінального провадження було допущено порушення права засудженого на захист, який тричі перебував на стаціонарному лікуванні в психоневрологічній лікарні з діагнозом «психічні та поведінкові розлади», а тому участь захисника у кримінальному провадженні щодо останнього є обов'язковою. Колегія суддів зазначила, що особа була позбавлена у доступі до реалізації гарантованого державою та встановленого статтями 59, 63 Конституції України, статтями 48,49,52,54 КПК України та ст. 6 Конвенції мати захисника [20].

Так само визнається порушенням права особи на забезпечення ефективної правової допомоги випадки, коли участь захисника у кримінальному провадженні хоча і не є обов'язковою, проте обвинувачений заявляє клопотання про призначення йому захисника, тоді як суд залишає таке клопотання без відповідної реакції. Зокрема, у кримінальному провадженні з матеріалів убачається, що засуджений, до початку апеляційного розгляду, подавав письмове клопотання про призначення судом йому безоплатного захисника, для здійснення захисту його прав під час апеляційної процедури. Однак, суд апеляційної інстанції, незважаючи на прохання засудженого, дане клопотання залишив поза увагою, відповідно до вимог закону його не розглянув та здійснив апеляційний перегляд кримінального провадження без участі захисника. Наведені обставини, безумовно, свідчать що під час апеляційного розгляду було порушене право засудженого на захист, що є істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону [21].

Слід зазначити, що не лише сам факт участі захисника в судовому провадженні є свідченням ефективності правової допомоги, оскільки його участь повинна відповідати й критеріям якості, на чому наголошують і доктринальні положення, і практика ЄСПЛ. А саме, формальна участь захисника в судовому засіданні визнається касаційним судом неефективною [22]. Пасивна поведінка захисника в ході судового провадження, за рішеннями суду касаційної інстанції, не відповідає вимогам ефективності захисту. Наведене відображено у постанові від 13 червня 2019 року [23]. Тим паче, якщо пасивність поведінки адвоката як неналежний захист констатовано рішенням кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури відповідного регіону [24].

Постанова від 28 лютого 2019 року засвідчує, що суперечність між правовими позиціями захисника і підзахисного є перепорою для надання якісної правової допомоги. Так, у вказаній справі, з матеріалів кримінального провадження видно, що під час досудового розслідування та розгляду кримінального провадження судами першої та апеляційної інстанцій захист обвинуваченого здійснював адвокат, якого було призначено на підставі постанови слідчого. Під час розгляду кримінального провадження в апеляційному порядку засуджений заявив клопотання про відмову від цього захисника, мотивуючи його тим, що не має довіри до призначеного йому захисника і що позиція останнього щодо способу захисту суперечить його власній позиції. На підставі матеріалів провадження встановлено, що в судовому засіданні апеляційного суду обвинувачений заперечував проти можливості розгляду провадження за відсутності потерпілих, зокрема, наполягав на необхідності допиту потерпілої з приводу поданої нею апеляційної скарги та просив відкласти розгляд кримінального провадження для забезпечення її явки в судове засідання. Проте захисник не підтримав думки засудженого, вважав, що потреби у відкладенні

розгляду справи, а також у допиті потерпілої немає, у зв'язку з чим суд апеляційної інстанції дійшов висновку про необхідність надати засудженому та його захиснику час для узгодження позицій сторони захисту. Попри те, що і після цього між засудженим та захисником не було досягнуто згоди щодо способу захисту, і обвинувачений наполягав на своїй відмові від вказаного захисника, суд ухвалив залишити клопотання засудженого без задоволення. Таким чином, апеляційний суд дійшов висновку про необхідність продовження участі цього адвоката в інтересах засудженого незважаючи на положення п. 3 ч. 2 ст. 21 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», згідно з якими адвокату забороняється займати у справі позицію всупереч волі клієнта, крім випадків, якщо адвокат впевнений у самообмові клієнта. На підставі наведеного колегія суддів визнала, що апеляційний суд допустив обмеження можливості реалізації засудженим свободи на вільний вибір захисника своїх прав [25].

Мають місце у судовій практиці і помилкове визнання кількості захисників як критерію ефективності надання правової допомоги. Так, особа обвинувачувалась у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 187 КК, що згідно ст. 12 КК є особливо тяжким. Згідно з положеннями ст. 52 КПК участь захисника у кримінальному провадженні щодо особливо тяжких злочинів є обов'язковою. Як убачається з матеріалів справи, під час досудового розслідування та в суді першої інстанції захист інтересів обвинуваченого здійснювали двоє адвокатів. Також на стадії апеляційного розгляду обвинувачений уклав договір про надання правової допомоги з ще одним адвокатом, який у чергове судове засідання не з'явився через хворобу, у зв'язку з чим просив відкласти апеляційний розгляд. Обвинувачений також наполягав на неможливості здійснення апеляційного розгляду за відсутності цього захисника. Однак зазначене клопотання апеляційним судом було відхилене та розпочато апеляційний розгляд без його участі з мотивів необхідності дотримання розумних строків кримінального провадження, а також присутності в судовому засіданні інших двох захисників. Незважаючи на те, що обвинувачений відмовився від участі вказаних захисників в апеляційному розгляді, апеляційний суд не прийняв таку відмову, вказавши що ці двоє захисників здатні здійснити належний захист обвинуваченого та забезпечити дотримання вимог ст. 52 КПК щодо обов'язкової участі у кримінальному провадженні щодо особливо тяжкого злочину захисника. На думку колегії суддів, таким рішенням апеляційний суд порушив гарантоване державою та встановлене статтями 59,63 Конституції України, ст. 6 Конвенції та статтями 48, 49, 52, 54 КПК та право обвинуваченого мати захисника, вибраного на власний розсуд [26].

Висновки і пропозиції. Навівши попередньо критерії розуміння ефективності правової допомоги у практиці ЄСПЛ, на підставі наведених прикладів вітчизняної судової практики можливо сформулювати такі висновки щодо розуміння того, за якими критеріями правова допомога визнається ефективною чи неефективною: 1) мають місце помилкове розуміння підозрюваним, обвинуваченим, засудженим змісту та обсягу функцій захисту щодо оцінки якості правової допомоги, що ґрунтується на хибному ототоженні ефективності правової допомоги та досягнення бажаного результату для підозрюваного, обвинуваченого, засудженого; 2) заміни захисників в ході кримінального провадження не є свідченням неефективності правової допомоги; 3) має значення комплекс ознак ефективності/неефективності правової допомоги, тому неявка захисників у судові засідання не є таким свідченням.

А також варто підсумувати й ті випадки правових ситуацій, які однозначно визнавалися судом вищої інстанції як неефективний правовий захист: 1) здійснення кримінального провадження без залучення захисника у випадках, коли відповідно до закону його участь є обов'язковою, а також незалучення захисника у випадках, які не є обов'язковими для участі захисника, однак підозрюваний, обвинувачений висловив бажання мати захисника; 2) формальна участь захисника у кримінальному провадженні (пасивна процесуальна поведінка захисника); 3) наявність суперечностей між правовими позиціями захисника і підозрюваного, обвинуваченого; 4) кількість захисників не є свідченням ефективності надання правової допомоги.

Зазначені критерії та правові ситуації із судової практики не є вичерпними, а становлять радше примірний перелік і є маркерами тої правової поведінки, яка може розцінюватися як потенційна загроза для реалізації права на справедливий суд.

Список використаної літератури

1. Рішення ЄСПЛ у справі «Санніно проти Італії» від 27 квітня 2006 року. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-75213>
2. Рішення ЄСПЛ у справі «Кускани проти Сполученого Королівства» від 24 вересня 2002 року. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60643>
3. Рішення ЄСПЛ у справі «Камасинський проти Австрії» від 19 грудня 1989 року. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57614>
4. Рішення ЄСПЛ у справі «Артіко проти Італії» від 13 травня 1980 року. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57424>
5. Рішення ЄСПЛ у справі «Імбріюша проти Швейцарії» від 23 листопада 1993 року. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57852>
6. Рішення ЄСПЛ у справі «Дауд проти Португалії» від 21 квітня 1998 року. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58154>
7. Рішення ЄСПЛ у справі «Куліковський проти Польщі» від 21 грудня 2010 року. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-92611>
8. Рішення ЄСПЛ у справі «Чекалла проти Португалії» від 10 жовтня 2002 року. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60676>
9. Стандарти якості надання безоплатної вторинної правової допомоги в кримінальному процесі, затверджені Наказом Міністерства юстиції України від 25 лютого 2014 року № 386/5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0337-14#Text>
10. Волошанівська Т. Право на практичну та ефективну правову допомогу як складова частина права на захист у кримінальному провадженні / *Національний юридичний журнал: теорія і практика*. Випуск 5 (27), жовтень 2017. С. 143–147.
11. Мухудинова Н. Р. Обеспечение конституционного права каждого на получение квалифицированной юридической помощи в российском уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. Саранск, 2005. 220 с.
12. Перлов И. Д. Защита и правосудие. Роль и задачи советской адвокатуры. Москва: 1972. С. 146.
13. Мішук І. До питання про якість та ефективність діяльності адвоката-захисника в кримінальному провадженні / *Вісник Пенітенціарної асоціації України*, 2019 (2), С. 178–185.
14. Постанова від 18 квітня 2019 року (справа № 235/4937/17; провадження № 51–8193 км 18) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81360672>
15. Постанова від 27 лютого 2019 року (справа № 173/2570/14; провадження № 51–3059км18) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80251031>
16. Постанова від 24 вересня 2019 року (справа № 638/3014/15-к; провадження № 51–623 км 17) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84512423>
17. Постанова від 25 вересня 2019 року (справа № 234/11287/17; провадження № 51–3639км19) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84660079>
18. Постанова від 24 листопада 2020 року (справа № 235/5379/17; провадження № 51–3768 км 20) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93217878>
19. Постанова від 3 жовтня 2018 року (справа № 209/1493/16-к; провадження № 51–561км18) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/76972435>
20. Постанова від 2 серпня 2018 року (справа № 734/3015/15-к; провадження № 51–2862км18) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/75692087>
21. Постанова від 26 вересня 2019 року (справа № 628/2863/17; провадження № 51–8218 км18) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84694526>
22. Постанова від 10 червня 2020 року (справа № 379/781/19; провадження № 51–855км20) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89819679>
23. Постанова від 13 червня 2019 року (справа № 607/9498/16-к; провадження № 51–2422 км 18) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82492181>
24. Постанова від 11 лютого 2021 року (справа № 199/5500/15-к; провадження № 51–4191км20) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94974182>
25. Постанова від 28 лютого 2019 року (справа № 330/2292/14-к; провадження № 51–3974км18) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80304865>
26. Постанова від 7 червня 2018 року (справа № 714/266/16-к; провадження № 51–3324 км 18) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74598818>

References

1. Rishennia YeSPL u spravi «Sannino proty Italii» vid 27 kvitnia 2006 roku. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-75213>
2. Rishennia YeSPL u spravi «Kuskani proty Spoluchenohto Korolivstva» vid 24 veresnia 2002 roku. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60643>
3. Rishennia YeSPL u spravi «Kamasynskiyi proty Avstrii» vid 19 hrudnia 1989 roku. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57614>
4. Rishennia YeSPL u spravi «Artiko proty Italii» vid 13 travnia 1980 roku. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57424>
5. Rishennia YeSPL u spravi «Imbrioshha proty Shveitsarii» vid 23 lystopada 1993 roku. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57852>
6. Rishennia YeSPL u spravi «Daud proty Portuhalii» vid 21 kvitnia 1998 roku. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58154>
7. Rishennia YeSPL u spravi «Kulikovskiyi proty Polshchi» vid 21 hrudnia 2010 roku. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-92611>
8. Rishennia YeSPL u spravi «Chekalla proty Portuhalii» vid 10 zhovtnia 2002 roku. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60676>
9. Standarty yakosti nadannia bezplatnoi vtorynnoi pravovoi dopomohy v kryminalnomu protsesi, zatverdzeni Nakazom Ministerstva yustytstii Ukrainy vid 25 liutoho 2014 roku № 386/5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0337-14#Text> [in Ukrainian].
10. Voloshanivska T. (2017). Pravo na praktychnu ta efektyvnu pravovu dopomohu yak skladova chastyna prava na zakhyst u kryminalnomu provadzhenni / Natsionalnyi yurydychnyi zhurnal: teoriia i praktyka. Vypusk 5 (27), S. 143–147. [in Ukrainian].
11. Mukhudynova N.R. (2005). Obespechenye konstytutsyonnoho prava kazhdoho na poluchenye kvalyfytyrovanoi yurydycheskoi pomoshchy v rossiyskom uholovnom protsesse: dys. ...kand. yuryd. nauk. Saransk, 220 s. [in Russian].
12. Perlov Y.D. (1972). Zashchyta y pravosudyu. Rol y zadachy sovetskoi advokatury. Moskva: S. 146. [in Russian].
13. Mishchuk I. (2019) Do pytannia pro yakist ta efektyvnist diialnosti advokata-zakhysnyka v kryminalnomu provadzhenni / Visnyk Penitentsiarnoi asotsiatsii Ukrainy, (2), 178–185. [in Ukrainian].
14. Postanova vid 18 kvitnia 2019 roku (sprava № 235/4937/17; provadzhennia № 51–8193 km 18) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81360672> [in Ukrainian].
15. Postanova vid 27 liutoho 2019 roku (sprava № 173/2570/14; provadzhennia № 51–3059km18) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80251031> [in Ukrainian].
16. Postanova vid 24 veresnia 2019 roku (sprava № 638/3014/15-k; provadzhennia № 51–623 km 17) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84512423> [in Ukrainian].
17. Postanova vid 25 veresnia 2019 roku (sprava № 234/11287/17; provadzhennia № 51–3639km19) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84660079> [in Ukrainian].
18. Postanova vid 24 lystopada 2020 roku (sprava № 235/5379/17; provadzhennia № 51–3768 km 20) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93217878> [in Ukrainian].
19. Postanova vid 3 zhovtnia 2018 roku (sprava № 209/1493/16-k; provadzhennia № 51–561km18) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/76972435> [in Ukrainian].
20. Postanova vid 2 serpnia 2018 roku (sprava № 734/3015/15-k; provadzhennia № 51–2862km18) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/75692087> [in Ukrainian].
21. Postanova vid 26 veresnia 2019 roku (sprava № 628/2863/17; provadzhennia № 51–8218 km18) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84694526> [in Ukrainian].
22. Postanova vid 10 chervnia 2020 roku (sprava № 379/781/19; provadzhennia № 51–855km20) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89819679> [in Ukrainian].
23. Postanova vid 13 chervnia 2019 roku (sprava № 607/9498/16-k; provadzhennia № 51–2422 km 18) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82492181> [in Ukrainian].
24. Postanova vid 11 liutoho 2021 roku (sprava № 199/5500/15-k, provadzhennia № 51–4191km20) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94974182> [in Ukrainian].
25. Postanova vid 28 liutoho 2019 roku (sprava № 330/2292/14-k; provadzhennia № 51–3974km18) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80304865> [in Ukrainian].
26. Postanova vid 7 chervnia 2018 roku (sprava № 714/266/16-k; provadzhennia № 51–3324 km 18) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74598818> [in Ukrainian].

Стаття надійшла 10.05. 2021 р.

Н.Л. Дроздович, канд. юрид. наук, научный консультант
отдела обеспечения работы секретаря и судей судебной палаты
управления обеспечения работы первой судебной палаты
Кассационного уголовного суда в составе Верховного Суда
e-mail: sunrise.nadin@gmail.com
ORCID <https://orcid.org/0000-0002-0519-6909>

КРИТЕРИИ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ЭФФЕКТИВНОСТИ / НЕЭФФЕКТИВНОСТИ ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ ПРАВОВОЙ ПОМОЩИ В УГОЛОВНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ ПО ДАННЫМ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ ВЕРХОВНОГО СУДА

Резюме

Статья посвящена проблемам практической реализации гарантированного права на защиту в уголовном производстве. В частности, в ней подчеркивается актуальность вопроса об эффективности предоставления правовой помощи и соответственно говорится о качестве такой помощи в ходе уголовного производства. В исследовании рассмотрены рекомендации Европейского суда по правам человека в отношении содержания правовой помощи и указаны векторы понимания ее качества и эффективности. Также приводятся теоретические аспекты вопроса определения эффективности правовой помощи, ретроспектива и современные подходы. На основе современной судебной практики кассационного суда сформулированы критерии эффективности предоставления правовой помощи и в итоге предложен типовой перечень критериев для определения качества предоставляемой правовой помощи в уголовном производстве.

Ключевые слова: правовая помощь, эффективность правовой помощи, качество правовой помощи, защита в уголовном производстве, судебная практика.

N. L. Drozdovych, Candidate of Juridical Sciences, Scientific Consultant
of the Department for the provision of the secretary and judges of the judicial chamber
of the Department for the provision of work of the first judicial chamber
of the Cassation Court of the Supreme Court
e-mail: sunrise.nadin@gmail.com
ORCID <https://orcid.org/0000-0002-0519-6909>

CRITERIA FOR RECOGNIZING THE EFFECTIVENESS / INEFFECTIVENESS OF PROVIDING LEGAL ASSISTANCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS ACCORDING TO THE JUDICIAL PRACTICE OF THE SUPREME COURT

Summary

The article is devoted to the problems of practical implementation of the guaranteed right to defense in criminal proceedings. In particular, it emphasizes the relevance of the issue of the effectiveness of legal assistance, and thus the quality of such assistance in criminal proceedings. To study this issue, a comparative method of legal research was used, since empirical data from international judicial practice were used; as well as a scientific and practical method that provides for the processing of data from domestic judicial practice with subsequent analytical and generalizing processing of the selected examples of legal situations. The publication states the sufficiency of regulatory guarantees for the provision of legal assistance in criminal proceedings, which is declared by international documents and implemented in the national legal system at the level of general and sectoral legislation. First of all, the study considers the recommendations of the European Court of Human Rights on the content of Legal Aid and indicates the vectors of understanding its quality and effectiveness, formulated

in numerous decisions of this international judicial institution, which is considered well-established international judicial practice. Theoretical aspects of determining the effectiveness of legal assistance in criminal proceedings are also presented, as well as retrospective and modern understanding. Further, the criteria of this concept are summarized, and subsequently, attention is focused on domestic judicial practice, in particular the Criminal Cassation Court as part of the Supreme Court, as the highest court that ensures the unity of judicial practice. Based on this, criteria for the effectiveness of legal assistance were also generated, guided by specific examples from typical criminal proceedings. At the same time, legal situations are considered in practice, when legal assistance was recognized as ineffective, as well as cases of refutation of false allegations of the parties to criminal proceedings regarding the inadequate quality of legal assistance at various stages of criminal proceedings. As a result, within the scope of current judicial practice, an indicative list of criteria that can be used to determine the quality of legal assistance in criminal proceedings in terms of its effectiveness/ineffectiveness was proposed.

Keywords: legal assistance, effectiveness of legal assistance, quality of legal assistance, defense in criminal proceedings, judicial practice.

УДК 343.43:343.1

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2021.42.232429>

О. О. Мельнікова, канд. юрид. наук
Одеський державний університет внутрішніх справ
Кафедра кібербезпеки та інформаційного забезпечення факультету
підготовки фахівців для підрозділів кримінальної поліції ім. Олександра Одарія
вул. Успенська, 1, Одеса, 65014, Україна
e-mail: melnikova_lena@ukr.net
ORCID ID: 0000-0001-8026-752X

Г. В. Форос, канд. юрид. наук, доцент
Одеський державний університет внутрішніх справ
Кафедра кібербезпеки та інформаційного забезпечення факультету
підготовки фахівців для підрозділів кримінальної поліції ім. Олександра Одарія
вул. Успенська, 1, Одеса, 65014, Україна
e-mail: zagika_anna@ukr.net
ORCID ID: 0000-0002-9504-3681

ОСОБЛИВОСТІ ВИКОРИСТАННЯ ІНФОРМАЦІЙНО-АНАЛІТИЧНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ОПЕРАТИВНОГО ПОШУКУ ОЗНАК ЗЛОЧИНІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ З ТОРГІВЛЕЮ ЛЮДЬМИ

У статті розглядаються сучасний стан та проблеми організаційно-аналітичного забезпечення діяльності оперативних підрозділів під час оперативного пошуку ознак злочинів, пов'язаних з торгівлею людьми, визначається його специфіка, пропонуються шляхи його вдосконалення як засобу управління.

Встановлено відмінності понять «інформаційно-аналітичне забезпечення» та «інформаційне забезпечення», що дозволило дійти до висновку, що ці поняття не можна ототожнювати у зв'язку з тим, що вони є різними за своєю сутністю та співвідносяться між собою як загальне і часткове.

Для розуміння сутності інформаційно-аналітичної роботи та інформаційно-аналітичного забезпечення необхідно звернутися до самих понять аналізу.

Визначаються особливості інформаційного забезпечення оперативного пошуку ознак злочинів, пов'язаних з торгівлею людьми. Розкриваються особливості інформаційно-аналітичного забезпечення оперативного пошуку ознак злочинів, пов'язаних з торгівлею людьми, пропонується визначення його поняття.

Ключові слова: інформаційно-аналітична робота, управління, інформаційне забезпечення, торгівля людьми.

Постановка проблеми. В останні десятиліття широкого розповсюдження набула діяльність гласного та негласного пошуку й добування інформації з відкритих і закритих інформаційних систем, баз і банків даних, контролю за повідомленнями, які передаються в комп'ютерних мережах, отримання персональних даних користувачів автоматизованих інформаційних систем (АІС) та іншої цінної комп'ютерної інформації. Для характеристики подібної діяльності використовуються терміни «комп'ютерна розвідка», «комп'ютерний пошук», «аналітична розвідка», «аналітична розвідка засобами Інтернет», «комп'ютерний моніторинг», «кіберрозвідка» тощо. Необхідно зауважити, що для такої діяльності необхідна організаційна структура управління інформаційно-аналітичною роботою в оперативних підрозділах Національної поліції.

У теорії та практиці оперативно-розшукової діяльності (ОРД) поняття «інформаційно-аналітична робота», досліджують, по-перше, як елемент організації ОРД, тобто пошук, збирання, оцінка, аналіз, узагальнення даних, необхідних для ухвалення управлінського чи оперативного рішення; по-друге, як засіб отримання інформації в ОРД. При цьому суб'єктами інформаційно-аналітичної роботи в ОРД є оперативні підрозділи карного розшуку, БЗПТЛ, протидії наркозлочинності, кіберполіції, з виявлення небезпечних ма-

теріалів та екологічних злочинів, кримінальної розвідки, оперативної служби, ОТЗ, внутрішньої безпеки, спеціальної поліції.

Питанням організаційно-аналітичного забезпечення приділялася увага в науковій літературі, зокрема С. Албулом, А. Іпакяном, О. Воробйовим, Б. Заботніним, С. Тельшевським, В. Лукашевим, Н. Михайлюком, В. Іллічовим, В. Самойловим. Водночас у системі організаційно-аналітичного забезпечення оперативного пошуку ознак злочинів, пов'язаних з торгівлею людьми є ряд проблем, що позначаються на якості управління, шляхи до розв'язання яких – в удосконаленні організаційно-аналітичного забезпечення підрозділів ДБЗПТЛ. На думку авторів, розв'язанню комплексу цих проблем сприятиме визначення суті та пошук шляхів оптимізації організаційно-аналітичного забезпечення оперативного пошуку ознак злочинів, пов'язаних з торгівлею людьми, що і є метою цієї статті.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У науковій площині різнобічних питань виявлення і розслідування торгівлі людьми та проблем інформаційно-аналітичної роботи в ОРД в своїх працях приділяли увагу В. Аتماжитов, О. Бандурка, Б. Бараненко, В. Бахін, В. Берназ, Є. Белоглазов, К. Беляков, В. Бірюков, А. Волобуєв, І. Воронов, В. Галаган, К. Горяїнов, Ю. Грошевий, Є. Демянчук, О. Джужа, О. Долженков, В. Захаров, А. Іщенко, М. Карпов, І. Козаченко, В. Колб, В. Лисиченко, Д. Нікіфорчук, Ю. Орлов, В. Ортинський, О. Подібний, Н. Погорецький, В. Тарасенко, Л. Удалова, В. Шепітько та інші. На рівні дисертацій проблеми виявлення та розслідування торгівлі людьми були предметом досліджень П.В. Горбасенко, Д.Г. Казначеева, В.В. Максимова, О.О. Мельнікової, М.С. Набруско, В.В. Пяковського, Д.Б. Санакоєва, К.А. Щербаківського.

Мета статті полягає в тому, щоб сприятиме суті та пошуку шляхів оптимізації організаційно-аналітичного забезпечення оперативного пошуку ознак злочинів, пов'язаних з торгівлею людьми, а також перспективі застосування новітніх інформаційних і телекомунікаційних технологій в ОРД, а саме у пошуку ознак злочинів, пов'язаних з торгівлею людьми, які дають змогу інтегрувати й опрацьовувати величезну кількість даних, що містяться у відкритих джерелах інформації та спеціалізованих АІС, отримуючи до того ж нові знання кримінологічного та оперативно-розшукового характеру.

Виклад основного матеріалу. З початку нового тисячоліття феномен торгівлі «живим товаром» набув значної гостроти та актуальності, суспільство вимагало більш рішучих дій у боротьбі з цією проблемою як на національному, так і на міжнародному рівнях.

Одним із суб'єктів протидії торгівлі людьми є Департамент боротьби зі злочинами, пов'язаними з торгівлею людьми (далі – ДБЗПТЛ) Національної поліції України. ДБЗПТЛ є структурним підрозділом Національної поліції України, який функціонує у складі кримінальної поліції та відповідно до законодавства України забезпечує реалізацію державної політики у сфері протидії торгівлі людьми, запобігання вчиненню; виявлення, припинення та розкриття кримінальних правопорушень, пов'язаних з нелегальною міграцією, а також правопорушень у сфері суспільної моралі.

Саме цей Департамент відповідно до покладених на нього завдань організовує та здійснює оперативно-розшукову діяльність, спрямовану на виявлення та припинення кримінальних правопорушень, пов'язаних з торгівлею людьми, нелегальною міграцією, а також правопорушень у сфері суспільної моралі, та комплексне використання джерел оперативної інформації, можливостей оперативних підрозділів та застосування оперативно-технічних засобів під час провадження в оперативно-розшукових справах. Відповідно до законодавства України користується базами (банками) даних Національної поліції України та МВС, а також інших державних органів, надає пропозиції щодо створення нових та вдосконалення діючих автоматизованих інформаційних систем; забезпечує своєчасне поповнення та належне використання оперативно-пошукових обліків.

У Департаменті боротьби зі злочинами, пов'язаними з торгівлею людьми, Національної поліції України за сприяння Міжнародної організації з міграції (МОМ) та фінансування Державного департаменту США запроваджені системи кримінального аналізу та аналізу ризиків, сумісні зі стандартами ЄС. Аналогічну систему вже було

успішно запроваджено у Державній прикордонній службі України (ДПСУ), і представники ДПСУ входять до числа експертів, залучених до розробки систем кримінального аналізу та аналізу ризиків у Департаменті боротьби зі злочинами, пов'язаними з торгівлею людьми, Національної поліції України. Все це обумовлює необхідність дослідження інформаційно-аналітичного забезпечення діяльності оперативних підрозділів та надання рекомендацій щодо шляхів удосконалення інформаційно-аналітичної діяльності ДБЗПТЛ.

В сучасній теорії оперативно-розшукової діяльності до організації протидії злочинам відносять вивчення, аналіз та оцінку оперативної обстановки, інформаційно-аналітичне забезпечення, планування оперативно-розшукової діяльності, взаємодію в оперативно-розшуковій діяльності, фінансове забезпечення оперативно-розшукової діяльності, контроль та нагляд за оперативно-розшуковою діяльністю [8, с. 331]. У свою чергу, організація оперативно-розшукової діяльності оперативних підрозділів Національної поліції, зокрема щодо здійснення оперативного пошуку ознак злочинів, пов'язаних з торгівлею людьми, нерозривно пов'язана з інформацією, яка виступає і як предмет, і як знаряддя, і як результат цієї діяльності. Як слушно зазначають науковці, саме завдяки інформаційним процесам система здатна здійснювати доцільну взаємодію з навколишніми умовами, координувати та субординувати відносини власних компонентів, спрямовувати їх рух, рівно як і рух себе самої як цілого, до задалегідь запрограмованої мети [10, с. 43].

Термінологічно, у літературі використовуються такі поняття, як «інформаційно-аналітичне забезпечення», «інформаційно-аналітична робота». При цьому, автори наукових праць не дають розгорнутого визначення цих понять. У зв'язку з цим, досить часто у літературі поняття «інформаційно-аналітичного забезпечення» підмінює поняття «інформаційного забезпечення» та використовується у його значенні. За нашим переконанням, ці поняття не можна ототожнювати у зв'язку з тим, що вони є різними за своєю сутністю та співвідносяться між собою як загальне і часткове.

Для розуміння сутності інформаційно-аналітичної роботи та інформаційно-аналітичного забезпечення необхідно звернутися до самих понять аналізу, аналітики. Так, у тлумачному словнику В. І. Даля під «аналітикою» розуміється «спосіб вирішення питання від дії або явища до причин» [2]. У свою чергу, С. І. Ожегов під «аналізом» визначав «метод наукового дослідження шляхом розгляду окремих сторін, властивостей, складових частин чого-небудь» [7, с. 231].

На думку В. М. Плішкіна, інформаційне забезпечення є діяльністю, що гарантує створення інформаційної основи для такого аналізу. Таким чином, інформаційно-аналітичне забезпечення є поняттям більш ширшим та важливішим для управління складними соціальними системами [8, с. 112].

Інформаційно-аналітичне забезпечення – це сукупність технологій, методів збору та обробки інформації, що характеризує об'єкт управлінського впливу (соціальні, політичні, економічні та інші процеси), специфічних прийомів їхньої діагностики, аналізу та синтезу, а також оцінки наслідків прийняття різних варіантів політичних рішень. Систему інформаційного-аналітичного забезпечення управління можна визначити як взаємозалежну та відповідним чином сформовану сукупність організаційних, організаційно-правових, інформаційних, методичних, програмно-технологічних компонентів, що забезпечує необхідну якість прийнятих управлінських рішень за рахунок раціонального використання інформаційних ресурсів та інформаційних технологій. З поєднанням принципів проблемної орієнтації та програмно-цільової установки як відносно тематики інформаційного забезпечення, так і відносно вибіркової підготовки інформації та доведення її до керівників відповідно до їх місця в системі управління та основних функціональних обов'язків [10, с. 5].

На нашу думку, систему інформаційного-аналітичного забезпечення можна визначити як взаємозалежну та відповідним чином сформовану сукупність організаційних, організаційно-правових, інформаційних, методичних, програмно-технологічних компо-

ментів, що забезпечує необхідну якість прийнятих управлінських рішень за рахунок раціонального використання інформаційних ресурсів та інформаційних технологій.

З поєднанням принципів проблемної орієнтації та програмно-цільової установки як відносно тематики інформаційного забезпечення, так і відносно вибірковості підготовки інформації та доведення її до керівників відповідно до їх місця в системі управління та основних функціональних обов'язків. Управлінські структури як суб'єкти системи інформаційного-аналітичного забезпечення постійно взаємодіють із інформаційним середовищем, регулюють рух інформації, аналізують тенденції й на цій основі розробляють рекомендації для прийняття управлінських рішень, удосконалювання оптимального управлінського впливу для досягнення цілей керування. Відповідно, однією з головних цілей інформаційно-аналітичного забезпечення оперативного пошуку ознак злочинів, пов'язаних з торгівлею людьми є виявлення загальних властивостей і ознак цих злочинів, на підставі яких здійснюється прогнозування оперативно-тактичної ситуації, що дозволяє визначити найбільш оптимальні управлінські рішення.

Інформаційно-аналітичне забезпечення є важливою складовою організаційної діяльності, що формує стадії визначення проблем системи управління та їх аналіз; підготовки та прийняття управлінського рішення; контролю за його виконанням та оцінки ефективності [6, с. 61]. Вона є більш важливою та необхідною для управління великими та складними системами. Необхідно відмітити, що аналітична робота не може здійснюватися окремо від інформаційної. В процесі аналізу інформації постійно виникають нові обставини та необхідність додаткового отримання інформації. Інформація є основою, фундаментом для аналітики. Саме тому, досліджуючи організаційні аспекти оперативного пошуку ознак злочинів, пов'язаних з торгівлею людьми, ми аналізуємо саме інформаційно-аналітичне забезпечення та його місце у цій діяльності.

На нашу думку, інформаційно-аналітичне забезпечення оперативно-розшукової діяльності – це передбачена законодавством України система запроваджених заходів, спрямованих на збір, узагальнення, аналіз, зберігання та використання інформації, у тому числі обмеженого доступу, що має значення для вирішення завдань цієї діяльності в інтересах досудового слідства, безпеки громадян, суспільства і держави. Інформаційно-аналітичне забезпечення оперативно-розшукової діяльності передбачає: покращення оперативної обізнаності працівників, які безпосередньо займаються профілактикою та виявленням злочинів; підвищення ефективності протидії злочинності; своєчасність реагування та вжиття попереджувальних заходів, спрямованих на недопущення вчинення кримінальних правопорушень певним колом осіб; установлення належної взаємодії між службами та підрозділами органів Національної поліції України; удосконалення профілактичної роботи з криміногенною категорією громадян та особами, які перебувають на обліку в підрозділах Національної поліції України; динамічність на якість реагування на заяви та повідомлення про вчинені кримінальні правопорушення, інші події, у яких убачаються їх ознаки; запровадження дієвого контролю за оперативно-службовою діяльністю служб і підрозділів органів Національної поліції України.

Головною категорією інформаційно-аналітичного забезпечення є інформація, за відсутності якої неможливо правильно і цілеспрямовано реалізовувати управлінський процес. Згідно ст. 1 Закону України «Про інформацію», інформація – це будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді [4].

В теорії оперативно-розшукової діяльності сформульовані різні підходи до визначення категорії оперативно-розшукової інформації. Зокрема, до неї відносять: будь-які відомості, що враховуються на різних стадіях управління; фактичну інформацію, а саме відомості, що характеризують оперативно-тактичну обстановку, психологічні риси підозрюваних злочинців, поточні профілактичні та оперативно-розшукові заходи, види і способи здійснення злочинів, прикмети злочинців, про обставини, що мають значення при плануванні й здійсненні оперативно-розшукових заходів та негласних слідчих (розшуко-

вих) дій, проведенні оперативно-аналітичної роботи, а також надання сприяння у кримінальному провадженні [1]; сукупність первинних та вихідних даних про осіб, причетних до підготовки злочинів, стану оперативно-розшукових сил і засобів, а також умов, у яких відбувається діяльність органів внутрішніх справ у боротьбі зі злочинністю; на законних підставах отримані оперативними підрозділами відомості із застосуванням гласних та негласних заходів, сил та засобів, що мають значення для встановлення обставин вчинення злочину і викриття винних осіб шляхом використання їх органами досудового розслідування; інформація, яка характеризує оперативну обстановку в певному районі чи на території всієї країни, і містить відомості, отримані в ході спеціальних заходів по боротьбі зі злочинністю.

В системі інформаційно-аналітичного забезпечення оперативних підрозділів за ознаками новизни і періодичності надходження, за слушним висловленням Г. О. Душейка, необхідно розрізняти два види оперативно-розшукової інформації: первинні дані, тобто раніше невідома інформація, що становить оперативний інтерес; інформація, що перевірена, накопичена, врахована внаслідок здійснення оперативно-розшукових заходів і пристосована для використання в боротьбі зі злочинністю [3]. Ці два види інформації, на наш погляд, знаходячись у постійному взаємозв'язку, відображають послідовні етапи інформаційно-аналітичного забезпечення оперативно-розшукової діяльності оперативних підрозділів. Зважаючи на це, під час оперативного пошуку ознак злочинів, пов'язаних з торгівлею людьми першочергово мають справу саме з первинною інформацією. Потім, після перевірки та надання уточнюючих цільових завдань негласним джерелам, отримується більш конкретизована інформація, яка відповідно знову перевіряється і накопичується. Первинна інформація має накопичуватись завдяки попередній якісно проведеної аналітичній роботі.

Що стосується аналітичної інформації, то вона представляє собою відомості, отримані з перевірених, співвіднесених фактів, які викладені таким чином, щоб відповідати вирішенню конкретного завдання. Аналітична інформація повинна відповідати наступним якісним характеристикам:

- цінність (корисність) – ступінь сприяння досягненню мети замовника інформації;
- точність – припустимий рівень викривлення інформації;
- достовірність – властивість інформації відображати реально існуючі об'єкти з необхідною точністю;
- повнота – необхідний обсяг відомостей для прийняття виваженого та ефективного рішення;
- оперативність – іншими словами, актуальність, відповідність інформації поточному моменту;
- коректність – однозначність сприйняття інформації всіма споживачами.

Аналітична інформація за генезисом поділяється на первинну та на вивідну (вторинну). Під первинною аналітичною інформацією маються на увазі відомості про окремі події, кількість та якість певних предметів, дії політичних акторів тощо. Як правило дана комбінація різноманітних відомостей є слабо структурованою. Єдине, що їх об'єднує – це характеристика певного явища та мета – розв'язання якого-небудь завдання. Вивідна аналітична інформація представляє собою результат логічного аналізу та узагальнення первинних аналітичних даних з боку безпосередніх учасників подій або зовнішніх спостерігачів (аналітиків, консультантів тощо). Вона дозволяє приймати зважене рішення суб'єкту будь-якої діяльності, орієнтуватися у конкретних моментах ситуації та прогнозувати подальший розвиток подій.

Як зазначалося раніше, інформаційно-аналітичне забезпечення є важливим і необхідним елементом організації оперативного пошуку ознак злочинів, пов'язаних з торгівлею людьми. Значимість оптимально організованого інформаційно-аналітичного забезпечення полягає в тому, що воно сприяє прийняттю найбільш доцільних управлінських

рішень на всіх рівнях, що є однією з головних умов підвищення ефективності діяльності оперативних підрозділів. Під таким забезпеченням прийнято розуміти комплекс заходів, а саме: збирання, класифікацію, обробку, аналіз і використання (реалізацію) інформації, необхідної підрозділам карного розшуку для найбільш ефективного використання сил, засобів, заходів і форм з метою протидії злочинності [7, с. 36].

Висновки і пропозиції. Кінцевою метою інформаційно-аналітичного забезпечення в будь-якій сфері є підготовка й обґрунтування варіантів рішень на різних рівнях управлінської структури. При цьому управлінські рішення можуть стосуватися будь-яких видів діяльності оперативних підрозділів, зокрема щодо оперативного пошуку ознак легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом. Кожний з них є надзвичайно складним, супроводжується прийняттям відповідальних рішень і проведенням заходів та операцій, що частіше торкаються прав і інтересів громадян. За нашим переконанням, інформаційно-аналітичне забезпечення оперативного пошуку ознак злочинів, пов'язаних з торгівлею людьми, являє собою комплекс заходів, спрямованих на пошук, збирання, оброблення, класифікацію та аналіз оперативно-розшукової інформації стосовно фактів торгівлі людьми та осіб, що до неї причетні, її фіксацію, накопичення, збереження, опрацювання, аналіз і використання первинних і вивідних даних з метою виконання оперативними підрозділами покладених на них функцій з протидії торгівлі людьми.

Список використаної літератури

1. Албул С. В., Андрусенко С. В. и др. Основи оперативно-розшукової діяльності: навч. посіб. Одеса: ОДУВС, 2016. 270 с.
2. Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка: в 4 т. М.: ГИС, 1955. (Набрано и напечатано со 2-го изд., 1880–1882 гг.) Т. 1: А–З. LXXXVIII, 669 с. Тит. л. изд. 1980.
3. Душейко Г. О. Загальні основи взаємодії оперативних працівників зі слідчими при порушенні кримінального провадження за матеріалами оперативно-розшукової діяльності. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2012. № 4. С. 503–510.
4. Про інформацію: Закон України від 02.10.1992 № 2657–12. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12>
5. Інформаційно-аналітичне забезпечення оперативно-розшукової діяльності: Монографія. В. А. Буржинський, М. Г. Вербеньський, В. С. Гуславський та ін. Луганськ: РВВ ЛДУВС, 2009. 110 с.
6. Мякота Є. В. Інформаційно-аналітична робота як елемент забезпечення протидії відмиванню коштів: Теоретичні та практичні засади протидії злочинам у бюджетній сфері: зб. матеріалів міжвід. семінара-наради та науково-практичного семінару. К.: ДДСБЕЗ МВС України, 2013. С. 96–97.
7. Ожегов С. И. Толковый словарь русского языка. 4-е изд., доп. М.: Азбуковник, 1999. 324 с.
8. Плішкін В. М. Теорія управління органами внутрішніх справ: Підручник. За ред. канд. юрид. наук Ю. Ф. Кравченка. К.: Національна академія внутрішніх справ України, 1999. 702 с.
9. Телешун С. О. Інформаційно-аналітична діяльність в державному управлінні: навч.-метод. матеріали. К.: НАДУ, 2013. 36 с.
10. Яковец Е. Н. Основы информационно-аналитического обеспечения оперативно-розыскной деятельности: учебное пособие. М.: Щит-М, 2009. 266 с.

References:

1. Albul S. V. Andrusenko S. V., etc.. (2016). Fundamentals of operational and investigative activities: textbook. Odesa: ODUVA, 270 p. [in Ukrainian].
2. Dal V. I. (1980). Explanatory dictionary of the living Great Russian language: in 4 vols. M.: GIS, 1955. (Typewritten and printed from the 2nd ed., 1880–1882) Vol. LXXXVIII, 669 p. Titus. I. ed. [in Russian].
3. Dusheyko G. O. (2012). General bases of interaction of operative workers with investigators at infringement of criminal proceedings on materials of operatively-search activity. *Scientific herald of the Dnepropetrovsk state university of internal affairs*. № 4. pp. 503–510. [in Ukrainian].
4. On Information: Law of Ukraine of October 02, 1992 № 2657–12. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12> [in Ukrainian].
5. Information and analytical support of operational and investigative activities: monograph. V. A. Burzhinsky, M. G. Verbensky, V. S. Guslavsky and others. Lugansk: RVV LDUIA, 2009. 110 p. [in Ukrainian].
6. Miakota Ye. V. (2013). Information and analytical work as an element of anti-money laundering: theoretical and practical principles of combating crimes in the budget sphere: Coll. materials interdepartmental. seminar-meeting and scientific-practical seminar. K.: DDSBEZ MVD Ukrainy, P. 96–97. [in Ukrainian].

7. Ozhegov S. I. (1999). Explanatory dictionary of the Russian language. 4th ed., Ext. M.: Azbukovnik, 324 p. [in Russian].
8. Plishkin V. M. (1999). Theory of management of internal affairs bodies: Textbook / Ed. Cand. jurid. Science Yu. F. Kravchenko. K.: National Academy of Internal Affairs of Ukraine, 702 p. [in Ukrainian].
9. Teleshun S. O. (2013). Information and analytical activities in public administration: teaching method. materials. K.: NADY, 36 p. [in Ukrainian].
10. Yakovets E. N. (2009). Fundamentals of information and analytical support of operational and investigative activities: a textbook. M.: Shchyt. M, 266 p. [in Russian].

Стаття надійшла 15.04.2021 р.

Е. А. Мельникова, канд. юрид. наук

Одесский государственный университет внутренних дел
Кафедра кибербезопасности и информационного обеспечения
факультета подготовки специалистов для подразделений
криминальной полиции им. Александра Одария
ул. Успенская, 1, Одесса, 65014, Украина
e-mail: melnikova_lena@ukr.net
ORCID ID: 0000-0001-8026-752X

А. В. Форос, канд. юрид. наук, доцент

Одесский государственный университет внутренних дел
Кафедра кибербезопасности и информационного обеспечения
факультета подготовки специалистов для подразделений
криминальной полиции им. Александра Одария
ул. Успенская, 1, Одесса, 65014, Украина
e-mail: zagika_anna@ukr.net
ORCID ID: 0000-0002-9504-3681

ОСОБЕННОСТИ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ИНФОРМАЦИОННО-АНАЛИТИЧЕСКОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ ОПЕРАТИВНОГО ПОИСКА ПРИЗНАКОВ ПРЕСТУПЛЕНИЙ, СВЯЗАННЫХ С ТОРГОВЛЕЙ ЛЮДЬМИ

Резюме

В статье рассматриваются современное состояние и проблемы организационно-аналитического обеспечения деятельности оперативных подразделений при оперативном поиске признаков преступлений, связанных с торговлей людьми, определяется его специфика, предлагаются пути его совершенствования как средства управления.

Установлены различия понятий «информационно-аналитическое обеспечение» и «информационное обеспечение», что позволило прийти к выводу, что эти понятия нельзя отождествлять в связи с тем, что они различны по своей сути и соотносятся между собой как общее и частное.

Для понимания сущности информационно-аналитической работы и информационно-аналитического обеспечения необходимо обратиться к самим понятиям анализа.

Определяются особенности информационного обеспечения оперативного поиска признаков преступлений, связанных с торговлей людьми. Раскрываются особенности информационно-аналитического обеспечения оперативного поиска признаков преступлений, связанных с торговлей людьми, предлагается определение его понятия.

Ключевые слова: информационно-аналитическая работа, управление, информационное обеспечение, торговля людьми.

O. O. Melnikova, Candidate of Juridical Sciences
Odesa State University of Internal Affairs
Department of Cyber Security and Information Support
Faculty of Training Specialists for Criminal Police Units
St. Uspenska, 1, Odesa, 65014, Ukraine
e-mail: melnikova_lena@ukr.net
ORCID ID: 0000-0002-9504-3681

A. V. Foros, Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor,
Odesa State University of Internal Affairs
Department of Cyber Security and Information Support
Faculty of Training Specialists for Criminal Police Units
St. Uspenska, 1, Odesa, 65014, Ukraine
e-mail: zagika_anna@ukr.net
ORCID ID: 0000-0002-9504-3681

PECULIARITIES OF USING INFORMATION AND ANALYTICAL SUPPORT OF OPERATIONAL SEARCH FOR SIGNS OF CRIMES RELATED TO HUMAN TRAFFICKING

Summary

The article emphasizes the fact that one of the most dangerous types of international criminal business that grossly violates the rights of the individual is human trafficking. According to United Nations experts, this type of crime ranks third in terms of profitability after drug and arms trafficking. The realities of today prove that the era of combating human trafficking through the use of long-known methods is over. They should be replaced by new methods of crime detection using information technology, specialized software with the involvement of specialized analysts.

Effective counteraction, in particular to the prevention of crimes related to human trafficking, requires proper cooperation of units for combating crimes related to human trafficking, the National Police of Ukraine with other actors in combating such crimes and is impossible without studying and taking into account legal, organizational and tactical factors in the functioning of operational units. Research carried out in this area also requires a comprehensive approach.

The article considers the current state and problems of organizational and analytical support of operational units during the operational search for signs of crimes related to human trafficking, determines its specifics, suggests ways for improving it as a management tool.

The differences between the concepts of “information and analytical support” and “information support” are identified, it led to the conclusion that these concepts can not be identified due to the fact that they are different in nature and relate to each other as general and partial.

To understand the essence of information and analytical work and information and analytical support, it is necessary to turn to the very concepts of analysis.

Features of information support of operative search of signs of crimes connected with human trafficking are defined. Features of information and analytical support of operative search of signs of the crimes connected with human trafficking are opened, definition of its concept is offered.

Keywords: information and analytical work, management, information support, human trafficking.

УДК 343.2(477)

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2021.42.232439>

О. А. Чуваков, докт. юрид. наук, профессор, заведующий кафедры
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
Кафедра уголовного права, уголовного процесса и криминалистики
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина
e-mail: olehchuvakov@gmail.com
ORCID: orcid.org/0000-0001-9983-8943

КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ ОСНОВЫ КВАЛИФИКАЦИИ ГОСУДАРСТВЕННЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ В ГОДЫ ВЕЛИКОЙ ОТЕЧЕСТВЕННОЙ ВОЙНЫ

В статье исследованы проблемные вопросы квалификации преступлений против государственной безопасности в годы Великой Отечественной войны. Констатируется, что законодательство рассматриваемого периода характеризовалось признаками чрезвычайного законодательства – законодательства военного времени, в связи, с чем многие нормативные предписания носили временный характер – действовали лишь на период войны. Аргументируется, что в исследуемом периоде широко применяется практика криминализации административных правонарушений и дисциплинарных проступков, чем были установлены новые форматы в оценке общественно-опасных деяний направленных против безопасности государства.

Ключевые слова: законодательство, преступления, уголовная ответственность, боевые действия, военное положение, война, государственная безопасность, квалификация, измена Родине.

Постановка проблемы. Уголовное законодательство рассматриваемого периода, в части методики трансформации преступлений против государства, приобретает целый ряд отличительных характеристик и устанавливает новые форматы в оценке общественно-опасных деяний направленных против безопасности государства. Так, в указанный период происходит становление новых видов преступных деяний, влекущих уголовную ответственность, а также широко практикуется криминализация административных правонарушений и дисциплинарных проступков. Кроме этого, очевидным представляется усиление мер уголовной репрессии (путем ужесточения санкций) по имеющимся составам преступлений.

Обращает на себя внимание также нечеткость и неопределенность уголовно-правовых норм, несоразмерность наказаний тяжести совершенных деяний. Как правило, чрезвычайные нормативно-правовые акты не содержали конкретного состава преступления, а выражали его в абстрактной форме и определяли лишь объект преступления (например, Указ Президиума Верховного Совета СССР от 6 июля 1941 г. «Об ответственности за распространение во время войны ложных слухов, возбуждающих тревогу среди населения») [1]. Подобная неопределенность правового регулирования усложняла процесс квалификации общественно опасных деяний. Нормативными предписаниями данного периода, в большинстве случаев, не определялась виновность субъекта преступления. Лицо, подозреваемое в совершении преступления, подлежало ответственности независимо от того, в чем выражалась его субъективная сторона и содержалась ли в ней его вина. Данное обстоятельство подтверждалась практикой привлечения к уголовной ответственности членов семей обвиняемого.

Анализ последних исследований и публикаций. Подобная проблематика в части исследования вопросов уголовно-правовой охраны государственной безопасности рассматривалась в трудах таких отечественных исследователей как Г.З. Анашкина, А.Ф. Бантишева, В.А. Глушкова, С.В. Дьякова, Л.Д. Ермаковой, В.П. Емельянова, А.Н. Костенко, В.А. Липкана, М.И. Мельника, В.А. Навроцкого, Е.Д. Скулиша, А.С. Сотула, Е.Л. Стрельцова, В.Я. Тация, М.И. Хавронюка и др. При этом следует

отметить, что в отечественной уголовно-правовой науке отсутствуют комплексные сравнительно-правовые исследования проблем квалификации государственных преступлений в чрезвычайный период – в период военного времени, что констатирует необходимость детального исследования указанной проблемы.

Цель статьи. В силу представленных положений возникает объективная необходимость в установлении критериев, которые во многом определяли специфику и сущность процесса квалификации государственных преступлений в условиях военного времени – в контексте чрезвычайного законодательства.

Изложение основного материала. С момента начала Великой Отечественной войны противодействие государственным преступлениям осуществлялось посредством применения норм Положения о преступлениях государственных (контрреволюционных и особо для СССР опасных преступлениях против порядка управления) от 1927 года [2], а также посредством применения целого ряда нормативно-правовых актов военного времени, например, Указа Президиума Верховного Совета СССР «О военном положении» от 22 июня 1941 г. [3], «Об ответственности за распространение в военное время ложных слухов, возбуждающих тревогу среди населения» от 6 июля 1941 г. [1], «Об ответственности за разглашение государственной тайны и за утрату документов, содержащих государственную тайну» от 15 ноября 1943 г. [4] и многих других правовых актов.

Большая часть нормативных предписаний принималась и вводилась Президиумом Верховного Совета СССР, Советом Народных Комиссаров, Наркоматами обороны, юстиции, Прокуратурой СССР, а также Государственным комитетом обороны (ГКО) [5, с. 41].

В начальный период Великой Отечественной войны наблюдается существенное усиление карательной политики, причем данное обстоятельство в большей степени выражено в районах активных боевых действий. Указанное обстоятельство находило свое логическое подтверждение в комплексе принятых решений чрезвычайным органом того периода – Государственным Комитетом Обороны, который фактически дублировал функционирование таких действующих конституционных органов, как Верховный Совет СССР и Президиум Верховного Совета СССР. Такое обстоятельство объясняется особым статусом, которым был наделен ГКО как временный, чрезвычайный орган власти и управления. Следует отметить, что в ГКО была сосредоточена «вся полнота власти в государстве» – в соответствии со ст. 2 указанного постановления о создании ГКО. В истории существования СССР никогда ранее не функционировал орган с такими неограниченными полномочиями, не предусмотренными Конституцией СССР, а его постановления имели силу законов военного времени. Причем все государственные учреждения, военные и общественные организации, граждане СССР строго обязаны были выполнять постановления и распоряжения ГКО.

При возникающей необходимости в ГКО образовывались специальные комитеты и комиссии. В 1941–1942 гг. ГКО были созданы местные прифронтовые чрезвычайные органы – городские комитеты обороны. Такие комитеты были созданы в Туле, Ростове, Сталинграде, Воронеже, Одессе, Севастополе, – в общей сложности более чем в 60 городах.

Данное обстоятельство, безусловно, не соответствовало существующей правовой доктрине советского государства, согласно которой уголовная ответственность за государственные и воинские преступления, регламентировалась только действующим уголовным законодательством. Но, тем не менее, подавляющее большинство нормативно-правовых предписаний рассматриваемого периода, составляющие основу карательной политики СССР, опиралось во многом на действующее уголовное законодательство, доказательством чего является сохранение в неизменном виде составов преступлений против государства.

Самыми распространенными особо опасными государственными преступлениями данного периода были: измена Родине (ст. 58–1, п. п. «а» и «б» УК РСФСР), шпионаж (ст. 58–6 УК РСФСР), а также пропаганда или агитация, содержащие призыв к свержению, подрыву или ослаблению советской власти (ст. 58–10 УК РСФСР) [6, с. 2]. Так,

рассматривая практику квалификации преступлений против государства, в целом, наблюдается отступление от основных принципов уголовного права. Например, диспозиция ст. 58 УК РСФСР определяла наличие в деянии субъекта преступления призывов к свержению, подрыву или ослаблению советской власти или к совершению другого контрреволюционного преступления. Однако, правоприменительная практика необоснованно расширяла такое толкование. В итоге, военных и гражданских лиц привлекали к уголовной ответственности за беседы, в которых они сравнивали характеристики советского и немецкого оружия и боевой техники, сравнивали уровень жизни людей до революции и после, обсуждали уровень снабжения советской армии продовольствием и обмундированием и т.п. Причем, большая часть военнослужащих и гражданских лиц было привлечено к уголовной ответственности в период войны по ст. 58–10 УК РСФСР. Следует отметить, что определенная часть из них была даже приговорена к расстрелу в силу вынесения неправосудных приговоров военными трибуналами. Такие приговоры выносились, например, за то, что солдаты зачитывали вражеские листовки, найденные на полях сражения или за то, что использовали эти листовки для изготовления сигарет.

Порядка половины всех уголовных дел данной категории в отношении военнослужащих рассматривались военным трибуналом либо внесудебным органом по п. «б» ст. 58–1 УК РСФСР а в отношении гражданских лиц – по п. «а» указанной статьи. Как, отмечалось ранее, распространенность данного преступления совсем не означает, что красноармейцы массово совершали действия, квалифицируемые, как измена Родине. В данном случае речь идет о том, что такая практика искусственно завышалась правоприменительными органами в силу незаконного привлечения к уголовной ответственности военнослужащих и гражданских лиц, которые, как правило, не по своей воле оставались на захваченной фашистами территории или оказались у них в плену.

По приговору военного трибунала 56-й Армии от 16 марта 1942 г. за измену Родине был осужден и подвергнут расстрелу рядовой П.И. Павленко. Его вина, как это констатировал суд, заключалась в том, что, имея винтовку и несколько боевых патронов, он и трое из оставшихся в живых его сослуживцев, не остановили продвижение немецких танков и пехоты и с оружием в руках сдались в плен [7, с. 208]. Подобные примеры дают возможность констатировать, что в период Великой Отечественной войны как контрреволюционное либо иное особо опасное государственное преступление квалифицировались практически все случаи пленения военнослужащих. Независимо от обстоятельств такого пленения эти лица признавались изменниками Родины, шпионами, диверсантами или агитаторами против советской власти и, как правило, подвергались суровому и необоснованному наказанию.

Производство по уголовным делам о государственных преступлениях, как правило, осуществлялось военными трибуналами, получившими в указанный период ряд дополнительных полномочий. Так, в соответствии с Указом Президиума Верховного Совета СССР от 22 июня 1941 г. «О военном положении» [2] в изъятие из действующих правил о рассмотрении судами уголовных дел, в местностях, объявленных на военном положении, все дела о преступлениях, направленных против обороны, общественного порядка и государственной безопасности, передавались на рассмотрение военных трибуналов.

Так, согласно протоколу закрытого судебного заседания Военного трибунала Западного фронта от 3 апреля 1942 года по обвинению красноармейца войсковой части 9903 – Клубкова Василия Андреевича, 1923 г. рождения, в совершении преступления, предусмотренного п. «б» ст. 58–1 УК РСФСР, имеющего непосредственное отношение к гибели Зои Космодемьянской. Трибунал начал свое заседание в 15 ч. 10 мин. Заседание продлилось не более одного часа, после чего был вынесен приговор (подобные процессы были типичными для военного времени, то есть они были короткими, как правило, без участия адвоката и прокурора, при минимальных процессуальных правах подсудимых).

До этого, 3 апреля, В.А. Клубков был ознакомлен с обвинительным заключением и никаких ходатайств по данному поводу не заявлял.

Военный трибунал в составе Председательствующего- военного юриста 1 ранга Боровика, а также военных юристов 3 ранга Мирошниченко и Жданова при участии секретаря – военного юриста Колбасова, разъяснили подсудимому его права во время судебного заседания. Подсудимый ходатайств и отводов по составу суда не предьявлял. Далее председательствующим было оглашено обвинительное заключение и задан подсудимому вопрос о том, понятно ли ему в чем он обвиняется и признает ли себя виновным, на что В. А. Клубков дал положительный ответ.

После этого судьей был задан первый вопрос: «Расскажите суду, когда и при каких обстоятельствах вы сдались в плен немецким солдатам?». Затем были даны следующие показания. Так, Клубков, рассказал о том, что прошел специальные курсы в разведотделе Западного фронта, после чего перешел к основному аспекту дела. Согласно его показаниям, 26 ноября 1941 г. он совместно с красноармейцами Крайновым и Космодемьянской получил специальное задание о переходе линии фронта в тыл немецких войск, расположенных в деревне Пепелище, с целью осуществления поджога домов, в которых размещались германские солдаты. Клубков пояснил: «27 ноября в деревне Пепелище я разошелся с Крайновым и Космодемьянской, пошел один в деревню, где размещен штаб немецких войск, а Космодемьянская и Крайнов пошли поджигать с другой стороны деревни дома, в которых также были немецкие войска. Не доходя дома, где был размещен штаб немецких войск в деревне Пепелище, я был замечен немецкими солдатами. Чтобы не задержали меня, я побежал в лес, но навстречу мне из леса вышло 3 немецких солдата и задержали меня ... Немецкий офицер меня начал допрашивать ... Я отвечал немецкому офицеру, и все то, что я знал, рассказал ему. Через несколько минут после моего допроса привели в штаб к немецкому офицеру Космодемьянскую. Немецкий офицер спросил меня, знаю ли я эту девушку. Я сказал офицеру, что это Зоя Космодемьянская, прислана вместе со мной с заданием диверсионного характера. Немецкий офицер в присутствии меня начал допрашивать Космодемьянскую, но Космодемьянская ничего офицеру не отвечала. Когда Зою начали избивать, то последняя сказала: «Убейте меня, но я ничего не скажу». Зою раздел офицер наголо и избивал ее до потери сознания, после чего ее вынесли из штаба, и я больше Зою не видел. Когда Зою Космодемьянскую без сознания вынесли из помещения штаба, мне офицер сказал: «Ты будешь теперь нашим разведчиком». Я согласился стать немецким разведчиком и через 2–3 дня я был направлен на курсы разведчиков в Красный Бор. Это под гор. Смоленском ... Когда я прибыл на территорию Красной Армии, то задание, полученное от немецкого офицера, я выполнять не хотел. Перешел линию фронта я 7 января 1942 г. и был задержан красноармейцами. Меня доставили в штаб одной дивизии, где я рассказал о том, что я вышел из окружения, а свою принадлежность к немецкой разведке я скрыл. Я был направлен на пересыльный пункт в гор. Москву. В гор. Москве я встретил одного знакомого из разведотдела Западного фронта, который меня взял в РО, но в разведотделе я был арестован 23 февраля 1942 г.»

Далее в судебном заседании было зафиксировано следующее:

«Председательствующий: Крайнов и Зоя Космодемьянская выполнили свое задание?»

Подсудимый: Да, они свое задание выполнили, но я по своей трусости предал Космодемьянскую.

Председательствующий: Чем вы можете дополнить судебное следствие?».

Клубковым никаких дополнений сделано не было и судебное заседание было объявлено закрытым. Последними словами подсудимого были: «Я признаю себя виновным в предательстве Зои Космодемьянской и в измене своей Родине. Свою вину осознал и прошу суд сохранить мне жизнь». В 15 часов 50 минут суд удалился на совещание. В 16 часов председательствующий огласил приговор. Именем Союза Советских Социалистических Республик Военный трибунал Западного фронта приговорил В. А. Клубкова на основании ст. 58–1 п. «б» УК РСФСР к высшей мере уголовного наказания – расстрелу, без конфискации имущества за его отсутствием. Приговор был окончательным и обжалованию не подлежал. Согласно существующей информации, В. А. Клубков – уроженец Рязанской

области из бедной крестьянской семьи, образование – 7 классов, на момент совершения было всего 18 лет [8, с. 190–194].

Однако, даже указанные обстоятельства не были оценены трибуналом в качестве смягчающих в силу тяжести совершенного им преступления. Виновность Клубкова была доказана, в совершении преступления он сам признался путем детального описания своих преступных действий. Очевидно, чистосердечным раскаянием подсудимый надеялся смягчить свою вину, но при этом необходимо объективно оценить напряженную обстановку, сложившуюся на фронтах войны в данный период, при которой невозможным представлялось какое-либо снисхождение.

В целом, процедура квалификации деяний, содержащих признаки государственных преступлений, особенно на прифронтовых территориях, нередко вызывала сложности у правоприменительных органов. Данное обстоятельство определяло отсутствие правовой регламентации в понимании сущности понятия места совершения преступления (оккупационная территория, тыловая территория, поле боя, территория, объявленная на военном положении и т.п.), характером совершенного преступления (например, был захвачен в плен, в состоянии ранения либо добровольно сдался, оставив оружие), формулировкой субъекта преступления (советский военнослужащий или советский гражданский человек или немецкий военнослужащий).

Таким образом, основная часть воинских преступлений, в силу чрезвычайной обстановки сложившейся в тот период, квалифицировалась как преступления против безопасности государства. Несмотря на то, что за дезертирство в военное время и за измену Родине предусматривалось одно и то же наказание – расстрел, усиление степени общественной опасности этих деяний (они рассматривались в качестве одних из самых тяжких преступлений) должно было сказаться на негативной оценке народа к подобным преступникам. В развитие указанного положения Пленум Верховного Суда СССР 25 ноября 1943 г. принимает соответствующее постановление, согласно которому «военные трибуналы квалифицируют как измену Родине всякое содействие, оказанное советскими гражданами немецким захватчикам, независимо от характера этого содействия» [9, с. 477].

Нередко принимались аналогичные разъяснительные предписания применительно и к другим составам государственных преступлений. Например, согласно письму НКЮ СССР от 15 ноября 1941 г. «О применении ч. 2 ст. 58–10 УК РСФСР и соответствующих статей УК других союзных республик», предписывалось, что «...в связи с запросами о квалификации преступлений в отношении лиц, привлеченных за пропаганду или агитацию, содержащую призыв к свержению, подрыву или ослаблению советской власти (ст. 58–10), разъясняю, что в условиях военного времени независимо от объявления местности на военном положении необходимо применять вторую часть статьи 58–10 и соответствующих статей УК других союзных республик». В данном акте обращает на себя внимание достаточно расширительное толкование понятия «условия военного времени», а что касается частей первой и второй ст. 58–10, то в них была закреплена: «Пропаганда или агитация, содержащие призыв к свержению, подрыву или ослаблению Советской власти или к совершению отдельных контрреволюционных преступлений (ст. ст. 58–2, 58–9 УК), а равно распространение или изготовление либо хранение литературы того же содержания». «...Те же действия при массовых сношениях или с использованием религиозных или национальных предрассудков масс, или в военной обстановке, или в местностях, объявленных на военном положении» [9, с. 478]. Следовательно, законодатель пытается предельно четко определить некоторые факультативные признаки объективной стороны, такие как место и обстановку совершения преступления, где под военной обстановкой понимается непосредственно фронтовая территория, а объявление военного положения подразумевает его объявление на конкретной территории.

Указанное обстоятельство свидетельствует о том, что такое положение является достаточно противоречивым. Однако не следует чрезмерно критически оценивать такое разъяснение, которое имело право на свое существование в силу сложившейся чрезвычайной обстановки в государстве. В подобной обстановке не представлялось возможным

разрешить создавшуюся коллизию путем применения инструментов юридической техники, что являлось характерным для мирного времени.

Согласно Приказу Прокурора СССР от 15 мая 1942 г., было дано соответствующее толкование в части процедуры квалификации преступлений, совершенных лицами, которые перешли на сторону врага в районах, оккупированных немецко-фашистскими войсками [9, с. 48]. Указанным актом предписывалось, что «в ряде случаев лица, перешедшие на службу к немецко-фашистским захватчикам, выдававшие партизан, коммунистов и советский актив, проявившие жестокое обращение с населением временно захваченных районов, привлекались к ответственности не как изменники Родины, а по ст. 58–3 УК РСФСР («Сношения в контрреволюционных целях с иностранным государством или отдельными его представителями, а равно способствование каким бы то ни было способом иностранному государству, находящемуся с Союзом ССР в состоянии войны или ведущему с ним борьбу путем интервенции или блокады»). Однако из судебной практики, известны случаи привлечения за подобные деяния к ответственности по ст. 58–1 «а» УК РСФСР («Измена Родине, т.е. действия, совершенные гражданами Союза ССР в ущерб военной мощи Союза ССР, его государственной независимости или неприкосновенности его территорий, а именно: шпионаж, выдача военной или государственной тайны, переход на сторону врага, бегство или перелет за границу»), ...лиц, хотя и занимавших при оккупантах административные должности, но оказывавшие помощь партизанам, подпольщикам, саботировавшие требования немецких властей.

С целью устранения возникшей коллизии, Прокурором СССР предписывалось: «1. Советских граждан, перешедших на службу к немецко-фашистским оккупантам, а также выполнявших указания немецкой администрации по сбору продовольствия, фуража и др. для нужд немецкой армии, по восстановлению промышленных и коммунальных предприятий, равно другими действиями помогавших немецко-фашистским оккупантам; шпионов, провокаторов; доносчиков, уличенных в выдаче партизан, коммунистов, комсомольцев, советских работников и их семей; участвовавших в разведке и боевых действиях против партизанских отрядов и частей Красной Армии; принимавших участие в работе карательных немецких органов – привлекать к ответственности по ст. 58–1 «а» УК РСФСР и соответствующим статьям УК других союзных республик. 2. Не привлекать к уголовной ответственности: а) советских граждан, занимавших административные должности при немцах, если в процессе расследования будет установлено, что они оказывали помощь партизанам, подпольщикам и частям Красной Армии или саботировали требования немецких властей, помогали населению в сокрытии запасов продовольствия и имущества или другими способами активно содействовали борьбе с немецко-фашистскими оккупантами; б) рабочих и мелких служащих административных учреждений и лиц, занимавшихся своей профессией (врачи, агрономы, ветеринары и т.д.), если в результате тщательного расследования будет установлено, что в их действиях отсутствовали признаки, перечисленные в пункте I настоящего приказа». Следовательно, этим самым всячески пресекались случаи безосновательного привлечения граждан СССР к указанной ответственности в силу лишь подозрения в оказании помощи врагу. Также предписывалось, что при отсутствии отягчающих обстоятельств, добровольную явку с повинной виновных лиц следовало рассматривать в качестве смягчающего вину обстоятельства. Причем уголовные дела о государственной измене для дальнейшего их производства направлялись в военные трибуналы либо в Особое совещание НКВД СССР.

В первые годы войны судебно-следственной практикой особое внимание уделялось проблеме квалификации деятельности командиров, действия которых содержали признаки общественно-опасных деяний, совершенных в боевой обстановке. В силу чего была подготовлена совместная Директива Народного Комиссара Юстиции СССР и Прокурора СССР от 31 июля 1942 г. «О квалификации действий командиров, комиссаров и политработников, привлеченных к суду за самовольное отступление с боевой позиции без приказа вышестоящих командиров и пропаганду дальнейшего отступле-

ния частей Красной армии, и сроках расследования этой категории дел» [9, с. 483–484]. Согласно данному нормативному акту, устанавливалось, «... что во исполнение приказа Народного Комиссара Обороны тов. И. В. Сталина № 227 (известный приказ наркома обороны СССР № 227 от 28 июля 1942 г., имевшего название «Ни шагу назад!») предлагаем: 1. Действия командиров, комиссаров и политработников, привлеченных к военному суду командующими и военными советами фронтов за самовольное отступление с боевой позиции без приказа вышестоящих командиров, квалифицировать по ст. 58–1 «б» УК («Измена Родине, совершенная военнослужащими»). Расследование по этим делам проводить в срок 48 часов. 2. Действия лиц, преданных суду военного трибунала за пропаганду дальнейшего отступления частей Красной Армии, квалифицировать по ст. 58–10 ч. 2 УК РСФСР («Пропаганда или агитация, содержащие призыв к свержению, подрыву или ослаблению Советской власти или к совершению отдельных контрреволюционных преступлений, а равно распространение или изготовление или хранение литературы того же содержания, совершенные при массовых волнениях или с использованием религиозных или национальных предрассудков масс, или в военной обстановке, или в местностях, объявленных на военном положении») [10, 73–75].

Следовательно, в качестве преступлений против государства могли квалифицироваться и действия лиц дезертировавших из рядов Красной Армии, которые впоследствии создавали бандитские формирования или занимались повстанческой деятельностью. Такая проблема стала возникать по мере накопления дезертиров в течение первоначального периода войны. Причем, такие лица не только открыто отказывались воевать на стороне Вооруженных сил СССР, но и участвовали в открытых вооруженных противостояниях с подразделениями Красной Армии. Согласно создавшейся обстановке, 29 ноября 1942 г. Главным военным прокурором и начальником Главного управления военных трибуналов было дано соответствующее Разъяснение [9, с. 489–490].

Данным правовым предписанием устанавливалось, что Постановление ГКО от 11 октября 1942 г., предусматривающее ответственность дезертиров, занимающихся повстанческой деятельностью либо бандитизмом по 58–1 «б» УК РСФСР (измена Родине, совершенная военнослужащими), обратной силы не имеет. Лиц этой категории, задержанных до 11 октября 1942 г. следовало привлекать к ответственности по ст. 193–7, п. «г» (самовольное оставление части, совершенное в военное время при отягчающих обстоятельствах) и соответственно по ст. 59–3 (бандитизм) либо по ст. 58–2 УК РСФСР (вооруженное восстание или вторжение в контрреволюционных целях на советскую территорию вооруженных банд, захват власти в центре или на местах в тех же целях и, в частности, с целью насильственного отторжения от Союза ССР и отдельной союзной республики какую-либо часть ее территории или расторгнуть заключенные Союзом ССР с иностранными государствами договоры).

Очевидным представляется и обстоятельство, согласно которому преступление против порядка несения воинской службы требовалось квалифицировать в качестве государственного преступления. В части ответственности дезертиров, занимающихся бандитизмом или повстанческой деятельностью, предписывалось привлекать их к ответственности по правилам совокупности: как соучастников по ст. 17 УК в совершении преступления, предусмотренного п. «б» ст. 58–1 УК, а за недонесение – по п. «г» ст. 58–1 УК (Недонесение со стороны военнослужащего о готовящейся или совершенной измене) либо ст. 58–12 УК (недонесение о достоверно известном, готовящемся или совершенном контрреволюционном преступлении) при условии, что им известно о повстанческой либо бандитской деятельности лиц, которых они укрывают.

Насколько трудным оказался процесс квалификации преступлений против государства, совершенных военнослужащими в чрезвычайной обстановке свидетельствует то обстоятельство, что, к примеру, из общего количества дел находящихся в юрисдикции Северного (Ленинградского) фронта в период Великой Отечественной Войны, в порядке надзора было изменено 16 % приговоров военных трибуналов, что, соответственно, составляет значительную часть из общего количества уголовных дел данной категории

[11, с. 11]. Однако и после завершения войны подобные пробелы продолжали устраняться, но уже в порядке процесса реабилитации незаконно репрессированных советских граждан.

Выводы и предложения. Таким образом, с момента начала Великой Отечественной войны советское правительство предельно четко формулирует основную, концептуальную доктрину в области управления и борьбы с государственной преступностью. Так, кардинальным образом был трансформирован целый ряд положений уголовного законодательства, где основные изменения сконцентрированы были, главным образом, на повышение роли репрессивной составляющей уголовного наказания, причем данное обстоятельство в большей степени выражено в районах активных боевых действий. Подобные меры находят свое объяснение в том, что уголовное законодательство того периода приобретало признаки чрезвычайного законодательства – законодательства военного времени. В связи с этим, некоторые нормы носили временный характер – действовали лишь на период войны, например, Закон «Об ответственности за распространение в военное время ложных слухов, возбуждающих тревогу среди населения» [1].

В указанный период происходит становление новых видов преступных деяний, в том числе широко практикуется криминализация административных правонарушений и дисциплинарных проступков, тем самым устанавливаются новые форматы в оценке общественно-опасных деяний направленных против безопасности государства.

Рассмотренные выше положения дают возможность установить, каким образом осуществлялось, в указанный период, противодействие общественно опасным деяниям, многие из которых законодателем того периода приравнивались к государственным преступлениям. Ведь следует признать, и это представляется более чем очевидным, что законодатель того периода большинство, из рассмотренных ранее, деяний в военное время квалифицировал как измену Родине – тягчайшее преступление против государства. Однако следует обратить внимание не только на исключительную строгость репрессивных мер к изменникам Родины как к лицам, совершившим особо тяжкое преступление против государства, но и на те перегибы, связанные с применением столь суровых санкций, особенно в части их применения по отношению к военнослужащим, которые зачастую оставляли свои позиции в силу явного превосходства сил противника, что в последствии приводило к обвинению их в измене Родине. Так как выяснилось в ходе более позднего расследования, генерал В. Я. Качалов не был пленен немецкими войсками, а погиб с оружием в руках 4 августа 1941 г. Также не сдались в плен генералы П. Г. Понеделин и Н. К. Кириллов, которые были захвачены превосходящими силами противника в процессе боевых действий при выходе из окружения. Указанные обстоятельства, к великому сожалению, прояснились лишь после войны, а тогда, в боевой обстановке, сдавшийся в плен советский солдат, как правило, признавался виновным в совершении государственной измены и, соответственно, большинство наших солдат после освобождения из вражеского плена были отправлены в лагеря для отбывания наказания как изменники Родины.

Список использованной литературы

1. Об ответственности за распространение в военное время ложных слухов, возбуждающих тревогу среди населения: Указ Президиума Верховного Совета СССР (Указ от 6 июля 1941 г.) // Ведомости Верховного Совета СССР, 1941. № 32.
2. Положение о преступлениях государственных (контрреволюционных и особо для СССР опасных преступлениях против порядка управления) // СЗ СССР. 1927, № 12. ст. 123.
3. О военном положении: Указ Президиума Верховного Совета СССР (Указ от 22 июня 1941 г.) // Ведомости Верховного Совета СССР, 1941. № 29.
4. Об ответственности за разглашение государственной тайны и за утрату документов, содержащих государственную тайну: Указ Президиума Верховного Совета СССР (Указ от 15 ноября 1943 г.) // Ведомости Верховного Совета СССР, 1943. № 49.
5. Об образовании Государственного Комитета Обороны (от 30.06.1941 г.): Постановление Президиума Верховного Совета СССР // Сборник законов СССР и указов Президиумов Верховного Совета СССР 1939–1944 гг. М., 1945. С. 41.

6. Сборник Постановлений Пленума Верховного Суда СССР с 23 июня по 31 декабря 1941 г. / Под ред. И. Т. Голякова. Чкалов: Юридическое издательство НКЮ СССР, 1942. 350 с.
7. Панков С.А. «Контрреволюционная преступность» и особенности ее подавления в Сибири в годы Великой Отечественной войны (1941–1945) // Урал и Сибирь в сталинской политике / Сб. статей. Новосибирск: Хронограф, 2002. С. 206–211.
8. Лубянка в дни битвы за Москву: материалы органов госбезопасности СССР из Центрального архива ФСБ России. М.: Издательский дом «Звонница – МГ», 2002. 480 с.
9. Кутафин О. Е., Лебедев В. М., Семигин Г. Ю. Судебная власть в России: история, документы: в 6 т. Т. 5. Советское государство. / отв. ред. И. А. Исаев. М.: Мысль, 2003. 677 с.
10. Приказ Народного комиссара обороны Союза ССР № 227 от 28 июля 1942 г. («Ни шагу назад!») // Военно-исторический журнал, 1988. С. 73–75.
11. Обухов В. В. Правовые основы организации и деятельности военных трибуналов войск НКВД СССР в годы Великой Отечественной войны 1941–1945 гг. (Историко-правовое исследование): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01/ Обухов В. В. М., 2002. 228 с.

References

1. On responsibility for the spread of false rumors in wartime that arouse alarm among the population: Decree of the Presidium of the Supreme Soviet of the USSR (Decree of July 6, 1941) // Bulletin of the Supreme Soviet of the USSR, 1941. No. 32. [in Russian].
2. Regulations on state crimes (counter-revolutionary and especially dangerous crimes against the order of management of USSR) // SZ USSR. 1927, no. 12. Art. 123. [in Russian].
3. On martial law: Decree of the Presidium of the Supreme Soviet of the USSR (Decree of June 22, 1941) // Bulletin of the Supreme Soviet of the USSR, 1941. No. 29. [in Russian].
4. On responsibility for disclosing state secrets and for the loss of documents containing state secrets: Decree of the Presidium of the Supreme Soviet of the USSR (Decree of November 15, 1943) // Bulletin of the Supreme Soviet of the USSR, 1943. No. 49. [in Russian].
5. On the formation of the State Defense Committee (from 30.06.1941): Resolution of the Presidium of the Supreme Soviet of the USSR // Collection of laws of the USSR and decrees of the Presidiums of the Supreme Soviet of the USSR 1939–1944. M., 1945. P. 41. [in Russian].
6. Collection of Resolutions of the Plenum of the Supreme Court of the USSR from June 23 to December 31, 1941 / Ed. I. T. Golyakova. Chkalov: Legal publishing house of the NKYu USSR, 1942. 350 p. [in Russian].
7. Pankov S. A. (2002). “Counter-revolutionary crime” and features of its suppression in Siberia during the Great Patriotic War (1941–1945) // Urals and Siberia in Stalinist politics / Sat. articles. Novosibirsk: Chronograf, S. 206–211. [in Russian].
8. Lubyanka in the days of the battle for Moscow: materials of the state security agencies of the USSR from the Central archive of the FSB of Russia. Moscow: Zvonitsa Publishing House – MG, 2002. 480 p. [in Russian].
9. Kutafin O. E., Lebedev V. M., Semigin G. Yu. (2003). Judicial power in Russia: history, documents: in 6 volumes. V. 5. Soviet state. / resp. rev. I. A. Isaev. Moscow: Mysl', 677 p. [in Russian].
10. Order of the People's Commissar of Defense of the USSR No. 227 of July 28, 1942 (“Not a step back!”) // Military History Journal, 1988. P. 73–75. [in Russian].
11. Obukhov V. V. (2002). The legal basis for the organization and activities of the military tribunals of the troops of the NKVD of the USSR during the Great Patriotic War of 1941–1945. (Historical and legal research): dis. ... Cand. jurid. Sciences: 12.00.01 / Obukhov V. V. [in Russian].

Статья поступила 15.05.2021 г.

О. А. Чуваков, докт. юрид. наук, профессор, завідувач кафедри
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
Кафедра кримінального права, кримінального процесу і криміналістики
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна
e-mail: olehchuvakov@gmail.com
ORCID: orcid.org/0000-0001-9983-8943

КОНЦЕПТУАЛЬНІ ЗАСАДИ КВАЛІФІКАЦІЇ ДЕРЖАВНИХ ЗЛОЧИНІВ У РОКИ ВЕЛИКОЇ ВІТЧИЗНЯНОЇ ВІЙНИ

Резюме

У статті досліджено проблемні питання кваліфікації злочинів проти державної безпеки в роки Великої Вітчизняної війни. Констатується, що законодавство розглянутого періоду характеризувалося ознаками надзвичайного законодавства – законодавства во-

енного часу, у зв'язку з чим багато нормативних приписів носили тимчасовий характер – діяли лише на період війни. Аргументується, що в досліджуваному періоді широко застосовується практика криміналізації адміністративних правопорушень та дисциплінарних проступків, чим були встановлені нові формати в оцінці суспільно-небезпечних діянь спрямованих проти безпеки держави.

Ключові слова: законодавство, злочини, кримінальна відповідальність, бойові дії, військовий стан, війна, державна безпека, кваліфікація, зрада Батьківщині.

O.A. Chuvakov, Doctor of Juridical Sciences, Professor
Odessa I.I. Mechnikov National University
Head the Department of Criminal Law, Criminal Procedure and Criminalistics
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine
e-mail: olehchuvakov@gmail.com
ORCID: orcid.org/0000-0001-9983-8943

CONCEPTUAL BASIS FOR CLASSIFYING STATE CRIMES DURING THE GREAT PATRIOTIC WAR

Summary

The article explores problematic issues of defining crimes against state security during the Great Patriotic War. It is emphasized that, from the very beginning of the Great Patriotic War, the government of the USSR in a certain way formulates the main, conceptual doctrine in the field of management and combating state crime, in connection with which a number of provisions of the criminal legislation were radically transformed, where the main changes were mostly concentrated to increase the role of the repressive component of criminal punishment, and this circumstance was even more pronounced in areas of active hostilities.

It is stated that the legislation of the reviewed period was characterized by signs of emergency legislation – wartime legislation, in connection with which many regulatory prescriptions were of a temporary nature – they were valid only for the period of the war. It is argued that in the studied period, the practice of criminalizing administrative offenses and disciplinary offenses is widely used, which established new formats for assessing socially dangerous acts against the security of the state.

The provisions considered in the article make it possible to establish how, during the specified period, counteraction to socially dangerous acts was carried out, many of which were equated with state crimes by the legislator of that period. After all, it should be recognized, and this seems more than obvious, that the legislator of that period qualified most of the previously considered acts in wartime as treason to the Motherland – a grave crime against the state.

Keywords: legislation, crimes, criminal responsibility, hostilities, martial law, war, state security, qualification, treason.

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО; МІЖНАРОДНЕ ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

УДК 327(5):341(1)

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2021.42.232405>

*Альдо Лигустро*¹, доктор філософії в області права,
професор міжнародного права
Університет Фоджи
Юридический факультет
Largo Papa Giovanni Paolo II, 1, Фоджа, 71121, Італія
e-mail: aldo.ligustro@unifg.it

ПАДЕНИЕ БЕРЛИНСКОЙ СТЕНЫ: ВОСПОМИНАНИЯ И РАЗМЫШЛЕНИЯ ОДНОГО СВИДЕТЕЛЯ ТРИДЦАТЬ ЛЕТ СПУСТЯ

Статья посвящена тридцатой годовщине падения Берлинской стены, одного из самых важных исторических событий после окончания Второй мировой войны. В первой части работы исследованы события, приведшие к разделению Германии в послевоенный период, и эволюция отношений между двумя Германиями и, на мировом уровне, между двумя противостоящими блоками во время «холодной войны» вплоть до падения стены. Во второй части изучены краткосрочные и долгосрочные последствия падения стены для Германии, Европы и всего мира, приведшие в глобальном масштабе к формированию состояния так называемой «новой холодной войны» и «фрагментированной третьей мировой».

Ключевые слова: холодная война, ГДР, аншлюс, Ostpolitik, Основной закон ФРГ, конец истории, столкновение цивилизаций, фрагментированная третья мировая война.

Постановка проблемы. 9 ноября 2019 года почти во всем мире отметили тридцатую годовщину падения Берлинской стены, которое, несомненно, является самым важным историческим событием после окончания Второй мировой войны. В этом контексте интересно проследить исторические события, которые привели к разделению Германии в послевоенный период, а также эволюцию отношений между двумя Германиями и, на глобальном уровне, между двумя противостоящими блоками во время «холодной войны». Проблемы, поднятые в данной работе, могут рассматриваться в рамках трех основных ракурсов исследования: а) привело ли объединение Германии, которое произошло в 1990 году, к эффективному воссоединению народов двух ранее существовавших Германий, в частности, с точки зрения социальной сплоченности; б) в какой степени и как объединение повлияло на процесс европейской интеграции и не является ли оно в некоторой степени также причиной кризисов и разногласий, которые недавно возникли на Старом континенте и в Европейском Союзе; в) каково состояние международных отношений и глобального геополитического баланса, отражающегося на процессах и механизмах международно-правового регулирования вопросов мира и безопасности, в эпоху «после холодной войны».

Анализ последних исследований и публикаций. Захватывающая реконструкция условий жизни немецкого народа во время разделения Германии и холодной войны может быть найдена в работе и также заставляющем задуматься фильме Э. Мауро «Души в заточении. Хроники Берлинской стены» (2019). Недавнее глубокое исследование и многосторонняя дискуссия о процессе объединения Германии на фоне сопоставления с процессом «объединения» северных и южных регионов Италии предлагается в коллективной ра-

¹ Автор выражает благодарность доценту кафедры общеправовых дисциплин и международного права Одесского национального университета имени И. И. Мечникова Нигреевой Алене Александровне за перевод с итальянского статьи, опубликованной в журнале «DPCEonline» (№1/2019).

боте под редакцией Л. Траниелло, У. Виллани-Лубелли и М. Скотто «Италия, Германия и Европейское единство. К 30-летию падения Берлинской стены» (2019). Для формирования критической оценки последствий объединения Германии в Европе и, в частности, для процесса интеграции в рамках Европейского Союза очень полезны следующие материалы: В. Джакке «Аншлюс. Объединение Германии и будущее Европы» (2013), Л. Хуг и Г. Маркс «Постфункциональная теория европейской интеграции: от позвольительного консенсуса к сдерживающим разногласиям» (2009).

В период, который последовал за падением Стены, благодаря исследованию Ф. Фукуямы «Конец истории» (1989), получила широкое распространение идея «конца истории». Она повлекла за собой признание во всем мире западной политической, экономической и социальной модели, которая будучи по сути либеральной и либертарной, основывается на рыночной экономике и представительной демократии.

Вскоре после этого эволюция международных отношений продемонстрировала, что также тезис о «столкновении цивилизаций», выдвинутый в работах Ф. Хантингтона «Столкновение цивилизаций?» (1993), «Столкновение цивилизаций и переустройство мирового порядка» (1996), имеет право на существование, в частности, в контексте вызова, который исламский фундаментализм бросает западному миру.

Что касается настоящего момента, в последнее время наиболее авторитетные определения международной реальности, которые можно встретить в трудах Ф. Рампини «Вторая холодная война. Битва за новое мировое господство» (2019) и А. Скордаса «Возвышение неогобсианской эпохи: тридцать лет после падения Берлинской стены» (2019), связывают ее с новой холодной войной (в частности, между США, Россией и Китаем) и «фрагментированной третьей мировой войной».

Как было продемонстрировано в работе Дж. Э. Стиглица «Цена неравенства. Как сегодняшнее разделенное общество угрожает нашему будущему» (2012), среди разнообразных причин многочисленных конфликтов, нарушающих спокойствие по всему миру, не последнее место занимают причины экономического характера. Перед лицом этих конфликтов главная мировая политическая организация, ООН, оказывается разделенной и бессильной, и лишь изредка государствам удается согласовывать свои действия ради общих целей и ценностей. Их защита, как это видно из ряда значимых международно-правовых исследований, в частности: А. Лигустро «Шестьдесят лет Италии в ООН: празднование без риторики» (2016), П. Пиконе, «Международное сообщество и обязательства «erga omnes» (2013), «Обязательства «erga omnes» и применение силы» (2017), также должна рассматриваться в качестве «обязательства erga omnes».

Цель исследования. Помимо первоначального замысла подготовки публикации, приуроченной к празднованию тридцатой годовщины падения Берлинской стены, задачей работы является критическая оценка воздействия этого события на жизнь немецкого народа, а также на европейскую и мировую систему международных отношений. Основная цель состоит в том, чтобы сформировать понимание как причин кризиса, в котором находится Европейский Союз, так и сильных сторон сложившейся ситуации. Кроме того, автор стремится изучить проблематику и возможности правового урегулирования широкомасштабных конфликтов, которые все чаще возникают в международных отношениях, несмотря на прекращение противостояния, которое конец холодной войны, казалось бы, должен был гарантировать.

Изложение основного материала. *Холодная война и Берлинская стена.* Мне повезло «вживую» стать свидетелем падения Берлинской стены – исторического события, которое, без сомнения, стало самым важным после окончания Второй мировой войны. Его 30-летие было отпраздновано в прошлом году не только в Германии, но и по всему миру. Я стал свидетелем этого события почти случайно, благодаря моей подружке-журналисту, которая в течение нескольких месяцев внимательно следила за политическими событиями, приведшими к той роковой дате – 9 ноября 1989 года. Именно она позвонила мне по телефону вечером 9-го, чтобы сообщить мне эту невероятную новость, практически заставив меня пойти и встретить ее у Бранденбургских ворот. Я был по-

ражен и отнесся к происходящему с недоверием. Как и ее строительство, разрушение стены на самом деле было событием, которое начало созреть намного ранее, но в то же время оказалось неожиданным и удивительным.

Власти ГДР (Германской Демократической Республики), находясь под давлением Москвы, которая требовала положить конец библейскому исходу немецкого народа в Федеративную Республику Германии¹, давно размышляли над сооружением стены. Оно, однако, неоднократно опровергалось с помощью одних из наиболее лживых обещаний, когда-либо произнесенных в истории, – это ложь премьер-министра Восточной Германии Вальтера Ульбрихта: «Никто не собирается строить стену. Строители ГДР занимаются строительством домов!». Вместо этого, в час ночи 13 августа 1961 года, когда все общественное освещение оказалось выключенным, была развернута тщательно спланированная операция под кодовым названием «Роза». Тысячи солдат из Восточной Германии, «защищенные» советскими войсками и танками, начали развешивать колючую проволоку вдоль 156-километровой линии вокруг западных кварталов города и вскоре после этого перешли к сооружению бетонного барьера, который разделил Берлин на целых 28 лет.

Это был финальный акт чрезвычайно напряженных столкновений, которые после изначального периода сотрудничества на немецкой земле между державами-победительницами во Второй мировой войне² привели, на фоне развертывания холодной войны, к противостоянию коммунистического блока и блока западных стран, наблюдая за которым миру не раз приходилось затаивать дыхание в страхе перед заревом новой мировой войны.

Одним из самых драматичных эпизодов стало решение блокировать как автомобильную, так и железную дороги. Сталин принял его 24 июня 1948 года, намереваясь захватить Западный Берлин «без применения оружия», парализовав его и подавив благодаря голоду и холоду. Это было реакцией на денежную реформу, которая на западных территориях и в самом Западном Берлине заменила старую рейхсмарку немецкой маркой, фактически положив начало строительству унитарной Западной Германии без согласия Москвы. Ответ Запада³ пришел в виде воздушных перевозок для обеспечения берлинцев припасами, в том числе благодаря рейсам из Австралии, Южной Африки и Новой Зеландии. Блокада закончится только через 15 месяцев (и после смерти 73 пилотов!).

Период, последовавший сразу за этим, привел к возникновению и стабилизации двух Германий, основанных в 1949 году. Ни Федеративная Республика Германии (ФРГ, Bundesrepublik Deutschland), ни Германская Демократическая Республика (ГДР, Deutsche Demokratische Republik) не отказались от идеи о воссоединении. Однако это должно было произойти на условиях каждой республики и в соответствии с их собственными принципами, поскольку обе они считали себя единственными законными представителями немецкого народа. Таким образом, первые годы разделения характеризовались разобщенностью и враждебностью между двумя странами. В то же время статус Берлина, который был разделен на четыре административных сектора, каждый из которых находился в ведении великой державы, оставался неопределенным. Именно возведение стены в 1961 году «зацементировало» (в том числе и в буквальном смысле!), как казалось на тот момент, окончательно, разделение между западными и восточными секторами, препятствуя свободе передвижения между ними, и, как следствие, оформило разделение двух Германий. Одновременно возникла необходимость в новой политике, направленной на управление этой двойной государственностью, в том числе для улучшения условий жизни семей, разделенных стеной.

Взаимное признание и стремление к уважению суверенитета пришли с запуском «новой восточной политики» (Ostpolitik), основанной на идее «разрядки», которая была

¹ За 12 лет с 1949 года два с половиной миллиона восточных немцев нашли убежище в Западном Берлине.

² Сотрудничество, оформленное Ялтинским и Потсдамским соглашениями 1945 года, по которым Германия и Берлин были разделены на четыре области, управляемые Соединенными Штатами, Соединенным Королевством, Францией и Советским Союзом, и осуществляемое в рамках единого органа – Контрольного совета.

³ Для многих именно в это время «Запад» стал политическим и идеальным образованием.

предложена бывшим бургомистром Западного Берлина, социал-демократом Вилли Брандтом, после его назначения на пост Федерального канцлера 21 октября 1969 года. Кульминацией *Ostpolitik* стало подписание в 1973 году Договора об основах взаимоотношений между четырьмя государствами, которые осуществляли управление городом. В том же году обе Германии вступили в ООН. В 1975 году они подписали так называемый Хельсинкский акт Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе (по сути, содержащий простые политические договоренности, не влекущие за собой юридических обязательств), который выражал приверженность уважению прав человека, а также гарантии свободы передвижения. Последнее, однако, было в значительной степени проигнорировано ГДР, несмотря на заключение соответствующих двусторонних соглашений *ad hoc* с ФРГ.

В 1971 году политика разрядки принесла Вилли Брандту Нобелевскую премию мира. Тем не менее, она не избавила его от жесткой критики со стороны консервативной оппозиции внутри страны, а также от обращения в Федеральный конституционный суд (по запросу правительства Баварии во главе с ХСС Франца Йозефа Штрауса) о признании Договора об основах взаимоотношений таким, который нарушает положения Основного закона (*Grundgesetz*) о воссоединении всех немецких земель. Последнее, однако, было отклонено судьями Карлсруэ. Договор также считали несовместимым с тезисом о «континуитете» ФРГ в отношении Рейха, который звучал в острых дебатах о происхождении и природе Боннской республики между немецкими политиками и юристами, в которых по разные стороны принимали участие ученые уровня Ганса Кельзена и Карла Шмитта. Первый был склонен рассматривать оккупацию союзников как дебелиацию, вследствие которой Рейх исчез. Второй, напротив, заявлял о полной преемственности с Рейхом (хотя и не с национал-социализмом), утверждая, что в соответствии с международным правом Германия после военного поражения никогда не исчезала, но была только временно недееспособной [1, с. 55; 2, с. 39].

Начало конца стены. Политика разрядки означала если не принятие, то хотя бы признание существования стены, чья стабильность оставалась непоколебимой как после выступления президента США Джона Ф. Кеннеди 26 июня 1963 года, так и после столь же известной речи другого президента США, Рональда Рейгана, 12 июня 1987 года по случаю 750-летия Берлина. Первый, выступающий за свободу берлинцев, завершил речь известной фразой «*Ich bin ein Berliner*» («Я – берлинец»); последний, выступая перед Бранденбургскими воротами, попросил: «Господин Горбачев, откройте эти ворота. Господин Горбачев, снесите эту стену!».

Конец стены наступил через два года. Это произошло внезапно, но, как уже было сказано, ожидаемо после длительного инкубационного периода. Удаленные корни этого события, возможно, уходят даже во вторжение Советского Союза в Афганистан в 1979 году. Оно осуществлялось в поддержку местного коммунистического правительства во внутреннем конфликте, который, продлившись много лет (до февраля 1989 года), обескровил экономику СССР (как если бы это был Советский Вьетнам!). Это еще более усилило разрыв с западным миром, предопределив упадок советского государства в качестве сверхдержавы и его будущий распад¹.

Изложение этого событийного фона необходимо для полного понимания некоторых решающих исторических изменений, произошедших непосредственно перед ноябрем 1989 года. К ним, в частности, можно отнести демократические реформы в Советском Союзе (гласность и перестройка), которые были инициированы Михаилом Горбачевым, вступившим в должность в Кремле в 1985 году, и с которыми он связал отказ Советского Союза от вооруженной «защиты» европейских коммунистических режимов. Ее пример имел место в Восточном Берлине 17 июня 1953 года, когда танки, присланные из Москвы, открыли огонь по населению, чтобы подавить продолжающуюся забастовку.

¹ Кетати, по мнению некоторых исследователей, именно в Афганистане обе сверхдержавы как завершили, так и проиграли холодную войну. Ведь оказывая поддержку антикоммунистической оппозиции этой страны, в том числе той ее части, которую вдохновлял исламский фундаментализм, также США и их союзники в конечном итоге «взвели курок винтовки», которая позже оказалась направленной против Запада.

Парадоксально, но это была первая забастовка рабочих-строителей против правительства государства, именовавшего себя государством «рабочих и крестьян». Она произошла – еще один парадокс – вследствие требования самой же Москвы после смерти Сталина в 1953 году о проведении экономических реформ, которые бы способствовали повышению уровня жизни рабочих. Однако правительство Германии, прежде всего, сосредоточило внимание на повышении производительности, что привело к еще большему ухудшению условий труда.

В результате репрессий погибли 267 человек (помимо тех 200 «предателей», которые будут казнены впоследствии). Также пострадали более 1000 человек, 4000 были арестованы и 1400 приговорены к пожизненному заключению (этому драматическому событию в Берлине посвящена большая улица, названная в честь 17 июня, которая соединяет Колонну Победы с Бранденбургскими воротами и пересекает огромную зеленую территорию Тиргартен). Затем, как хорошо известно, произошли кровавые интервенции в Венгрии в 1956 году и в Чехословакии в 1968 году против так называемой «весны» (реформы социалистических режимов сталинского образца), инициированной местными властями.

Однако настоящее «начало конца» было определено рядом заявлений Горбачева, сделанными на протяжении 1989 года, согласно которым «отношения между двумя Германиями» больше не рассматривались как вопрос советской значимости. Эта новая ориентация с любовью называлась «политикой Синатры» (отсылка к песне «My Way» певца Фрэнка Синатры) и означала, что каждая страна, входящая в Варшавский блок, теперь должна была идти «своим путем» при полной автономии от Москвы. Годом ранее тот же Горбачев объявил в ООН свое решение об одностороннем и безоговорочном выводе полумиллиона солдат, 10 000 танков и 800 советских самолетов из Европы. Эффектом этого стало ускорение демонтажа «железного занавеса», который начался с приходом к власти новых реформистских режимов в Польше, Чехословакии и Венгрии. В частности, 2 мая 1989 года венгерское правительство сняло колючую проволоку на границе с Австрией, куда быстро хлынули тысячи восточных немцев (у которых, по крайней мере, в рамках советского блока было больше свободы передвижения). Многие другие укрылись в посольствах Западной Германии в Будапеште, Праге и Варшаве, выкрикивая: «Wir wollen raus!» («Мы хотим выбраться!»): к свободе и благосостоянию. Но рядом с теми, кто хотел бежать, росла волна тех, кто хотел остаться («Wir bleiben hier!» («Мы остаемся!»)), «Wir sind das Volk!» («Мы народ этой земли!»)), требуя демократии, либеральных выборов и свободы. Возникли различные движения за гражданские права, главными из которых были «Neues Forum» («Новый форум») и «Demokratie Jetzt» («Демократия сейчас»), способные мобилизовать сотни тысяч людей.

Несанкционированные демонстрации на площадях, выкрикивавшие «Горби! Горби!», даже испортили торжественное празднование 40-летия ГДР, которое состоялось 7 октября в присутствии Горбачева. Это еще один парадокс в истории стены: Советы неожиданно стали освободителями немецкого народа от упорной ортодоксальной политики СЕПГ (Социалистической единой партии Германии). 18 октября Генеральный секретарь СЕПГ Эрих Хонеккер, находившийся у власти с 1971 года¹, по решению Политбюро отказался от должности в пользу своего приемника Эгона Кренца. СЕПГ и государственные органы уже не справлялись с разворачивающимися событиями. Предчувствие падения стены витало в воздухе. Решающей искрой стала презентация нового законопроекта о визах и транзите на Запад, который, будучи еще очень ограничивающим, подлил масла в огонь протестов. Совет министров и все Политбюро были вынуждены уйти в отставку, одновременно с чем был представлен новый законопроект.

Die Wende: невероятная ночь 9 ноября 1989 года. Затем наступило 9 ноября – «Die Wende» («Поворот»). Около 20:00 в конце пресс-конференции было объявлено о новых мерах по транзиту, которые обеспечили бы «без особых формальностей» свободу пере-

¹ И который даже в январе 1989 года еще предсказывал, что «даже через пятьдесят или сто лет стена все еще будет существовать».

движения граждан Восточной Германии. После этого объявления пресс-секретарь и второе лицо Политбюро Гюнтер Шабовски, загнанный в угол вопросами журналистов (и, в частности, итальянского журналиста Риккардо Эрмана из агентства «Ansa»), ответил¹, что эти меры должны были действовать «ab sofort» (немедленно). Новость распространилась по всему миру, удивив всех («Стена пала!»). Это оказалось неожиданностью даже для тех, кто впоследствии станет главными действующими лицами воссоединения с западной стороны: канцлера Гельмута Коля и министра иностранных дел Ганса-Дитриха Геншера, которые в тот момент находились в Варшаве на праздновании инаугурации нового польского реформистского правительства².

Граждане Восточной Германии узнавали о событиях только по отголоскам программ новостей западных телеканалов, не получая подтверждения со стороны своих властей, которые перебросили тысячи солдат к границам, но сделали это, не отдав им четких команд. Напряжение было невероятным. Сцена, свидетелем которой я стал, приехав на такси к Бранденбургским воротам, где к позднему вечеру собралось не более 50 человек, почти все из которых были журналистами, в том числе пять или шесть итальянцев, поначалу каждому казалась необъяснимой.

Сквозь колоннаду ворот можно было увидеть несколько десятков человек, которые шаг за шагом пересекали «границу», осторожно поглядывая на «народную полицию» (Volkspolizei), стоявшую неподвижно в строю. Убедившись в ее безразличии³, эти люди возвращались и исчезали. Присутствующие удивлялись странному поведению тех, кто прождал свободы 28 лет и кто месяцами бесстрашно выходил на улицы, требуя ее. И только через несколько минут мы поняли: на самом деле эти люди были отважным «авангардом» множества друзей и родственников, которые ждали на расстоянии и очень скоро, убедившись в своей безопасности, тысячами хлынули в западный сектор.

Последующие сцены не имели ничего общего с изображениями ликующих толп и ударов киркой по стене, которые на следующий день разлетелись по миру. Вместо этого тот вечер и та ночь скорее напоминали вторжение «призраков». Безмолвные и изумленные, они бродили по улицам Западного Берлина, с недоверием любуясь зданиями и символами богатого Запада, знакомыми им лишь из телевизионных передач. Только на рассвете, при помощи «братьев» из западного сектора, недоверие превратилось в народный праздник, сопровождаемый освободительными песнями⁴. На следующий день границу пересек миллион человек, получив при этом свои «приветственные деньги» в размере 100 марок каждому, выделенные правительством ФРГ в качестве приглашения.

Однако такой счастливый конец истории стены и этой «невероятной ночи» 9 ноября не был чем-то само собой разумеющимся. В других местах ситуация обстояла немного иначе. Например, на пограничном переходе Борнхольмер-штрассе, в районе Веддинг, где чуть было ни произошла бойня. Пограничники, не имея четких приказов, в действительности уже были готовы начать стрелять в толпу. Но в этот момент командир отделения Гарольд Йегер после неоднократных, но безуспешных обращений к верховному командованию взял на себя ответственность (и, конечно, риск того, что ему придется отвечать за это перед своим начальством) поднять шлагбаум, тем самым избежав побоища⁵.

¹ На самом деле импровизируя, не имея по этому поводу каких-либо указаний.

² Только накануне вечером Геншер заявил Леху Валенсе, лидеру «Солидарности», что он предчувствовал скорое падение стены, а затем и СССР, заметив, однако, что «... прежде чем это произойдет, на наших могилах вырастут большие деревья».

³ Они не стреляли, в отличие от того, что произошло в феврале того же года, когда был убит 21-летний Крис Гефрой, последняя жертва «приказа стрелять» (Schießbefehl). Это было постоянное распоряжение, отданное министром государственной безопасности пресловутого Штази Эрихом Мильке военным ГДР, отвечающим за пограничный контроль. Будучи в силе с 1960 года, оно было отменено только в апреле 1989 года.

⁴ В частности, «So ein Tag, so wunderschön wie Heute» («Такой чудесный день, как сегодня») – главный лейтмотив певческого репертуара, который немцы использовали в особых случаях.

⁵ Об этом эпизоде вспомнили в 25-ю годовщину падения стены в фильме «Борнхольмер-штрассе», который транслировался по государственному телевидению Германии, в то время как Гарольду Йегеру была посвящена улица в Берлине.

Последствия падения стены для Германии. Падение Стены коренным образом изменило историю Германии, а вместе с ней Европы и всего мира. Изменения, однако, не прошли без трудностей и проблем, а их долгосрочные последствия сложны и противоречивы.

Прежде всего, что касается немецкой истории, объединение двух Германий не сразу воспринималось как нечто подразумевающееся. Особенно, для политического класса ГДР, который во главе с новым секретарем СЕПГ Эгоном Кренцем предпринял отчаянную, но не вполне убедительную попытку выступить в глазах народа в качестве организатора реформаторского изменения режима. Однако люди, находясь теперь в постоянной мобилизации, требовали радикальных изменений и не могли быть удовлетворены простой отставкой Хонеккера¹. Вместо этого режим был свергнут, быстро рухнув под ударами неудержимых волн протеста. Таким образом, 1 декабря парламент ГДР отменил статью конституции, которая гарантировала СЕПГ ведущую роль в государстве. Эгон Кренц («короткий») ушел в отставку через два дня (его заменил адвокат Грегор Гизи), а вместе с ним все Политбюро и Центральный комитет. Первые свободные выборы были проведены 18 марта. Коалиция ХДС и социал-демократов 12 апреля избрала Лотара де Мезьера премьер-министром. 18 мая между двумя Германиями был заключен Договор о валютном, экономическом и социальном союзе. 1 июля восточная марка была заменена немецкой маркой. 31 августа был подписан Договор об объединении, назначенном на 3 октября, дату, когда законодательство ФРГ распространило свое действие на пять восточных земель.

Однако и с боку ФРГ первоначально существовало сопротивление проекту воссоединения. На внутреннем плане оно ощущалось со стороны политиков и интеллектуалов². На международном уровне для преодоления опасений, вызванных потенциальной мощью будущей «Великой Германии», решающим было принятие ею границ 1945 года (в особенности – восточной границы с Польшей, проходящей по рекам Одер и Нейсе). Еще Вилли Брандт взял на себя обязательство уважать вышеупомянутые границы, что и было подтверждено Договором об окончательном урегулировании в отношении Германии (так называемый «Договор 2+4»), который был заключен 12 сентября 1990 года между двумя Германиями и государствами, все еще представленными на территории Берлина. Кроме того, был заключен договор между новой Германией и Польшей.

Обязательства, взятые на себя правительством Германии в отношении развития процесса европейской интеграции и проекта единой валюты, были не менее важны (к этим моментам мы вскоре вернемся).

Как только первоначальные препятствия были преодолены, воссоединение, наконец, произошло с удивительной быстротой. «Менее чем за одиннадцать месяцев то, что многие считали невозможным, было достигнуто: без войны, а благодаря народной «мирной революции» на Востоке сначала пала Стена, а затем один из двух соперников уступил и в конечном итоге вошел в сферу действия Основного закона ФРГ (Grundgesetz)» [1, с. 64]. На формальном уровне путь, выбранный новым правительством Демократической Республики, пришедшим к власти в результате выборов 18 марта 1990 года³, был предусмотрен в ст. 23 Grundgesetz, дававшей возможность также другим землям войти в сферу действия Конституции.

Тогда же возникла еще одна небольшая формальная проблема: выбор даты национальной годовщины воссоединения Германии. Действительно, празднование 9 ноября сразу оказалось неприемлемым для немцев, т.к. эта дата была «скомпрометирована» двумя неприятными историческими событиями. Первое произошло 9 ноября 1918 года, когда император Вильгельм II отрекся от престола после поражения в Первой мировой

¹ Как и позже, они не были удовлетворены его исключением из партии вместе с Эрихом Мильке и девятью другими лидерами партии.

² Обратите внимание на возражения лауреата Нобелевской премии по литературе Гюнтера Грасса, который опасался, что с воссоединением Германии может возродиться также и немецкий национализм.

³ Выбор, позже подтвержденный Народной палатой ГДР (Volkshammer), одобрившей Договором об окончательном урегулировании в отношении Германии 23 августа 1990 года.

войне, а второе – 9 ноября 1938 года – стало печально известным как «хрустальная ночь» или погром еврейских магазинов по всей Германии и прелюдия к холокосту. В этой связи пришлось вернуться к дате 3 октября – моменту административного воссоединения 1990 года, которая затем стала национальным праздником.

Очевидно, однако, что существенные проблемы экономического и социального характера, порожденные процессом воссоединения, были гораздо более серьезными. Этот процесс, особенно вначале, не был абсолютно безболезненным для немецкого народа. За последовавший за этим мощный процесс интеграции между Востоком и Западом¹ нужно было заплатить. На Западе это проявилось в повышении налогов и сокращении социальных выплат², что должно было компенсировать финансовую нагрузку, вызванную интеграцией новых земель. На Востоке воссоединение было оплачено систематическими увольнениями в государственном секторе тех, кто был дискредитирован сотрудничеством с коммунистическим режимом. Кроме того, посредством Ведомства по опеке над государственным имуществом (Treuhand) был осуществлен демонтаж большинства государственных предприятий³. Ценой объединению также стала массовая безработица, до того момента совершенно незнакомая Германии [3, с. 25]⁴. Недовольство, которое возникло в годы после воссоединения, породило довольно сильную напряженность и новые тенденции. К ним относятся: *Ostalgie* (ностальгия по старому миру ГДР), волны неонацизма и расизма, враждебность между *Wessis* и *Ossis* (западными и восточными немцами) и «сопротивление» падению стены «в умах» людей. Это также спровоцировало очень разные электоральные тенденции между Востоком и Западом. На Востоке⁵ эти тенденции часто сопровождались утверждением партий, которые были наследниками коммунизма, или, наоборот, популистских, националистических и ксенофобских движений, таких как недавняя «Альтернатива для Германии» (Alternative für Deutschland) [4, с. 127]⁶. Однако по прошествии 30 лет большинство этих проблем, похоже, было преодолено, и процесс интеграции новых земель можно считать в целом успешным. В отличие от итальянского юга, экономический разрыв с западными землями имеет тенденцию к сокращению, и в 2017 году, впервые после воссоединения, перемещение людей с Запада на Восток было большим, чем перемещение тех, кто ехал в обратном направлении. Берлин стал волшебным городом и одной из самых удобных для жизни столиц мира. Несколько лет назад за эти характеристики он получил определение города «бедного» (по накопленным долгам), но в то же время «секси». Эти слова принадлежат Клаусу Воверайту, который 13 лет был бургомистром Берлина.

Европа после падения стены. Не менее противоречивы и еще более сложны для оценки исторические последствия падения стены и окончания холодной войны для Европы и мира.

В Европе ее непосредственным результатом стало крушение других коммунистических режимов (в Болгарии, Литве, Чехословакии и Румынии), что не везде, в отличие от Германии, произошло без кровопролития. «Как если бы Стена была символом, первым камнем, оторванным от этого мира, который будет означать падение всего Востока» [5, с. 175]. Даже сердце «империи» вскоре было поражено крушением коммунистического

¹ Для некоторых, однако, процесс интеграции был больше похож на аншлюс, аннексию ГДР Федеративной Республикой Германии. В этом же смысле высказался итальянский ученый V. Giacché, Anschluss. L'unificazione della Germania e il futuro dell'Europa (2013).

² В частности, в соответствии с так называемым планом Харца, разработанным между 2003 и 2005 годами социал-демократическим правительством во главе с канцлером Герхардом Шредером.

³ Это были предприятия, часто выкупаемые у западных компаний по номинальным ценам или даже получаемые бесплатно только с целью устранения конкуренции и, следовательно, быстрого закрытия или сокращения.

⁴ Об эволюции немецкой экономической и социальной системы после падения стены, а также для сравнения с итальянской системой из недавнего см. Ch. Dipper, *Wachsende Ungleichheit, Schleichende Entfremdung. Italiens und Deutschlands wirtschaftliche Entwicklung, nach dem Boom* (2019).

⁵ Где дух нацизма, возможно, никогда не пытались по-настоящему изгнать, как это было в Федеративной Республике.

⁶ Об этих тенденциях, а также для сравнения с политической системой Италии см. E.G. Heidebreder, *Nach dem Ende des Endes der Geschichte: Deutschland und Italien in der EU von Morgen* (2019).

правительства Москвы и распадом Советского Союза в период с января 1990 года по декабрь 1991 года.

Другим важным последствием стало рождение Европейского Союза (по Маастрихтскому договору 1992 года), который заменил Европейское сообщество. Но еще большее значение имело появление евро и еврозоны со всеми ограничениями их «первородного греха», которые резко проявились на фоне экономического кризиса 2008 года. Кроме того, все более широко распространяющейся является нетерпимость, демонстрируемая в последние годы во всех странах-членах по отношению к европейским институтам и законодательству¹. Действительно, следует помнить о сложной ситуации, которая привела (возможно, в большей степени основываясь на геополитических выгодах, чем на экономической рациональности) к реализации этих проектов. Конец bipolarности и «холодной войны» казался Европе уникальной возможностью занять более важное экономическое и политическое положение на международной арене. Однако это было бы невозможным без решительного участия Германии, которая после воссоединения, казалось, хотела выйти из процесса европейской интеграции, чтобы стать независимой политической силой в Центральной и Восточной Европе. Как следствие, необходимость крепко связать Германию с европейским проектом, прежде всего по воле Франции Миттерана, привела к «стремительному броску» к единой валюте. Это произошло на условиях, в значительной степени «продиктованных» Бундесбанком, воплощением финансовой строгости, которая была очень дорога правительствам Бонна и Берлина и которая обошлась очень дорого для других стран еврозоны или, по крайней мере, для стран Южной Европы, таких как Италия. В действительности, после падения стены Гельмут Коль поклялся, что хочет не немецкую Европу, а европейскую Германию. Однако его министр финансов Тео Вайгель «был обеспокоен тем, что евро представляло собой скорее расширенную версию немецкой валюты, чем настоящую европейскую валюту» [6, с. 4].

Наряду с разрывом между Севером и Югом, расширение Европейского Союза на Восток, которое поначалу казалось очень привлекательным для стран, освободившихся из-под советского ига, тем не менее, также оставило существенные разломы между Востоком и Западом, которые сегодня представляют едва ли ни наибольшую угрозу для будущего и для самого выживания ЕС. Прежде всего, речь идет о культурном разрыве. Для Западной Европы национализм был причиной войн и всякого угнетения. Для Восточной Европы угнетение сначала пришло из пангерманизма, а затем из коммунистического интернационализма, в то время как национализм принимает форму нового открытия собственной идентичности в качестве долгожданного освобождения. Это объясняет отвержение этнического и культурного смешения с беженцами-мусульманами и отказ передать суверенитет Брюсселю. Таким образом, правые политические силы окрашены национализмом, а левым, на какой бы платформе они ни стояли, трудно избавиться от давящей тени коммунизма и сталинизма [6, с. 4]. В то же время не только в странах Восточной Европы, но и в Европе в целом (и в мире) в политике традиционная оппозиция левых и правых часто заменяется новым противостоянием. С одной стороны в нем представлены движения и партии, базирующиеся на таких трех основных ценностях, как экология, альтернативность и либертарианство. Они более ориентированы на европейскую интеграцию и международное сотрудничество. Другая сторона новой оппозиции представлена движениями и партиями популистского и этатического стиля, которые находят свое вдохновение в другой ценностной триаде: традиции, авторитаризм и национализм [7, с. 1]².

¹ Феномен, кульминацией которого стали результаты референдума по Brexit, проведенного в Соединенном Королевстве в июне 2016 года.

² По этому поводу см. исследование уже считающееся «классическим»: L. Hooghe and G. Marks, *A Postfunctional Theory of European Integration: From Permissive Consensus to Constraining Dissensus* (2009); кроме того, более недавний анализ E.G. Heidebreder, *Nach dem Ende des Endes der Geschichte* (2019); о недавних дебатах о перспективах европейской интеграции с упором, в частности, на роль Германии, см. также сочинения P. Schiffauer, I. Jędrzejowska-Schiffauer и B. Venocci, содержащиеся в книге под ред. Chr. Liermann Traniello, U. Villani-Lubelli, M. Scotto.

Мир без стены: от конца истории до «фрагментированной третьей мировой». Для остального мира 1989 год стал началом счастливой эры, отмеченной большей сплоченностью и сотрудничеством между государствами. Уже после первой войны в Персидском заливе 1991 года против Ирака Саддама Хусейна произошло значительное оживление Совета Безопасности ООН в его роли гаранта международного мира и безопасности. В тот момент он больше не был парализован систематически играми постоянных членов с перекрестным вето, что было типично для предыдущего периода [8, с. 129; 9, с. 387; 10, с. 3]. В этой связи многие делали ставку или надеялись, что разработка системы коллективной безопасности, предусмотренная Уставом ООН, может быть, наконец завершена созданием постоянной армии под контролем Организации (статья 43 и последующие), чего не возможно было бы достичь ранее в условиях холодной войны. Другой надеждой было то, что международному сообществу удастся достичь большей сплоченности и сотрудничества, пусть вне системы ООН, вокруг общих фундаментальных ценностей и интересов, которые, помимо решения проблемы международной безопасности и мира, могли бы гарантировать эффективное управление «глобальными общественными благами»¹. Между тем Фрэнсис Фукуяма даже провозгласил «конец истории» в мире, умиротворенном триумфом либеральной модели демократии и экономики, гарантированной американской гегемонией [11, с. 13]².

Опираясь на это убеждение, Запад вместо этого совершил ошибку, не реформировав управление международной политикой и экономикой адекватным образом с учетом вызовов и ответственности, связанных с новой ситуацией, и оставив слишком много места и власти сильнейшим государствам и свободе рынков. В любом случае история быстро вернулась в прежнее русло, и тезис Фукуямы был быстро опровергнут ростом новых военных и экономических сил и, прежде всего, глобальной угрозой исламского терроризма, так что «пророчество» Сэмюэла Филлипса Хантингтона о «столкновении цивилизаций» показалось более реалистичным (что было драматично продемонстрировано феноменами Аль-Каиды и ИГИЛ, а также многочисленными межрелигиозными конфликтами, разразившимися в разных частях мира)³. Однако еще более значимым выглядит определение текущей ситуации в мире, озвученное несколько лет назад Папой Франциском, когда он говорил о «фрагментированной третьей мировой войне». Нынешнее культурное и религиозное противостояние на самом деле является лишь одним из элементов существующего положения вещей, которое некоторые определяют как «неогоббсовское» [12, с. 469]: состояние широко распространившихся и перманентных конфликтов, по разным причинам ставших характерными для XXI века. К ним относятся: геополитические конфликты; гражданские и международные конфликты; торговые войны, которые подрывают функционирование такого важного многостороннего учреждения, как Всемирная торговая организация; противостояния, связанные с конкуренцией за природные ресурсы, расовыми или гендерными различиями, а также экономическими и социальными диспропорциями и т. д.

В этом контексте, после первоначальных ожиданий о возрождении, ООН продемонстрировала новые разногласия, разрывающие ее изнутри и ставшие современными отголосками «холодной войны» между Западом и путинской Россией. Они находятся в сложном переплетении со «второй холодной войной»⁴, происходящей между США и Китаем⁵. ООН оказалась неспособной разрешать военные конфликты и предотвращать другие акты насилия, часто уступая в вопросах обеспечения международной безопасности и законности односторонним военным инициативам государств-членов,

¹ См. многочисленные статьи П. Пиконе, содержащиеся в указанном выше собрании сочинений и в «Comunità internazionale e obblighi «erga omnes», Napoli, III ed., 2013.

² См. знаменитую работу F. Fukujama, *The End of History*, в *The National Interest* (1989) и, на итальянском, *La fine della storia e l'ultimo uomo. La democrazia liberale è il culmine dell'esperienza politica?* (1992).

³ См. также хорошо известные статьи Хантингтона, написанные им в ответ на тезисы Фукуямы: *The Clash of Civilizations?*, в *Foreign Affairs* (1993) и *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* (1996); в итальянском переводе: *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale* (2000).

⁴ Ее определение дано в последней книге F. Rampini. *La seconda guerra fredda* (2019).

⁵ Об этом также читайте в одном из выпусков «Limes» № 11/2019 под названием «Cina-Russia. La strana coppia».

наряду со всеми рисками злоупотреблений, связанными с унилатерализмом¹. Все же в одном Фукуяма, был, возможно, в какой-то степени прав, во всяком случае, до настоящего момента. Давайте попробуем применить концепцию «конца истории» к экономическому мышлению и практике. Крах коммунизма и исчезновение конкуренции между альтернативными системами (направленными на демонстрацию того, что каждая модель развития была не только эффективной, но и социально справедливой), на которых базировалось биполярное равновесие времен холодной войны, в течение нескольких десятилетий после падения Стены открыли путь для утверждения единого либерального мышления в планетарном масштабе. Их исчезновение также проложило дорогу триумфальному маршу финансового капитализма в контексте общих процессов глобализации экономики. Именно эти явления, согласно авторитетным и все более широко распространенным исследованиям, представляют реальную причину последнего серьезного экономического кризиса, который до сих пор не преодолен. Они также стали причиной резкого возрастания неравенства, социальной дезинтеграции и девальвации демократических ценностей и принципов правового государства, даже в западных странах². Парадоксальный эпилог войны, развязанной, с точки зрения победителей, именно во имя демократии и свободы!

Выводы и предложения. В контексте вышеизложенного, возможно, верной является распространенная в последнее время мысль о том, что общая реакция на такое положение дел ведет к завершению периода истории глобализации, который длился 30 лет. А это, в свою очередь, означает упадок определенного мирового порядка, сформировавшегося в результате падения Берлинской стены и окончания холодной войны³. В этом смысле мы действительно подошли к концу конца истории [4, с. 1]. Однако верно и то, что мы сталкиваемся со сценарием, который даже эксперты в области международных отношений считают трудно интерпретируемым и развитие которого в настоящее время невозможно предсказать.

В свете сложности явлений и возникших проблем приведенные здесь вкратце соображения следует рассматривать только как пищу для размышлений. Не претендуя на полноту и системность, данные положения могли бы получить свое развитие в последующих исследованиях. Это, однако, не преуменьшает масштабов и ценности того, что было достигнуто немецким народом как в невероятную ночь 9 ноября 1989 года, так и после этого. Они полностью заслужили право гордо и радостно отпраздновать 30-летие вновь обретенного единства.

Список используемой литературы

1. D'Amelio F. Solo una questione di teoria del diritto? Un'altra Wiedervereinigung e il conflitto per l'identità della nazione tedesca dalla divisione del 1949 alla Repubblica di Berlino. *Italia, Deutschland und die europäische Einheit. Zum 30-jährigen Jubiläum des Berliner Mauerfalls*: Chr. Liermann Traniello, U. Villani-Lubelli, M. Scotto (edit.). Stuttgart, 2019. P. 55–67.
2. Villani-Lubelli U. 1919–1949–2019. Continuità e fratture nella storia della democrazia in Germania. *Italia, Deutschland und die europäische Einheit. Zum 30-jährigen Jubiläum des Berliner Mauerfalls*: Chr. Liermann Traniello, U. Villani-Lubelli, M. Scotto (edit.). Stuttgart, 2019. P. 39–54.
3. Dipper Ch. Wachsende Ungleichheit, Schleichende Entfremdung. Italiens und Deutschlands wirtschaftliche Entwicklung, nach dem Boom'. *Italia, Deutschland und die europäische Einheit. Zum 30-jährigen Jubiläum des Berliner Mauerfalls*: Chr. Liermann Traniello, U. Villani-Lubelli, M. Scotto (edit.). Stuttgart, 2019. P. 25–37.
4. Heidebreder E. G. Nach dem Ende des Endes der Geschichte: Deutschland und Italien in der EU von Morgen. *Italia, Deutschland und die europäische Einheit. Zum 30-jährigen Jubiläum des Berliner Mauerfalls*: Chr. Liermann Traniello, U. Villani-Lubelli, M. Scotto (edit.). Stuttgart, 2019. P. 127–139.

¹ См. упомянутые в этой связи работы Паоло Пиконе, в частности, статьи «La guerra contro l'Iraq e le degenerazioni dell'unilateralismo» и «Unilateralismo e guerra contro l'ISIS» в «Obblighi «erga omnes» (2017).

² Для дополнительной информации по этой теме см., среди многих, работу лауреата Нобелевской премии J.E. Stiglitz, *The Price of Inequality. How Today's Divided Society Endangers Our Future*, New York, 2012; в контексте юридического анализа – P. Picone, *Capitalismo finanziario e nuovi orientamenti dell'ordinamento internazionale*, в *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2014/1; критический подход к вопросу продемонстрирован в публикациях в № 6 за 2019 год журнала «MicroMega», который целиком посвящен последствиям падения Берлинской стены.

³ Это, к примеру, центральный тезис работы Рампини, которая была процитирована ранее.

5. Mauro E. Anime prigioniere. Cronache dal Muro di Berlino. Milano: Fertonelli, 2019. 203 p.
6. Bonanni A. Le ferite dell'Europa. *La Repubblica*, 10 novembre 2019. P. 4.
7. Hooghe L., Marks G. A Postfunctionalist Theory of European Integration: From Permissive Consensus to Constraining Dissensus. *British Journal of Political Science*, 2009, № 1 (39). P. 1–23.
8. Picone P. Interventi delle Nazioni Unite e obblighi erga omnes: *Obblighi «erga omnes» e uso della forza*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2017. P. 129–194.
9. Picone P. Le autorizzazioni all'uso della forza tra sistema delle Nazioni Unite e diritto internazionale generale: *Obblighi «erga omnes» e uso della forza*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2017. P. 387–460.
10. Ligustro A. Sessant'anni dell'Italia all'ONU: per una celebrazione senza retorica. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2016, № 1. C. 3–12.
11. Fukujama F. The End of History. *The National Interest*, 1989, № 16. P. 3–18.
12. Skordas A. The Rise of the Neo-Hobbesian Age: Thirty Years since the Fall of the Berlin Wall. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2019, № 79. P. 469–479.

References

1. D'Amelio F. (2019) Solo una questione di teoria del diritto? Un'altra Wiedervereinigung e il conflitto per l'identità della nazione tedesca dalla divisione del 1949 alla Repubblica di Berlino. Italien, Deutschland und die europäische Einheit. Zum 30-jährigen Jubiläum des Berliner Mauerfalls: Chr. Liermann Traniello, U. Villani-Lubelli, M. Scotto (edit.). Stuttgart [in Italian].
2. Villani-Lubelli U. (2019) 1919–1949–2019. Continuità e fratture nella storia della democrazia in Germania. Italien, Deutschland und die europäische Einheit. Zum 30-jährigen Jubiläum des Berliner Mauerfalls: Chr. Liermann Traniello, U. Villani-Lubelli, M. Scotto (edit.). Stuttgart. P. 39–54 [in Italian].
3. Dipper Ch. (2019). Wachsende Ungleichheit, Schleichende Entfremdung. Italiens und Deutschlands wirtschaftliche Entwicklung, nach dem Boom?. Italien, Deutschland und die europäische Einheit. Zum 30-jährigen Jubiläum des Berliner Mauerfalls: Chr. Liermann Traniello, U. Villani-Lubelli, M. Scotto (red). Stuttgart, 2019. P. 25–37 [in German].
4. Heidebreder E. G. (2019). Nach dem Ende des Endes der Geschichte: Deutschland und Italien in der EU von Morgen, Italien, Deutschland und die europäische Einheit. Zum 30-jährigen Jubiläum des Berliner Mauerfalls: Chr. Liermann Traniello, U. Villani-Lubelli, M. Scotto (edit.). Stuttgart. P. 127–139. [in German].
5. Mauro E. (2019). Anime prigioniere. Cronache dal Muro di Berlino. Milano: Fertonelli. 203 p. [in Italian].
6. Bonanni A. (2019). Le ferite dell'Europa. *La Repubblica*, 10 novembre 2019. P. 4 [in Italian].
7. Hooghe L., Marks G. (2009). A Postfunctionalist Theory of European Integration: From Permissive Consensus to Constraining Dissensus. *British Journal of Political Science*, 2009, № 1 (39). P. 1–23.
8. Picone P. (2017). Interventi delle Nazioni Unite e obblighi erga omnes: Obblighi «erga omnes» e uso della forza. Napoli: Editoriale Scientifica. P. 129–194 [in Italian].
9. Picone P. (2017). Le autorizzazioni all'uso della forza tra sistema delle Nazioni Unite e diritto internazionale generale: Obblighi «erga omnes» e uso della forza. Napoli: Editoriale Scientifica. P. 387–460 [in Italian].
10. Ligustro A. (2016). Sessant'anni dell'Italia all'ONU: per una celebrazione senza retorica. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2016, № 1. C. 3–12. [in Italian].
11. Fukujama F. (1989). The End of History. *The National Interest*, 1989, № 16. P. 3–18.
12. Skordas A. (2019). The Rise of the Neo-Hobbesian Age: Thirty Years Since the Fall of the Berlin Wall. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2019, № 79. P. 469–479.

Статья поступила 15.05.2021 г.

Альдо Лигустро, доктор філософії в галузі права,
професор міжнародного права
Університет Фоджі
Юридичний факультет
Largo Papa Giovanni Paolo II, 1, Фоджа, 71121, Італія
e-mail: aldo.ligustro@unifg.it

ПАДІННЯ БЕРЛІНСЬКОЇ СТІНИ: СПОГАДИ І РОЗДУМИ ОДНОГО СВІДКА ЧЕРЕЗ ТРИДЦЯТЬ РОКІВ

Резюме

Стаття присвячена тридцятій річниці падіння Берлінської стіни, однієї з найважливіших історичних подій після закінчення Другої світової війни. У першій частині роботи досліджено події, що призвели до поділу Німеччини в післявоєнний період,

і еволюція відносин між двома Німеччинами та, на світовому рівні, між двома ворогуючими блоками під час «холодної війни» аж до падіння стіни. У другій частині вивчено короткострокові і довгострокові наслідки падіння стіни для Німеччини, Європи та всього світу, що призвели в глобальному масштабі до формування стану так званої « нової холодної війни » і «фрагментованої третьої світової».

Ключові слова: холодна війна, НДР, аншлюс, Ostpolitik, Основний закон ФРН, кінець історії, зіткнення цивілізацій, фрагментована третя світова війна.

Aldo Ligustro, PhD in Law
Full Professor of International Law,
University of Foggia
Department of Legal Studies
Largo Papa Giovanni Paolo II, 1, Foggia, 71121, Italy
e-mail: aldo.ligustro@unifg.it

THE FALL OF THE BERLIN WALL: MEMORIES AND REFLECTIONS OF A WITNESS THIRTY YEARS LATER

Summary

On 9 November 2019 the thirtieth anniversary of the fall of the Berlin Wall which is undoubtedly the most important historical event since the end of the Second World War was celebrated almost all over the world. First of all, this article is dedicated to the historical events that led to the division of Germany in the immediate post-war period, to the evolution of relations between the two Germanys and, at a global level, between the two opposing blocs at the time of the “cold war” up to the fall of the Wall, on behalf of which the author, who was residing in Berlin at the time, also provides direct testimony. In the second part he moves on to examine the short and long term effects of the fall of the Wall for Germany, for Europe and for the whole world. The multiple problematic aspects are highlighted at each of these levels: a) in particular, with regard to the internal events in Germany, attention falls both on the juridical aspects of reunification (whether it was a matter of reunification on an equal basis or rather an “annexation” of the conquered state by the winner) and the social ones (whether the process of social reunification and cohesion – compared with the analogous processes that have taken place in Italy between North and South – can be said to be complete and successful); b) at the European level the influence that German unification has exerted on the integration process is analyzed. The institution of the single currency, the Euro, in the image and likeness of the old German Mark, as well as the expansion of the EU by accepting new members and attracting countries previously belonging to the Soviet bloc to the western one for mostly geopolitical reasons are definitely determined; c) finally, as regards international relations, the article follows the passage from the illusion of the “end of history” and the relaunch of the United Nations on the basis of values and objectives that are now common, thanks to the end of the Cold War, to the current reality of the “new cold war” and the “fragmented third world war”, characterized by the spread of numerous conflicts of different nature.

Keywords: cold war, Deutsche Demokratische Republik, anschluss, Ostpolitik, Grundgesetz, the end of the history, the clash of civilizations, fragmented third world war.

УДК 341.322.5

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2021.42.232433>

Т. С. Садова, аспірантка 3 року навчання
 Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
 Кафедра загальноправових дисциплін та міжнародного права
 Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна
 e-mail: montan_@ukr.net

ДО ПИТАННЯ ПРО СПІВВІДНОШЕННЯ ВОЄННИХ ТА ВІЙСЬКОВИХ ЗЛОЧИНІВ У МІЖНАРОДНОМУ ТА НАЦІОНАЛЬНОМУ ПРАВІ

Статтю присвячено дослідженню військових (злочинів проти встановленого порядку несення військової служби) та воєнних злочинів у міжнародному та національному праві. Особливу увагу було приділено поняттю та ознакам воєнних та військових злочинів. Також були розглянуті джерела як міжнародного, так і національного права для порівняльної характеристики воєнних та військових злочинів, що допомогло зрозуміти їх зміст та уникнути змішання цих понять. Було надано дефініцію воєнних та військових злочинів, досліджено співвідношення цих правових явищ, виявлені основні спільні та відмінні риси цих злочинів

Ключові слова: воєнні злочини, військові злочини, збройний конфлікт, військова служба, військовослужбовець, комбатант.

Постановка проблеми. На сьогоднішній день в східному регіоні України проходять обстріли та умисні нанесення ударів по житлових будівлях та будівлях призначених для освіти і виховання дітей. Внаслідок цього утворилося багато зруйнованих житлових кварталів. Поранено багато українських громадян. Всі ці дії здійснюються в ході збройного конфлікту. Відбуваються й інші воєнні злочини. Загалом, воєнні злочини як різновид міжнародних злочинів підпадають під юрисдикцію Міжнародного кримінального суду (далі – МКС). Для того, щоб МКС почав розглядати заяву держави, яка не є учасницею Римського статуту МКС (далі – РС МКС), така держава повинна визнати юрисдикцію МКС шляхом подання відповідної заяви секретарю вище вказаного суду. Після цього держава повинна співпрацювати з МКС як про це вказується в пункті 3 статті 12 РС МКС [14, ст. 12]. Виходячи з цього, держава має ряд обов'язків щодо співпраці з МКС, але не має прав, властивих державам-учасницям РС МКС. Для того щоб мати подібні права, реалізація яких дозволить брати активну участь у Асамблеї держав-учасниць РС МКС, необхідно ратифікувати Верховною Радою України РС МКС. При цьому обов'язкової умови внести зміни до національного кримінального законодавства України після ратифікації РС МКС не існує. Але наявні прогалини в національному праві можуть ускладнити роботу судових та правоохоронних органів України щодо міжнародних злочинів, що підпадають під юрисдикцію МКС. Оскільки РС МКС зазначає умови, за яких справа приймається до провадження МКС та вказує на те, що МКС є додатковим органом кримінальної юстиції, слід уникати негативної комплементарності. І саме для таких цілей потрібно внести зміни до національного кримінального права України.

Потрібно взяти до уваги, що після змін 2018 р. у Кримінальному кодексі України (далі – ККУ) використовується поняття «кримінальне правопорушення», але зважаючи на те, що у міжнародному кримінальному праві застосовується термін «злочин», для зручності в подальшому у статті ми будемо використовувати це поняття як стосовно міжнародного, так і стосовно національного права. Враховуючи те, що національне кримінальне законодавство не містить поняття воєнних злочинів, а отже виникає проблема розрізнення, на перший погляд, схожих та співзвучних груп кримінальних правопорушень за національним правом – воєнних та військових, необхідно внести зміни в ККУ, доповнивши його нормами, що стосуються воєнних злочинів.

Актуальність чіткого розмежування означених понять також підтверджується тим фактом, що можна зустріти наукові публікації, в яких при перекладі поняття воєнних злочинів із тексту РС МКС вони звучать як військові злочини, хоча змістовно можна зрозуміти, що мова йде саме про воєнні злочини. Дійсно ці злочини мають подібні ознаки, але не слід їх ототожнювати. Отже, є необхідність в детальному аналізі цих понять.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Воєнні злочини як різновид міжнародних злочинів складають об'єкт наукових досліджень таких вчених, як: С. М. Мохончук, В. М. Репецький, В. М. Лисик, М. В. Піддубна та інші. У свою чергу, військові злочини складають об'єкт наукових досліджень ряду науковців: В. О. Бугаєв, М. І. Карпенко, С. О. Харитонов, Ю. М. Береза та інші.

М. В. Піддубна в дисертаційному дослідженні «Імплементация норм міжнародного кримінального права про воєнні злочини у ККУ» зазначає, що в доктрині міжнародного кримінального права визначення поняття воєнного злочину не є одноманітним. Практично кожен дослідник воєнних злочинів намагається сформулювати своє визначення цього поняття, вкласти в нього свій зміст. Як зазначає автор, причиною цього є визначення поняття в джерелах міжнародного права лише шляхом перерахунку конкретних діянь, які складають воєнний злочин [1, с. 2]. С. О. Харитонов розробив концептуальні засади кримінальної відповідальності за злочини проти порядку несення військової служби за кримінальним законодавством України [2, с. 26]. Ю. М. Березою та К. О. Чаплинським здійснено теоретичний аналіз та розв'язане наукове завдання з опрацювання та наукового обґрунтування методики розслідування незаконного заволодіння військовослужбовцем зброєю, бойовими припасами та вибуховими речовинами [3, с. 116]. Дослідженням відповідності окремих статей у розділі XIX ККУ та ст. 8 РС МКС займалась С. П. Кучевська. Вона вказала на необхідність їх закріплення, з певними доповненнями, що стосуватимуться строків давності, максимального розміру покарання, у спеціальному розділі XX ККУ [4, с. 145].

Мета статті. Розглянути поняття воєнних та військових злочинів у джерелах міжнародного та національного права для того, щоб порівняти ці явища і встановити перелік ознак, що їх розрізняють.

Виклад основного матеріалу. ККУ надає визначення військовим злочинам як таким, що «передбачені цим розділом кримінальні правопорушення проти встановленого законодавством порядку несення або проходження військової служби, вчинені військовослужбовцями, а також військовозобов'язаними та резервістами під час проходження зборів» [5, ст. 401]. Аналізуючи зміст статті 401 ККУ, ми приходимо до висновку, що поняття такого виду злочину визначається законодавцем саме через його об'єкт, зокрема встановлений порядок несення військової служби, та його суб'єкт, який є військовослужбовцем за призовом або за контрактом, або громадянин, який перебуває в запасі, під час проходження ним військових зборів.

Ряд авторів, таких як Ю. М. Береза та К. О. Чаплинський [3, с. 56] та С. О. Харитонов [2, с. 29], вважають достатнім та погоджуються, що визначення військових злочинів та злочинів проти військової служби, що міститься в статті 401 ККУ, не потребує жодних змін.

Але в доктрині національного кримінального права в деяких вчених, склалась думка про можливість внесення змін до ознак військових злочинів. Наприклад, вчений М. І. Карпенко стверджує, що «необхідно в ч. 1 ст. 401 ККУ прямо визначити об'єкт злочинів проти військової служби, який полягає у військовій безпеці держави» [6, с. 198]. На думку Т. Б. Ніколаєнко, «об'єктом вказаних злочинів треба зазначити інтереси національної безпеки України у військовій сфері» [7, с. 98].

Із твердженнями вищевказаних вчених ми погоджуємося частково, а саме в тому, що військові злочини завдають шкоди військовій безпеці держави, але заподіяння такої шкоди у цьому випадку не є безумовним та відбувається опосередковано, оскільки можливе лише за умови порушення порядку проходження військової служби.

Слід звернути увагу, що під час порушення норм ККУ щодо несення військової служби, злочинець також порушує військову присягу та ст. 17 Конституції України [8, ст. 17]. Так, згідно із ч. 2 ст. 401 ККУ за відповідними статтями цього розділу «несуть відповідальність військовослужбовці Збройних Сил України, Служби безпеки України, Державної прикордонної служби України, Національної гвардії України та інших військових формувань, утворених відповідно до законів України, Державної спеціальної служби транспорту, Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України, а також інші особи, визначені законом» [5, ст. 401].

Не дивлячись на те, що законодавцем визначений спеціальний суб'єкт вчинення військового злочину, зокрема в ч. 9 статті 1 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу» вказано, що «військовослужбовцями є особи, які проходять військову службу, військовозобов'язаними є особи, які перебувають у запасі для комплектування Збройних Сил України та інших військових формувань на особливий період, а також для виконання робіт із забезпечення оборони держави, та резервістами є особи, які проходять службу у військовому резерві Збройних Сил України, інших військових формувань і призначені для їх комплектування у мирний та воєнний час» [9, ст. 1].

Але існує й інша точка зору, в доктрині національного кримінального права все ж таки пропонується внесення змін до цієї ознаки військових злочинів. Наприклад, О.І. Шкуропацький пропонує «внести зміни в ст. 401 ККУ положення про те, що суб'єктами злочинів проти військової служби є військовослужбовці, а також військовозобов'язані та резервісти під час проходження зборів, і особи, на яких відповідно до міжнародних договорів України поширений статус військовослужбовців» [10, с. 12]. Вчений С.О. Бухонський зазначає, що окрім визначених ККУ суб'єктів військових злочинів, можливий варіант приналежності ряду осіб до цього виду суб'єктів, зокрема, вчений вказує «співробітників Міністерства внутрішніх справ, Державної кримінально-виконавчої служби, ополченців, офіційно створених та таких, які беруть участь в обороні України, захисті її суверенітету, територіальної цілісності і недоторканності, протидіють незаконному збройному формуванню в мирний час» [11, с. 85]. Звичайно суб'єктами військових злочинів можуть розглядатися особи, на яких відповідно до міжнародних договорів України поширений статус військовослужбовців та особи, яких вказує вчений С.О. Бухонський, через те, що кожна із вище перелічених осіб має пряме відношення до порядку несення військової служби, який в свою чергу є об'єктом військових злочинів.

Отже, ми вважаємо, що до ознак військових злочинів слід віднести:

- вичерпний перелік суб'єктів скоєння цього виду злочину, зокрема військовослужбовці та військовозобов'язані. Можуть бути вказані також резервісти, але не безумовно: резервісти будуть вважатися суб'єктами військових злочинів лише під час проходження зборів;
- об'єктом військових злочинів є військово службові відносини, а саме порядок проходження військової служби.

Щодо воєнних злочинів, їх слід відрізнити від військових, не дивлячись на велику кількість спільних ознак та схожу співзвучність їх дефініцій. Для кращого розуміння відмінностей, слід дослідити ознаки воєнних злочинів.

Поняття «воєнні злочини» ККУ не містить взагалі, хоча з огляду на визначення воєнних злочинів у міжнародному праві, змістовно та за смисловим забарвленням стаття 438 містить подібні злочини, хоча й не називає їх «воєнними» [5, ст. 438].

З огляду на джерела міжнародного права поняття та перелік воєнних злочинів можна зустріти в РМ МКС, в Статуті Міжнародного військового трибуналу для суду і покарання головних військових злочинців європейських країн осі, в першому Додатковому протоколі до Женевських конвенцій 1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів та в інших.

За своєю суттю в усіх вище перелічених джерелах міжнародного права поняття воєнних злочинів включає «порушення законів і звичаїв війни» [12, ст. 6], вказується, що ці злочини є «серйозними» порушеннями норм міжнародного права» [13, ст. 85].

Зазначається, що воєнні злочини «означають порушення Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р.» [14, ст. 8]. З огляду на вищевказані джерела міжнародного права найбільш повний перелік воєнних злочинів міститься саме в РС МКС в статті 8.

Слід також звернутися до ст. 18 Проекту Кодексу злочинів проти миру і безпеки людства, яка містить наступний перелік воєнних злочинів: 1) діяння, які скоєні в порушення міжнародного гуманітарного права (умисне вбивство, тортури і нелюдське поводження, включаючи біологічні експерименти, навмисне заподіяння тяжких страждань або серйозного каліцтва або збитку здоров'ю тощо); 2) діяння, яке вчинене навмисно в порушення міжнародного гуманітарного права і є причиною смерті або серйозного тілесного ушкодження або шкоди здоров'ю (перетворення цивільного населення або окремих цивільних осіб в об'єкт нападу, вчинення нападу невибіркового характеру, що зачіпає цивільне населення або цивільні об'єкти, коли відомо, що такий напад стане причиною надмірних втрат життя, поранень серед цивільного населення або завдасть шкоди цивільним об'єктам та інші); 3) посягання на людську гідність в порушення міжнародного гуманітарного права, зокрема образливе і принижуюче поводження, звалтування, примусова проституція і будь-які форми непристойного нападу; 4) діяння, що вчинене в порушення законів і звичаїв війни (застосування отруйних речовин або інших видів зброї, призначених для заподіяння зайвих страждань, безглузде руйнування міст, селищ або сіл чи розорення, не виправдане військовою необхідністю та інші); 5) діяння, яке вчинене в порушення міжнародного гуманітарного права, що застосовується в разі збройного конфлікту неміжнародного характеру (посягання на життя, здоров'я, фізичне або психічне благополуччя осіб, зокрема вбивство, а також таке жорстоке поводження, як, наприклад, тортури, каліцтва або будь-яка форма тілесного покарання; колективні покарання, тощо); 6) у разі збройного конфлікту (використання методів або засобів ведення війни, які не виправдані військовою необхідністю, з метою завдати широкої, довготривалої і серйозної шкоди природному середовищу і тим самим завдати великої шкоди здоров'ю або виживанню населення, причому такий збиток виникає [15, ст. 18].

Зауважимо з цього приводу, що перелік воєнних злочинів, який надається в Проекті кодексу злочинів проти миру і безпеки людства, дійсно є вагомим, але також не вичерпним, адже його можна доповнити рядом воєнних злочинів, передбачених РС МКС та Женевськими конвенціями від 12 серпня 1949 р.

Отже, в джерелах міжнародного права концептуальне визначення такої дефініції як воєнні злочини відсутнє, натомість воно присутнє в доктрині як міжнародного, так і вітчизняного права. Досліджуючи міжнародну кримінальну відповідальність за воєнні злочини, С. О. Лобанов вказує на можливість концептуального визначення цих видів міжнародних злочинів «як серйозних порушень міжнародного гуманітарного права, що застосовується в збройних конфліктах (як міжнародного, так і неміжнародного характеру), що тягнуть за собою індивідуальну кримінальну відповідальність згідно з міжнародним кримінальним правом» [16, с. 15].

Підсумовуючи зміст наукових праць як іноземних, так і вітчизняних вчених та ґрунтуючись на нормативній базі міжнародних та національних джерел, ми прийшли до висновку, що воєнні злочини – це серйозні великомасштабні порушення законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародним правом, застосовуються за умов наявності збройного конфлікту і тягнуть індивідуальну кримінальну відповідальність згідно з міжнародним кримінальним правом.

Міжнародна судова практика свідчить про наявність спеціального суб'єкта, оскільки воєнні злочини частіше здійснюються комбатантами, державними службовцями або іншими представниками однієї зі сторін конфлікту. Підтвердженням цієї точки зору є справа Міжнародного кримінального трибуналу щодо Руанди № ICTR-95-1 від 21 травня 1999 року «Прокурор проти Каїшеми та Рузіндани», відповідно до змісту якої вбачається можливим «вчинення воєнних злочинів командирами або іншими особами, на яких покладалися функції командування підлеглими та здійснення контролю за їх діями» [17]. Але незважаючи на вищевказану міжнародну судову практику, з точки зору чинного між-

народного кримінального права, з огляду на приналежність воєнних злочинів до групи злочини проти миру і безпеки людства в міжнародному праві, загальним суб'єктом воєнних злочинів може бути «будь-яка осудна фізична особа, що досягла 18-річного віку» [14, ст. 26].

Воєнні злочини є неоднозначним міжнародно-правовим явищем, яке потребує детального осмислення. Як наслідок важливою частиною наукового дослідження в порівнянні військових та воєнних злочинів є приділення особливої уваги ознакам останніх, до яких, на нашу думку, слід віднести такі:

- 1) відбуваються в рамках плану або політики держави, в цьому полягає їх серйозність;
- 2) виявляються в порушення законів і звичаїв війни, тобто посягають на встановлений міжнародним правом порядок ведення збройного конфлікту (як міжнародного, так і неміжнародного характеру);
- 3) посягають на охоронювані міжнародним правом інтереси безпеки осіб, які залучені в режим збройного конфлікту (як міжнародного, так і неміжнародного характеру);
- 4) можливі тільки в ході або у зв'язку зі збройним конфліктом як міжнародного, так і неміжнародного характеру;
- 5) порушують норми міжнародного права;
- 6) суб'єкт може бути як загальний, характерний для всіх видів злочинів проти миру і безпеки людства, так і спеціальний – комбатант;
- 7) особливість суб'єктивної сторони: поряд з притаманними всім злочинам проти миру і безпеки людства ознаками навмисного (щодо діяння) і усвідомленого (щодо можливості настання наслідків діяння), потрібна також констатація додаткового аналітичного елемента, що стосується сприйняття виконавцем наявності стану збройного конфлікту.
- 8) суб'єктом може бути будь-яка осудна фізична особа, що досягла 18-річного віку.

Щодо співвідношення воєнних та військових злочинів, існують різні погляди вчених. О. К. Зателєпін вважає, що «кримінальні закони забороняли вчинення на військовій службі трьох груп протиправних діянь: військових (могли здійснюватися тільки військовослужбовцями), загальнослужбових (могли здійснюватися як на військовій, так і на цивільній службі) і загальних (могли здійснюватися будь-якою людиною)» [18, с. 38]. Вчений В. М. Степашин, досліджуючи особливості призначення спеціальних покарань військовослужбовцям, зазначає, що «воєнні злочини прирівнюються до військових злочинів» [19, с. 173]. С. М. Мохончук, досліджуючи історико-теоретичні засади визначення системи воєнних злочинів у міжнародному кримінальному праві, приходить до думки, що «до воєнних злочинів входять всі злочини, навіть загальнокримінальні, які скоєні військовослужбовцями» [20, с. 138].

Відповідно до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права» пропонується виключити статті 432, 433, 435 ККУ, в яких передбачені протиправні діяння кваліфікувалися як військові злочини. Також проектом вказаного закону пропонується внести зміни до статті 438, розширивши її переліком воєнних злочинів [21]. В пояснювальній записці до вказаного законопроекту вказується, що виключення статей, які передбачають військові злочини, обумовлені тим, що передбачені у них діяння охоплюються запропонованими статтями щодо воєнних злочинів [22]. Дійсно, такі зміни є доцільними, тому що таким чином можливо уникнути дублювання протиправних діянь в різних статтях ККУ. Як наслідок, воєнні злочини в Проекті Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права» змістовно стають схожі на воєнні злочини, які містяться в статті 8 РС МКС.

Висновки і пропозиції. Таким чином, воєнні злочини – це серйозні великомасштабні порушення законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародним правом, застосовуються за умови наявності збройного конфлікту і тягнуть індивідуальну кримінальну відповідальність згідно з міжнародним кримінальним правом. Натомість військові зло-

чини – це злочини проти встановленого національним законодавством порядку несення або проходження військової служби, вчинені військовослужбовцями, а також військовозобов'язаними та резервістами під час проходження зборів.

Отже, ці два види злочинів відрізняються тим, що:

1) у воєнних злочинах суб'єкт може бути як загальним, так і спеціальним, а у військових злочинах суб'єкт лише спеціальний, в особі військовослужбовців, військовозобов'язаних та резервістів під час проходження зборів;

2) суб'єктивна сторона воєнних злочинів у більшості випадків характеризується прямим умислом, що включає в себе усвідомлення суб'єктом суспільної небезпеки свого діяння, усвідомлення змісту, бажання його здійснювати та сприйняття ним наявності стану збройного конфлікту; у випадку військових злочинів сприйняття суб'єктом наявності стану збройного конфлікту не є обов'язковим;

3) суспільні відносини, що виникають у зв'язку із порядком проходження військової служби, є безпосереднім об'єктом військових злочинів, натомість безпосереднім об'єктом воєнних злочинів є суспільні відносини, обумовлені порядком ведення збройних конфліктів, який врегульований міжнародним правом;

4) об'єктивна сторона воєнних злочинів характеризується обов'язковою наявністю збройного конфлікту, для військових злочинів ця умова може існувати, але не є обов'язковою та характерною, оскільки вони можуть вчинятися як в момент збройного конфлікту, так і без нього;

5) воєнні злочини порушують норми як міжнародного, так і національного права, на протипагу цьому твердженню військові злочини порушують норми саме національного права, порушення норм міжнародного права не є обов'язковим;

6) за масштабом здійснення злочину воєнні злочини можуть охоплювати великі масштаби, що включають в себе наявність великої кількості потерпілих осіб, ведення злочинної діяльності на великій території, а військові злочини можуть здійснюватися і на невеликій частині місцевості з мінімальною кількістю потерпілих;

7) беручи до уваги те, що об'єктом військових злочинів є порядок несення військової служби, хочемо підкреслити, що несення військової служби здійснюється з метою охорони безпеки держави. Концентруючись на об'єкті воєнних злочинів, ми розуміємо, що метою цих злочинів є забезпечення охорони миру та безпеки всього світу. Як наслідок, виявляються різні масштаби прав та інтересів, які охороняються.

Враховуючи відмінності військових злочинів від воєнних, все ж таки вони співпадають в таких аспектах, як: можливий схожий суб'єкт (в особі військовослужбовців, військовозобов'язаних та резервістів під час проходження зборів); можуть відбуватися під час збройного конфлікту. В деяких випадках може бути схожий об'єкт злочину.

Тому, ми вважаємо, що воєнні та військові злочини – це дві категорії, які можуть частково перетинатися, оскільки об'єктом воєнних злочинів є порушення законів і звичаїв війни, а військових злочинів – порядок несення військової служби, який в свою чергу може також включати як складову частину порушення законів і звичаїв війни (зауважимо, що нормативно-правовими актами України передбачений обов'язок дотримання військовослужбовцями міжнародних норм щодо правил ведення війни).

Список використаної літератури

1. Піддубна М.В. Імплементация норм міжнародного кримінального права про воєнні злочини у Кримінальний кодекс України: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2020. 17 с.
2. Харитонов С.О. Військові злочини: поняття, система та проблеми: автореф. дис... докт. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2019. 43 с.
3. Береза Ю.М., Чаплинський К.О. Теоретичні засади методики розслідування незаконного заволодіння військовослужбовцем зброєю, бойовими припасами та вибуховими речовинами. URL: <http://er.dduvs.in.ua/bitstream/> (Дата звернення: 08.05.2021).
4. Кучевська С.П. Воєнні злочини у Статуті Міжнародного кримінального суду і злочини проти встановленого порядку несення військової служби у Кримінальному кодексі України: питання відповідності. *Форум права*. 2007. № 3. С. 142–146.

5. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (Дата звернення: 08.05.2021).
6. Карпенко М.І. Окремі аспекти звільнення суб'єктів військових злочинів від кримінальної відповідальності. *Підприємство, господарство і право*. 2018. № 9. С. 196–200.
7. Ніколаєнко Т.Б. Теоретико-правові засади призначення та виконання спеціальних покарань щодо військовослужбовців: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.08 / УДФСУ. Київ, 2019. 556 с.
8. Конституція України від 28 червня 1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96%D0%B2%D1%80#Text> (Дата звернення: 08.05.2021).
9. Про військовий обов'язок і військову службу: Закон України від 25.03.1992 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2232-12#Text> (Дата звернення: 08.05.2021).
10. Шкуропацький О.І. Адміністративно-правове регулювання соціального захисту офіцерського складу збройних сил України. URL: http://phd.znu.edu.ua/page//aref/07_2017/Shkuropatskyi_aref.pdf (Дата звернення: 08.05.2021).
11. Бухонський С.О. Криміналістична характеристика особи, яка вчинила військовий злочин. *Право національної безпеки та військово-правове регулювання соціального захисту офіцерського складу збройних сил України*. URL: http://phd.znu.edu.ua/page//aref/07_2017/Shkuropatskyi_aref.pdf (Дата звернення: 08.05.2021).
12. Статут Міжнародного військового трибуналу для суду і покарання головних військових злочинців європейських країн осі від 08.08.1945. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/998_201#Text (Дата звернення: 08.05.2021).
13. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8 червня 1977 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text (Дата звернення: 08.05.2021).
14. Римський статут Міжнародного уголовного суда. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text (Дата звернення: 08.05.2021).
15. Проект Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/code_of_offences.shtml (Дата звернення: 08.05.2021).
16. Лобанов С.А. Международная уголовная ответственность за военные преступления: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.10 / МГИМО. Москва, 2018. 495 с.
17. Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana. Case N ICTR-95-1. 21 May 1999. § 175. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/code_of_offences.shtml (Дата звернення: 08.05.2021).
18. Зателенин О.К. Понятие воинского преступления в истории уголовного права. URL: <http://www.voenprav.ru/doc-1724-1.htm>. (Дата звернення: 08.05.2021).
19. Степашин В.М. Особенности назначения специальных наказаний военнослужащим. *Вестник Омского университета. Серия «Право»*. 2011. № 1. С. 173–174.
20. Мохончук С.М. Историко-теоретичні засади визначення системи воєнних злочинів у міжнародному кримінальному праві. *Проблеми законності*. 2011. № 115. С. 133–143.
21. Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імplementації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права від 27.12.2019. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67804 (Дата звернення: 08.05.2021).
22. Пояснювальна записка до проекту Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імplementації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права від 27.12.2019. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67804 (Дата звернення: 08.05.2021).

References

1. Piddubna M. V. (2020). Implementatsiia norm mizhnarodnoho kryminalnoho prava pro voieni zlochyyny u Kryminalnyi kodeks Ukrainy: author's ref. dis. On the science. degree of cand. legal sciences. Kyiv: IDP named after VM Koretsky NASU [in Ukrainian].
2. Kharitonov S. O. (2019). Viiskovi zlochyyny: poniattia, systema ta problemy: author. dis. on the science. step of the doctor of legal. Kharkiv: NYUYAM [in Ukrainian].
3. Bereza Yu. M., Chaplynskyi K. O. (2018). Teoretychni zasady metodyky rozsliduvannia nezakonnoho zavolodinnia viiskovosluzhbovtsem zbroieiu, boiovymy pryapasamy ta vybukhovymy rechovynamy. KYIV: DDUVS [in Ukrainian].
4. Kuchevska S. P. (2007). Voieni zlochyyny u Statuti Mizhnarodnoho kryminalnoho sudu i zlochyyny proty vstanovlenoho poriadku nesennia viiskovoї sluzhby u Kryminalnomu kodeksi Ukrainy: pytannia vidpovidnosti. Forum prava, 3 [in Ukrainian].
5. Kryminalnyi kodeks Ukrainy (2001, April 5). Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. Kyiv: Parlam. vyd-vo [in Ukrainian].
6. Karpenko M. I. (2018). Okremi aspekty zvilnennia subiektiv viiskovykh zlochyyniv vid kryminalnoi vidpovidnosti, 9, 196–200 [in Ukrainian].
7. Nikolaienko T. B. (2019). Teoretyko-pravovi zasady pryznachennia ta vykonannia spetsialnykh pokaran shchodo viiskovosluzhbovtstv. Doctor's thesis. Kyiv: UDFSU [in Ukrainian].

8. Konstytutsiia Ukrainy (1996, June 28). Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. Kyiv: Parlam. vyd-vo [in Ukrainian].
9. Pro viiskovyi oboviazok i viiskovu sluzhbu: Zakon Ukrainy (1992, March 25). Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. Kyiv: Parlam. vyd-vo [in Ukrainian].
10. Shkuropatsky O.I. (2017). Administratyvno-pravove rehuliuвання sotsialnoho zakhystu ofiterskoho skladu zbroinykh syl Ukrainy. Zaporozhye: ZNU [in Ukrainian].
11. Bukhonsky S.O. (2019). Kryminalistychna kharakterystyka osoby, yaka vchynyla viiskovyi zlochyyn. Kiev. FOP Yamchynskiy O.V. [in Ukrainian].
12. Statut Mizhnarodnoho viiskovoho trybunalu dlia sudu i pokarannia holovnykh viiskovykh zlochyntsyv yevropeiskyykh krain osi (1945, August 8). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/998_201#Text [in Ukrainian].
13. Dodatkoviy protokol do Zhenevskyykh konventsii vid 12 serpnia 1949 roku, shcho stosuietsia zakhystu zhertv mizhnarodnykh zbroinykh konfliktiv (Protokol I) (1997, June 8). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text [in Ukrainian].
14. Rimskiy statut Mezhdunarodnogo ugolovnoho suda. (2002, January 16). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text [in Russian].
15. Proekt kodeksa prestuplenij protiv mira i bezopasnosti chelovechestva. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/code_of_offences.shtml [in Russian].
16. Lobanov S.A. (2018). Mezhdunarodnaja ugolovnaja otvetstvennost' za voennye prestuplenija. Doctor's thesis. Moscow: MGIMO [in Russian].
17. Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana. Case N ICTR-95-1 (1999, May 21). URL: <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-95-1/appeals-chamber-judgements/en/010601.pdf>
18. Zatelepin O.K. Ponjatie voinskogo prestuplenija v istorii ugolovnoho prava. (2002). URL: <http://www.voenprav.ru/doc-1724-1.htm>. [in Russian].
19. Stepashin V.M. (2011). Osobennosti naznachenija special'nyh nakazanij voennosluzhashhim. Vestnik Omskogo universiteta, 1, 173–174 [in Russian].
20. Mokhonchuk S.M. (2011). Istoryko-teoretychni zasady vyznachennia systemy voiennykh zlochyntsyv u mizhnarodnomu kryminalnomu pravi, 115, 133–143 [in Ukrainian].
21. Proekt Zakonu pro vnesennia zmin do deiakyykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo implementatsii norm mizhnarodnoho kryminalnoho ta humanitarnoho prava (2019, December 27). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67804 [in Ukrainian].
22. Poiasniuvalna zapyska do proektu Zakonu pro vnesennia zmin do deiakyykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo implementatsii norm mizhnarodnoho kryminalnoho ta humanitarnoho prava (2019, December 27). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67804 [in Ukrainian].

Стаття надійшла 14.05.2021 р.

Т. С. Садовая, аспирантка 3 года обучения
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
Кафедра общеправовых дисциплин и международного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина
e-mail: montan_@ukr.net

К ВОПРОСУ О СООТНОШЕНИИ ВОЕННЫХ И ВОИНСКИХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ В МЕЖДУНАРОДНОМ И НАЦИОНАЛЬНОМ ПРАВЕ

Резюме

Статья посвящена исследованию воинских (преступлений против установленного порядка несения военной службы) и военных преступлений в международном и национальном праве. Особое внимание было уделено понятию и признакам этих явлений. Также были рассмотрены источники, как международного, так и национального права, для сравнительной характеристики воинских и военных преступлений, что помогло понять их смысл и избежать смешения этих понятий. Были проанализированы дефиниции воинских и военных преступлений, исследованы соотношения этих правовых явлений, выявлены основные общие и отличительные черты этих преступлений.

Ключевые слова: воинские преступления, военные преступления, вооруженный конфликт, военная служба, военнослужащий, комбатант.

T. S. Sadova, Postgraduate Student
Odesa I. I. Mechnikov National University
General Law Disciplines and International Law Department
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine
e-mail: montan_@ukr.net

ON THE QUESTION OF THE RELATIONSHIP OF WAR AND MILITARY CRIMES IN INTERNATIONAL AND NATIONAL LAW

Summary

The article is devoted to the study of military (crimes against the established order of military service) and war crimes. Particular attention is paid to the concept and features of these phenomena. The sources of both international and national law were also considered for the comparative characteristics of military and war crimes in order to understand their meaning and avoid the shift of these concepts. We have explored various aspects of the concept of war crimes. They are violations of the laws and customs of war. War crimes are serious violations of international law. They are violations of the Geneva Conventions of August 12, 1949. There is a list of war crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court. This list is contained in Art. 8. The list of war crimes is contained in Art. 18 of the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Humanity too. International jurisprudence shows that there is a special subject of war crimes. The author of the article studied the draft Law of Ukraine "On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on the Application of International Criminal and Humanitarian Law". This bill proposes to exclude certain articles on military crimes and to introduce new articles on war crimes into the Criminal Code of Ukraine. The new war crimes articles contain a list of war crimes. This list is substantially similar to the list of war crimes contained in the Rome Statute of the International Criminal Court. The concept of war and military crimes is given. The main differences between military and military crimes are revealed. Identical signs of war and military crimes have been studied. As a result, the author of the article has made a conclusion about the relationship between war and military crimes under international and national law.

Keywords: military crimes, war crimes, armed conflict, military service, soldier, combatant.

УДК 341.221.28(262.5)(210.7)(477:498)

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2021.42.232437>

О. В. Толкаченко, канд. юрид. наук, доцент
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
Кафедра цивільно-правових дисциплін
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна
e-mail: alena.tolkachenko@gmail.com

ОСТРІВ ЗМІЇНИЙ: ЕКОЛОГО-РЕСУРСНІ ВІЙНИ ТА ЇХ НАСЛІДКИ

Статтю присвячено визначенню понять «острів», «континентальний шельф» в міжнародному праві та пов'язане з цим встановлення правового статусу острова Зміїний, делімітації кордонів континентального шельфу навколо нього. Досліджено організаційні та правові засади регулювання використання континентального шельфу та острову за екологічним законодавством України. Проаналізовано рішення Міжнародного суду відносно спору між Україною і Румунією щодо острова Зміїний, його правові та екологічні наслідки.

Ключові слова: острів, континентальний шельф, делімітація морських просторів, міжнародний спір.

Постановка проблеми. Україна географічно розташована так, що це є сприятливим для розвитку економіки, торгівлі та туризму. Необхідність використання морських просторів, в тому числі і островів, привела до розробки та освоєння цих об'єктів і ресурсів, що в свою чергу привело до потреби визначення правового статусу островів та континентального шельфу, делімітації морських просторів.

Як відомо, Україна межує по Чорному морю з країнами Азово-Чорноморського басейну, тому не можливо виокремити охорону, захист, використання і відтворення природних ресурсів від політики держави всередині країни і на міжнародному рівні. Хоча в питанні міжнародного спору між Україною та Румунією щодо острова Зміїний було поставлено крапку ще в лютому 2009 році, воно досі є актуальним і цікавим не тільки з точки зору його рішення, правового статусу острова тощо, а і наслідків цієї суперечки.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Різні аспекти проблем визначення континентального шельфу, правового статусу островів, питання юрисдикції та права власності щодо ресурсів морського дна за межами територіального моря досліджували в своїх роботах В. С. Білецький, В. М. Репецький, О. Шемякін, М. Кулик та інші.

Мета статті. Проаналізувати поняття острову і континентального шельфу, які закріплено в міжнародно-правових договорах, викласти власну точку зору щодо рішення міжнародного спору між Україною та Румунією, розглянути правові та інші наслідки суперечки.

Виклад основного матеріалу. Насамперед, розглянемо острів Зміїний з точки зору природного об'єкту, екосистема якого і прилеглий до нього шельф за своїми умовами та біологічним різноманіттям рослинного й тваринного світу – унікальний. «Зміїний є одним з ключових пунктів в зоні міграційного шляху, який зв'язує Західний Сибір, північ європейської частини колишнього СРСР, прибалтійські і скандинавські території зі зимівельними ареалами, розташованими на півдні Західної Європи і в Африці, частково на Близькому Сході, що говорить про його найважливіше значення для мігруючих птахів, в тому числі рідкісних і зникаючих. У період весняних і осінніх міграцій птахів, що перетинають Чорне море, цей острів використовується для відпочинку, поповнення енергетичних запасів, перецікування негоди» [1].

Як стверджують фахівці «абсолютна більшість видів птахів о. Зміїний мають той чи інший природоохоронний статус, охороняються національними та міжнародними конвенціями і актами: 236 внесені в списки Міжнародного союзу охорони природи (МСОП),

235 видів охороняються Бернською конвенцією, 114 видів – Боннською конвенцією. З 87 видів птахів, занесених до Червоної книги України, на Зміїному зареєстровані 48, що становить 55,2 %. Тільки за один весняний день через о. Зміїний може пролітати до 79 видів птахів» [1].

Внаслідок цього, Указом Президента України № 1341 від 09.12.1998 року «Про території та об'єкти природно-заповідного фонду загальнодержавного значення», на острові був організований загальнодержавний зоологічний заказник «Острів Зміїний» загальною площею 232 га. Пізніше у 2002 році острову надали статус території, як такої, що важлива для міжнародної охорони птахів. Саме під таким статусом його було внесено до реєстру однойменних територій Європи.

Про виняткове значення ролі острова Зміїний свідчить не тільки те, що це важливий міграційний шлях птахів. Це територія, на якій зафіксовані й інші тварини, занесені до Червоної книги України, в тому числі 4 види крабів, що живуть на шельфі острова.

Також дуже важливе значення мають міграційні шляхи осетрових риб і оселедця в Дунай на нерест і назад в море; хамси, ставриди та ін. на нагул в північно-західне мілководдя і на південь, до місць зимівлі. Як відомо, Україна є однією з країн, яка експортує на Європейський та міжнародний ринки анадромні види риб. З 27 видів осетрових риб, шість водиться на території України і всі вони занесені до Червоної книги України. П'ять із шести в Україні – анадромні, тобто живуть у морській воді, йдуть на нерест у русло річки. На сьогоднішній день місцем нересту осетрових в країні залишився тільки Дунай (а це як раз та морська територія, яка розташована біля острова Зміїний), бо ані Дніпро, ані Дністер з різних причин не придатні для цього.

До речі кажучи, охорона порядку в частині протидії браконьєрства щодо цих цінних порід риб в даній частині Чорного моря була одним з аргументів України в суперечці за острів Зміїний в період розгляду справи «Румунія проти України», про яку мова буде йти нижче.

І, нарешті, найвагоміший аргумент, який, власне, і послужив причиною конфлікту за о. Зміїний – це наявність корисних копалин в морській акваторії, що примикає до острова.

Як відомо, континентальний шельф і виняткова (морська) економічна зона є комплексними об'єктами екологічного права і важливою економічною складовою держави. У 80-х роках на шельфі поблизу острова було відкрито родовище нафти і природного газу. Після того, як в 2001 році було підтверджено наявність запасів з прогнозним обсягом 10 млн т. нафти і 10 млрд м³ газу, питання про розмежування морських просторів у Чорному морі набуло особливої актуальності. За деякими оцінками фахівців рентабельність промислового видобутку при перекачуванні по трубопроводах може досягти 40 %. Начебто ці ресурси для України невеликі, але відчутно цінні. Більша частина цього обсягу знаходиться саме в районі о. Зміїний. Треба відзначити, що румунська сторона вже експлуатує нафтове родовище на захід від Зміїного, для чого був прокладений трубопровід до нафтотерміналу недалеко від порту Констанца. У 2005 році в Румунію зайшов великий іноземний інвестор – австрійська нафтова компанія, яка купила 35 % акцій головної газонафтової румунської компанії Petrom і підписала договір про розробку шельфу.

Факт відкриття цих родовищ і послужив початком ресурсної війни України з Румунією, яку ми, на жаль, програли.

Суть спору між Україною і Румунією щодо острова полягало в питанні делімітації континентального шельфу та виключних економічних зон України і Румунії.

При зверненні до Міжнародного суду ООН представники Румунії наполягали на виключенні острова Зміїного з обліку протяжності берегової лінії сторін, так як він «не формує частину конфігурації узбережжя Сторін; він становить лише дрібну морську деталь, розташовану в морі на значній відстані від берегів Сторін». Українська делегація, зі свого боку, заявляла, що острів Зміїний «формує частину географічного контексту і його берег становить частину відповідного узбережжя України». Також Україна заявляла, що

острів Зміїний є частиною берегової лінії української території, так як 12 миль територіального моря перетинається з територіальним морем материкового узбережжя України.

При вирішенні питання, чи слід враховувати Зміїний як «базову точку» при проведенні «рівновіддаленої лінії», найважливішого елемента процедури делімітації, Румунія наполягала, що Зміїний є скалою, яка непридатна для людського проживання або економічного життя за рахунок його власних коштів і тому не може мати виключної економічної зони або континентального шельфу, як це передбачено статтею 121 Конвенції ООН з морського права 1982 року [2, ст. 121].

Україна намагалася представити у вигляді додаткової обставини, яку необхідно враховувати при делімітації, те, що нею, на відміну від Румунії, ведеться активна діяльність з розвідки природних ресурсів континентального шельфу в оспорюваній зоні і патрулювання її силами берегової охорони, в тому числі з метою боротьби з рибним браконьєрством. Україна відзначала, що Румунія не проявляла ніякого інтересу до патрулювання тих просторів, на які вона зараз претендує. Однак суд встав на сторону Румунії і визнав, що описана діяльність в оспорюваній зоні не може впливати на делімітацію кордону економічних зон і континентального шельфу.

Також Україна підкреслювала, що острів Зміїний має рослинність і регулярне постачання свіжою водою, а також все необхідне для існування людського населення.

Тобто суть суперечки полягала в тому, що за твердженням румунської сторони Зміїний є скелею, яка, відповідно до положень Конвенції ООН з морського права 1982 року, не може мати виключної економічної зони або континентального шельфу. Українська ж сторона наполягала на тому, що це – острів.

При дослідженні історії острова, розгляду його географічного розташування і прилеглої акваторії, ні разу не виникало суперечок щодо його статусу. Скрізь, будь то в художній літературі або в навігаційних картах, він завжди визначався як острів.

Вперше спогади про острів зустрічаються в джерелах кінця VII ст. до н.е. Він згадується в записах Овідія і Геродота. В епоху античності його використовували для рибальства, пізніше там був побудований храм Ахілла, який згодом був зруйновано.

В середні віки острів належав Османській імперії, після перемоги в російсько-турецькій війні він відійшов Росії. В середині XIX століття він був територією Румунії, в 1948 році після війни згідно з дипломатичним договором, острів перейшов до СРСР. У 1956 році на острові була розміщена радіолокаційна рота і прикордонний пункт. Після розпаду СРСР, острів відійшов Україні.

Підтвердженням того, що Зміїний визначався як острів можуть служити і морські навігаційні карти № 2232 і № 2213.

Існує географічне визначення поняття «острів», а також т. зв. генетичні докази приналежності Зміїного до островів. Наприклад, у наукових працях болгарських вчених «Чорне море», виданих в 1978 році у Варні, було відзначено, що Чорне море бідно островами. Найбільшими островами є Зміїний, Березань, Кефкен. Решта незначні за площею є малими або великими скелями.

Географічно о. Зміїний – великий острів, розташований в південно-західній частині Чорного моря, близько 38 км. від дельти Дунаю, 120 км. від Одеси і близько 45 км. від румунського порту Суліна. Найближчий український населений пункт – м. Вилкове. У 2002 р він був включений до складу Кілійського району, а в 2007 році йому було присвоєно назву «селище Біле». Також було прийнято, з подальшою реалізацією, Комплексну програму подальшого розвитку інфраструктури та провадження господарської діяльності на о. Зміїний і континентальному шельфі [3].

Острів мав і має важливе стратегічне і геополітичне значення, яке визначається його географічним положенням, тому що він виступає крайньою, висунутою в море, ділянкою території України. Володіння островом дозволяє контролювати підходи до дельти Дунаю і судноплавні шляхи, так як знаходиться поблизу дельти. Географічне положення острова дає можливість моніторингу за перенесенням атмосферних і водних забруднювачів

з Європи в акваторію Чорного моря і навпаки, що дає повну картину кліматичних змін на земній кулі.

Якщо говорити про законодавче закріплення поняття «острів», то його можна знайти, зокрема, в Конвенції ООН з морського права 1982 року. Згідно ст. 121 цієї Конвенції «острів являє собою природно утворений простір суші, оточений водою, який знаходиться вище рівня води при припливі. Територіальне море, зона, що до нього прилягає, виключна економічна зона і континентальний шельф острова визначаються відповідно до положень цієї Конвенції, які застосовуються до інших сухопутних територій. Скелі, які не придатні для підтримання життя людини або для самостійної господарської діяльності, не мають ні виключної економічної зони, ні континентального шельфу» [2, ст. 121].

Тобто згідно цієї Конвенції острів, який належить певній державі дає право розпоряджатися ресурсами, які розташовані на ньому чи навколо нього, його територія враховується при проведенні вихідних ліній, а також дає право делімітації морських просторів між державами. Поява таких норм обумовлюється суперечками та розбіжностями, які виникають між державами, у зв'язку з виснаженням старих і виявленням нових ресурсів, які є економічно цінними і можуть бути розташовані на континентальному шельфі, в морському дні та, безпосередньо, в водній товщі.

Паралельно з цим треба зазначити, що в статті 121 вищезазначеної Конвенції не закріплюється положення про те, що ця територія, територія острова, повинна бути придатною для підтримання життя або для здійснення господарської діяльності [2, ст. 121]. Мова йдеться від протилежного. А саме: скелі, які не придатні для підтримання життя людини або для самостійної господарської діяльності, не мають ні виключної економічної зони, ні континентального шельфу. А як було зазначено вище, саме твердження про те, що острів Зміїний є скелею було найвагомішим аргументом Румунії в спорі з Україною.

Хотілося б звернути увагу на те, що в Договорі між Україною та Румунією про режим українсько-румунського державного кордону, співробітництво та взаємну допомогу з прикордонних питань від 17.06.2003 р., та в Договорі про відносини добросусідства і співробітництва між Україною і Румунією від 2.06.1997 р., і деяких інших джерелах міжнародного права, Зміїний визнається островом, територіальна приналежність якого Україні і статус острова не заперечується.

Не дивлячись на те, що на острові практично цілий рік проживають люди, є нерухомість і певна інфраструктура, для чергового підтвердження, що Зміїний є островом, Уряд України приймає рішення будувати потужний вітроагрегат на острові, починає зводити вітро-дизельну електростанцію, робить упор на розвиток туризму, який полягає в будівництві готелю та створенню пляжів, огороженні бухти для швартування яхт тощо. З точки зору екологічної складової, то все це, безперечно, негативно вплинуло на екологічну безпеку острова. Сьогодні, він, не дивлячись на нормативно-правові акти, прийняті для збереження тваринного та рослинного світу і на те, що колись Зміїний був головним геополітичним проектом України, острів перетворився на довгобуд: ні грошей від держави, ні перспектив, натомість мільйони витрачених даремно доларів та невинуваті втручання людини в природу острова.

Підводячи підсумок, треба підкреслити необхідність закріплення на міжнародному рівні більш точного визначення поняття «острів», що дасть можливість державам більш успішно регулювати спори, які виникають між ними. Бо як слушно зазначає Х. Янг «Конвенція ООН з морського права 1982 р. не вирішила всі проблеми щодо островів і тому в найближчому майбутньому ніщо не зможе замінити переговорів, як способу врегулювання проблем кордонів, пов'язаних з островами» [4].

Щодо до правових аспектів визначення континентального шельфу і територіального моря, то національне законодавство не має профільного закону. Більш того українське законодавство взагалі не закріплює цього терміну, але широко його використовує. Доказом цього є наступні нормативно-правові акти: Кодекс України про надра, Гірничий закон України, Закони України «Про угоди про розподіл продукції», «Про виключну (морську)

економічну зону», Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку здійснення спеціального використання водних біоресурсів у внутрішніх рибогосподарських водних об'єктах (їх частинах), внутрішніх морських водах, територіальному морі, виключній (морській) економічній зоні та на континентальному шельфі України» тощо.

Треба зазначити, що хоча Закон України «Про виключну (морську) економічну зону» регулює достатню кількість аспектів використання континентального шельфу, однак він також не містить цього терміну. В зазначеному Законі використовується термін «морське дно».

Разом з тим важко стверджувати про належне забезпечення здійснення суверенних прав України на континентальному шельфі, що є вкрай важливим моментом ще і з точки зору того, що Україна є державою, яка межує по Чорному морю з державами даного регіону.

В міжнародному законодавстві вперше поняття «континентальний шельф» було закріплено в Конвенції про континентальний шельф 1958 року [5]. Пізніше більш сучасне поняття континентального шельфу було закріплено в Конвенції ООН з морського права 1982 року. Не вдаючись до аналізу цих Конвенцій, необхідно вказати, що обидва документа не містять розбіжностей в частині встановленого міжнародно-правового режиму континентального шельфу, однак по-різному підходять до його визначення.

Аналізуючи положення ст. 3, 56, 57 і 76 акцентуємо увагу на наступному визначенні: «континентальний шельф прибережної держави містить у собі морське дно і надра підводних районів, що простягаються за межі його територіального моря на всьому протязі природного продовження його сухопутної території до зовнішнього кордону підводної околиці материка чи на відстань 200 морських миль від вихідних ліній, від яких відміряється ширина територіального моря, коли зовнішня межа підводної окраїни материка не має ніяких прав на таку відстань» [2, ст. 76]. Тобто мова йдеться про материк, а не про острів. Тому стосовно до України пункти цієї статті вживатися не можуть, а відлік вихідних ліній повинен здійснюватися від вихідних точок на острові. Це підтверджується ст. 1 Конвенції про континентальний шельф 1958 року наступним чином: термін «континентальний шельф» вживається стосовно: а) до поверхні і надр морського дна підводних районів, які примикають до берега, але знаходяться поза зоною територіального моря, до глибини 200 метрів, або, за цією межею, до такого місця, до якого глибина вод, яка їх покриває, дозволяє розробку природних багатств цих районів; б) до поверхні і надр подібних підводних районів, які примикають до берегів островів» [5, ст. 1].

Стаття 6 Конвенції 1958 року вказує, що «якщо один і той же континентальний шельф примикає до території двох суміжних держав, межа шельфу визначається угодою між ними. При відсутності угоди і якщо інша лінія кордону не справджується особливими обставинами, межа визначається за принципом рівної відстані від найближчих точок тих вихідних ліній, від яких відміряється ширина територіального моря кожної з цих двох держав» [5, ст. 6], а також, що «при розмежуванні континентального шельфу лінії, проводяться із застосуванням принципів, викладених в пунктах 1 і 2 цієї статті, повинні визначатися посиланнями на морські карти і географічні ознаки, що існують в даний час, а також на нерухомі постійні орієнтири на суші» [5, ст. 6]. Тобто враховуються точки вихідних ліній, від яких виміряється ширина територіального моря. При цьому, острів не можна ігнорувати при визначенні кордону і вихідних точок.

Проте, Міжнародний суд визнав Зміїний островом з «територіальним морем» шириною в 12 морських миль навколо нього, при цьому не визнаючи за Україною її права на проведення кордону економічної зони з урахуванням острова Зміїного як частини берегової лінії її суверенної території. Отже Україна була позбавлена права на виключну економічну зону та на континентальний шельф навколо острова.

Висновки і пропозиції. Підводячи підсумки, хотілося би відзначити, що причини виникаючих суперечок щодо островів, розмежування та використання зон навколо них, делімітації морських просторів, обумовлені, перш за все тим, що в міжнародному праві

існують прогалини відносно статусу острова і встановлення навколо кожного з них певних і чітко окреслених морських просторів.

Аналізуючи існуючу практику в цілому і міжнародний спір з приводу острова Зміїний зокрема, можна сказати, що за схожими параметрами відміряються різні за розмірами і спектрами морські простори, при делімітації островам приділяється менше значення, і отже по різному враховується їх територія при проведенні вихідних ліній, не в повному обсязі до уваги беруться географічні особливості островів тощо.

На сьогоднішній день національне законодавство не закріплює визначення поняття «континентальний шельф». Важливо відзначити, що оскільки Конвенція ООН з морського права ратифікована Верховною Радою України, вона є частиною національного законодавства, то і, можливо, відсутня необхідність такого закріплення. Однак норми Конвенції ООН з морського права 1982 року не можуть враховувати географічні особливості кожної держави, визначати конкретний порядок здійснення суверенних прав. Ймовірно, поряд із запозиченням її норм, що мають досить загальний характер, є необхідність закріплення спеціальних норм щодо використання розглянутого простору (зокрема, в Україні), щоб уникнути в майбутньому схожі прецеденти, тому що на сьогоднішній день в країні, хочемо ми цього чи ні, вже існують спірні території і об'єкти.

Однак, цей міжнародний спір виявився не тільки ресурсною війною. Він мав ще й екологічний підтекст. З одного боку – це величезне фінансове вкладення на рівні країни, яке реалізовувалося у вигляді облаштування острова, і яке так і залишилося у вигляді «довгобуду», з іншого боку – це негативний вплив на навколишнє середовище острова, який є домівкою для перелітних птахів і інших об'єктів тваринного світу, занесених до Червоної книги України, а також порушення зобов'язань, пов'язаних з занесенням острова в реєстр територій Європи, важливих для охорони птахів (ІВА). Треба відзначити, що на сьогоднішній день острів Зміїний міг би використовуватися в туристичних цілях, але тільки як об'єкт зеленого (екологічного) туризму, який має унікальну екосистему і вимагає особливої охорони.

Список використаної літератури

1. Русев І., Яковлев М., Радков Д., Гайдаш А. Ветрогенератор на острове Змеиный – угроза для мигрирующих птиц. URL: <http://vo.od.ua/rubrics/ehkoklub/20879.php>.
2. Конвенція Організації Об'єднаних Націй з морського права від 10.12.1982 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_057#Text.
3. Комплексна програма подальшого розвитку інфраструктури та провадження господарської діяльності на о. Зміїний і континентальному шельфі. Постанова Кабінету Міністрів України від 31 травня 2002 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/713-2002-%D0%BF#Text>.
4. Yung. H. The Law of the Sea: the Emerging Regime of the Ocean, ed. by Gamble and Pontecorvo, USA, 1973. P. 237.
5. Конвенція проконтинентальний шельф 1958 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_179#Text.

References

1. Rusev I., Yakovlev M., Radkov D., & Gaidash A. (2012). Wind turbine on the Snake Island is a threat to the migrating birds. URL: <http://vo.od.ua/rubrics/ehkoklub/20879.php> [in Russian].
2. United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) (1982, December 10). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_057#Text. [in Russian].
3. Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine On Approval of the complex program for the development of infrastructure and agricultural production on the Snake Island and continental shelf (2002, May 31). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/713-2002-%D0%BF#Text>. [in Ukrainian].
4. Yung H. (1973). The Law of the Sea: the Emerging Regime of the Ocean, ed. by Gamble and Pontecorvo. USA, P. 237.
5. The Convention on the Continental Shelf (1958, April 26). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_179#Text. [in Russian].

Стаття надійшла: 15.04.2021 р.

Е. В. Толкаченко, канд. юрид. наук, доцент
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
Кафедра гражданско-правовых дисциплин
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина
e-mail: alena.tolkachenko@gmail.com

ОСТРОВ ЗМЕИНЫЙ: ЭКОЛОГО-РЕСУРСНЫЕ ВОЙНЫ И ИХ ПОСЛЕДСТВИЯ

Резюме

В статье рассматриваются вопросы определения правового статуса островов и континентального шельфа, делимитации морских пространств на примере спора между Украиной и Румынией относительно острова Змеиный. Хотя в этом вопросе была поставлена точка, он до сих пор является актуальным и интересным с точки зрения его решения, правового статуса острова, а также правовых, организационных и экологических последствий. Был сделан анализ определения понятий «остров» и «континентальный шельф» в международном праве и, связанное с этим, установление правового статуса острова Змеиный. Были исследованы организационные и правовые основы регулирования использования континентального шельфа и острова согласно экологическому законодательству Украины. Было рассмотрено решение Международного суда относительно спора между Украиной и Румынией по острову Змеиный, его правовые, организационные и экологические последствия.

В ходе исследования были сделаны следующие выводы: в международном праве существуют пробелы относительно статуса острова и установления вокруг него определённых и чётко очерченных морских пространств, не учитываются географические особенности островов и т.д. На сегодняшний день национальное законодательство не закрепляет определение понятия «континентальный шельф». И даже учитывая, что Конвенция ООН по морскому праву является частью национального законодательства, ее нормы имеют достаточно общий характер. То есть существует необходимость закрепления специальных норм по использованию рассматриваемого пространства (в частности, в Украине), чтобы избежать в будущем похожие прецеденты, так как на сегодняшний день, к сожалению, в нашей стране уже существуют спорные территории и объекты.

Как показало исследование, этот спор имел не только экономические последствия – утрату континентального шельфа вокруг острова, финансовые потери при его обустройстве, а и экологические – в виде негативного влияния на окружающую среду Змеиного, который является важным для перелётных птиц, нарушая тем самым обязательства, связанные с занесением острова в реестр территорий Европы, важных для охраны птиц (ИВА) и т.д. Надо отметить, что на сегодняшний день остров Змеиный мог бы использоваться в туристических целях, но только как объект зелёного (экологического) туризма, который обладает уникальной экосистемой, требующей особой охраны.

Ключевые слова: остров, континентальный шельф, делимитация морских пространств, международный спор.

E. V. Tolkachenko, Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor
Odesa I. I. Mechnikov National University
the Department of Civil Law Disciplines
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odesa, 65058, Ukraine
e-mail: alena.tolkachenko@gmail.com

ZMIYINY ISLAND: ECOLOGICAL RESOURCE WARS AND THEIR CONSEQUENCES

Summary

The article discusses the issues of determining the legal status of the islands and the continental shelf, the delimitation of sea spaces on the example of the dispute between Ukraine and Romania over the Zmiyiny Island. Although in the frameworks of this issue the line has been already drawn, it is still relevant and interesting from the point of view of its solution,

the legal status of the island, as well as legal, organizational and environmental consequences. The definition of the concepts “island” and “continental shelf” in the international law, as well as related to this the establishment of the legal status of the Zmiyiny Island was analyzed. The organizational and legal foundations in order to regulate the usage of the continental shelf and the island according to the environmental legislation of Ukraine were investigated. The decision of the International Court of Justice regarding the dispute between Ukraine and Romania over the Zmiyiny Island, its legal, organizational and environmental consequences was examined.

While the research the following conclusions were made: there are gaps in the international law concerning the status of the island and the establishment around it of the certain and clearly delineated maritime spaces, the geographical features of the islands are not taken into account, etc. Currently the national legislation does not consolidate the definition of the concept of the “continental shelf”. And even if we take into account that the UN Convention on the Law of the Sea is a part of the national legislation, its norms are quite general. There is a need to consolidate special norms of usage of the space under consideration (in particular, in Ukraine) in order to avoid similar precedents in the future, because presently the disputed territories and objects unfortunately already exist in our country.

As the research showed, this dispute had not only economic consequences – the loss of the continental shelf around the island, financial losses during its surface development, environmental consequences – a negative impact on the environment of the Zmiyiny Island, which is important for the migrating birds, thereby violating the obligations associated to the entry of the island into the register of European territories important for the protection of the birds (IBA), etc. It should be noted that now the Zmiyiny Island could be used for the tourist purposes, but only as an object of the green (ecological) tourism, which has a unique ecosystem that requires a special protection.

Keywords: island, continental shelf, maritime delimitation, international dispute.

УДК 340.113.1

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2021.42.232438>

Г. С. Фединяк, канд. юрид. наук, доцент
Львівський національний університет імені І. Франка
Кафедра міжнародного права
вул. Університетська, 1, Львів, 79000, Україна

ТЕРМІНОЛОГІЯ МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРІВ ЗА УЧАСТЮ УКРАЇНИ (НА ПРИКЛАДІ УГОД ПРО СОЦІАЛЬНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ)

Україна є учасницею багатьох міжнародних договорів. Серед них міжнародні двосторонні договори з питань соціального забезпечення. Як багатосторонні міжнародні договори, так і двосторонні міжнародні договори повинні бути якісними. Якість міжнародних договорів досягається серед іншого належним застосуванням законодавчої техніки. Законодавча техніка серед іншого охоплює використання належної термінології.

У цій статті на прикладі норм Угоди між Україною та Португальською Республікою про соціальне забезпечення від 7 липня 2009 р., Угоди між Україною і Королівством Іспанія про соціальне забезпечення громадян від 7 жовтня 1996 р. продемонстровано неправильне використання термінології при викладенні їх тексту.

Серед висновків: мова міжнародного договору за участю України повинна відповідати принципам науковості та загальнодоступності. Юридична термінологія не повинна підніматися загальновикористовуваними термінами. Термінологія міжнародного приватного права є обов'язковою для використання у міжнародних договорах, норми яких регулюють приватноправові відносини з іноземним елементом.

Ключові слова: міжнародне приватне право, міжнародна угода, міжнародний двосторонній договір, соціальне забезпечення, законодавча техніка, термінологія, приватноправові відносини, іноземний елемент.

Постановка проблеми. Сучасні держави не можуть співіснувати, не укладаючи значної кількості міжнародних договорів. Така активність держав зумовлюється, зокрема, міграцією населення, що часто супроводжується перетином кордонів. Серед міжнародних договорів для фізичних осіб важливе значення мають міжнародні двосторонні договори про соціальне забезпечення. Україна є учасницею таких договорів з деякими державами. Їх укладення дозволяє гарантувати громадянам України соціальне забезпечення на території іншої договірної держави. Правила, які встановлюють у міжнародних договорах, визначають майновий стан фізичної особи. Тому їх норми повинні бути сформульовані чітко, логічно, юридично грамотно. Більшість міжнародних двосторонніх угод відповідають вказаним вимогам. Проте тексти деяких з них потребують більш кваліфікованого викладу. Слід мати на увазі, що міжнародний договір є нормативним документом, який діє хоч би у двох договірних державах. Якісний текст міжнародного двостороннього договору за участю України засвідчує якість нормотворчого процесу в Україні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Автор цієї публікації вже звертався до питання про якість нормативно-правових актів України, в тому числі міжнародних двосторонніх угод [1, с. 18–24; 2, с. 115–121]. Автором наводилися праці вчених, у яких більшою чи меншою мірою досліджувалися питання якості законодавства з точки зору законодавчої техніки. Йдеться про праці С. В. Плавича [3], Є. П. Євграфової [4], Ж. О. Дзейко [5], В. І. Риндюк [6], М. Швець [7] (Україна), А. Б. Венгрова (Росія) [8]. Це також праці Л. Л. Беседіної [9], А. В. Гончарова [10] (Україна). Однак якість текстів саме міжнародних договорів з питань соціального забезпечення потребує додаткового дослідження.

Метою статті є з'ясування можливості якісного викладу тексту міжнародних двосторонніх договорів за участю України з питань соціального забезпечення. В цій статті йдеться про недосконалість використання термінології в таких міжнародних договорах як Угода між Україною та Португальською Республікою про соціальне забезпечення від

7 липня 2009 р. (ратифікована Україною 21 грудня 2011 р.) [11; 12]; Угода між Україною і Королівством Іспанія про соціальне забезпечення громадян від 7 жовтня 1996 р. (ратифікована Законом України 17 грудня 1997 р.) [13; 14].

Метою написання статті є формулювання рекомендацій для покращення термінологічного викладу тексту міжнародних двосторонніх договорів за участю України, що містять норми приватного права, спрямовані на регулювання приватноправових відносин з іноземним елементом, та й міжнародних договорів за участю України загалом.

Виклад основного матеріалу. В одній із попередніх публікацій автора цієї статті у висновку вказувалося, що мова актів цивільного законодавства й нормативно-правових актів, які є джерелом регулювання приватноправових відносин з іноземним елементом, повинна відповідати принципам науковості та загальнодоступності. Зазначалося на недопустимості використання сленгу при застосуванні принципу науковості мови нормативно-правових актів. Стверджувалося, що загальнодоступності мови можна досягти, використовуючи загальноживані слова, уникаючи іноземних термінів, архаїзмів, неологізмів, незрозумілих словосполучень. Вказувалося також на необхідність уникнення надто розпливчатої та надто об'ємної термінології [1, с. 21]. Зазначені висновки повністю стосуються й вимог, що мають ставитися до термінології міжнародних договорів, а не тільки національного за походженням законодавства. Крім того термінологія міжнародного договору повинна задовольняти вимоги, що ставляться до термінології у іноземній державі. З рештою, зрозуміло, що кожна з договірних держав прагне укласти якісний, з огляду на термінологію, міжнародний договір. Якщо зі сторони вітчизняного нормотворця буде запропонований якісний виклад тексту міжнародного договору, нормотворці іноземної держави позитивно ставитимуться до такого тексту при його схваленні. Однак деякі міжнародні договори, з точки зору законодавчої техніки, потребують аналізу, а відтак виявлення недоліків у термінології цих договорів з тим, щоб, по-перше, усунути ці недоліки, по-друге, не допускати їх у майбутньому.

Прикладом використання невдалої, а іноді й невідповідної термінології є згадувана Угода між Україною та Португальською Республікою про соціальне забезпечення від 2009 р. В Угоді 62 рази використовується термін «інституція» у поєднанні з іншими термінами: «компетентна інституція», «інституція за місцем проживання», «інституція за місцем перебування» (див., наприклад, п. 1 ст. 1), «інституція-кредитор» (ч. 2 ст. 32 Угоди).

В аналізованому міжнародному договорі за участю України та Португалії зазначено: «(т) «Компетентна інституція» означає: і) стосовно України – інституцію або інституції, відповідальні за надання допомоги або пенсій згідно з законодавством, згаданим у підпункті «а» пункту 1 статті 4 цієї Угоди; іі) стосовно Португальської Республіки – інституцію, в якій відповідна особа є зареєстрованою на момент звернення за допомогою, або інституцію, від якої відповідна особа має право на допомогу або мала би право на допомогу, якщо би вона мешкала в Договірній Державі, де розташована ця інституція, або інституцію, визначену компетентним органом відповідної Сторони».

Терміни: «інститут», «інституційний» особливо активно почали використовуватися у наукових працях та навчально-методичних посібниках в Україні (та й інших державах СНД, Балтії) з кінця минулого століття, коли на теренах колишнього СРСР активізувалося вивчення права Європейських Співтовариств. Договір, яким засновано Європейське Співтовариство (Рим, 25 березня 1957 р.; теперішня назва українською мовою – Договір про заснування Європейської Спільноти), містить, зокрема, термінологію: «інститут», «інституційні положення» (див., наприклад, ч. 3 ст. 21; підр. 3 розд. VII) [15]. Тобто діяльність Парламенту, Європейського центрального банку, інших установ, названих інститутами у праві ЄС, регламентується положеннями, які в Договорі називаються інституційними. В контексті змісту норм цього Договору цілком правильною і виправданою у використанні може бути, скажімо, термінологія: «інституту Європейського валютного союзу».

Термін «інституція» є похідним від терміна «інститут». Новітні словники української мови уже містять цей термін, однак він не тлумачиться, тобто роз'яснення його змісту відсутнє [16, с. 264]. Проте у міжнародному приватному праві України, та й інших держав колишнього СРСР, термін «інституція» не застосовується. Натомість використовують терміни: «орган», «установа». Тому у вказаних нормах термін «інституція», у тих випадках, де йдеться про органи України, слід замінити, наприклад, на термін «орган». До того ж текст підп. і) п. 1 ст. 1 Угоди містить два терміни «інституція» (іменник в однині та множині), що є зайвим у тексті. Слід залишити тільки один термін. Таким чином текст норми матиме формулювання: «m) «Компетентний орган» означає: і) стосовно України – орган, відповідальний за надання допомоги або пенсій згідно з законодавством, згаданим у підпункті «а» пункту 1 статті 4 цієї Угоди;» і далі за текстом. Нормотворці Португалії вправі залишити запропоновану ними термінологію, хоча не виключено, що у зв'язку з пропозицією українських нормотворців змінити вказану термінологію, нормотворці Португалії також оберуть цю ж термінологію для позначення відповідних понять.

Якщо український нормотворець вважатиме за потрібне покращити аналізований міжнародний договір відповідно до зазначених пропозицій, то потребуватиме змін й чинна редакція підп. 1 ч. 1 ст. 1: «Компетентний орган» означає: і) стосовно України – спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади у сфері праці та соціальної політики; ii) стосовно Португальської Республіки – член або члени Уряду чи будь-який відповідний орган, відповідальний за питання, зазначені у статті 4 цієї Угоди, на всій її території чи будь-якій її частині». У зазначеній нормі мова йде про центральні органи управління двох держав, які займаються питаннями соціального забезпечення, що визначені відповідно законодавством України та Португалії. Тому термінологію «компетентний орган» доцільно замінити термінологією: «компетентний орган центральної виконавчої влади». Цей термін відповідатиме національному законодавству обидвох держав.

Прикладом належного застосування аналізованої термінології є пункти 3 та 4 ч. 1 ст. 1 Угоди між Україною та Республікою Польща про соціальне забезпечення від 18 травня 2012 р., яка ратифікована Законом України 5 вересня 2013 р. [17; 18] Вказані норми містять терміни: «компетентна установа», «установа зв'язку». В ст. 3 Угоди між Міністерством праці та соціальної політики України і Міністерством соціальної охорони і праці Литовської Республіки про порядок реалізації договору між Україною та Литовською Республікою про соціальне забезпечення від 9 грудня 2005 р. [19] також використано термінологію «компетентні установи».

Термінологію «інституція за місцем проживання» та «інституція за місцем перебування» підп. n) та о) п. 1 ч. 1 ст. 1 Угоди за участю України та Португалії слід замінити на термінологію: «компетентний орган за місцем проживання» й «компетентний орган за місцем перебування».

Відповідних змін потребують й інші норми, у яких використано термін «інституція».

У міжнародних договорах, що містять норми міжнародного приватного права, слід використовувати спеціальну термінологію цієї галузі права (інституту права). Тому, враховуючи усталену термінологію міжнародного приватного права України, термін «мешкає» слід замінити на термін «проживає», «розташований» – на термін «знаходиться» (підп. ii) п. 1) ч. 1 ст. 1 Угоди за участю України та Португалії). Адже у колізійних та матеріально-правових нормах міжнародного приватного права України використовується юридична термінологія: «місцепроживання» й «місцезнаходження». Використання загальноновживаних слів не означає заміну цими словами юридичної термінології.

Слід звернути увагу на неприпустимість використання терміна «схема» стосовно питань, пов'язаних із соціальним забезпеченням. У аналізованому міжнародному двосторонньому договорі за участю України та Португалії термін «схема» використано 7 разів (див., зокрема, ст. 4 Угоди). Це, наприклад: «схема соціального забезпечення», «схема добровільної участі», «схема відшкодування збитків», «спеціальні схеми для державних службовців», «схема, що застосовується до допомоги». Навіть якщо ця термінологія була запропонована нормотворцями Португалії, заміна її на юридичну термінологію в Угоді,

викладеній українською мовою, цілком можлива. Так, у правовій системі України мова може йти про порядок розрахунків допомоги, пенсії тощо. Не слід підміняти юридичну (й бухгалтерську) термінологію «порядок розрахунку» терміном «схема», адже вони позначають різні поняття.

Не має юридичного змісту й термінологія: «схема відшкодування збитків» у підп. ііі), використана у п. б ч. 1 ст. 4 Угоди. Оскільки законодавству України невідома термінологія: «схема відшкодування збитків», то й не зрозуміло, що слід мати на увазі, прочитавши вказану частину норми: порядок розрахунків чи порядок відшкодування? Чи і те, й інше?

У ч. 2 ст. 4 Угоди за участю України та Португалії про соціальне забезпечення від 2009 р. зазначено: «Ця Угода також застосовується до всіх законів та інших нормативно-правових актів, які змінюють та доповнюють законодавство, зазначене у пункті 1 цієї статті». Проте нормативно-правовий акт (міжнародний договір, закон тощо) не може застосовуватися до інших нормативно-правових актів. Він застосовується до регулювання правовідносин. Можливо нормотворці бажали вказати на співвідношення аналізованого міжнародного договору з національним законодавством держав? Тоді норма потребує іншого викладу.

Існуюча редакція ч. 2 ст. 4 Угоди (її початок: «Ця Угода також застосовується до всіх законів та інших нормативно-правових актів, які ...») є калькою перекладу з іншої мови ч. 1 ст. 1 Європейської тимчасової угоди про соціальне забезпечення по старості, інвалідності та у разі втрати годувальника (ETS № 12) (Париж, 11 грудня 1953 р.). Стаття 1 цієї Тимчасової угоди починається словами: «Настоящее соглашение применяется ко всем законам и нормам в области социального обеспечения...» [20]. В цьому випадку не зовсім вдалий переклад з іншої мови, запозичений українськими нормотворцями, не є зразком для формулювання початку ч. 2 ст. 4 Угоди.

Загальнодоступність мови, якою слід викладати нормативно-правові акти, у тому числі міжнародні договори, не означає відступ від застосування наукової термінології. Так, у аналізованому міжнародному договорі за участю України та Португалії передбачено ст. 3 за назвою: «Рівне ставлення». У нормі йдеться про те, що згідно з положеннями цієї Угоди особи, згадані в Угоді (громадяни кожної з Договірних Держав, особи без громадянства чи біженці, які проживають на території однієї з Договірних Держав, члени їхніх сімей та їхні утриманці, а також особи, чий права набуто від цих осіб), які проживають на території однієї Договірної Держави, користуються допомогою, передбаченою відповідним законодавством, і мають обов'язки, передбачені відповідним законодавством, на таких саме умовах, що й громадяни цієї Договірної Держави. Тобто мова йде про застосування принципу рівності до певних категорій осіб. Принцип рівності використовується не тільки у міжнародному приватному праві, але й у інших галузях права. Ця усталена юридична термінологія не потребує заміни іншими термінами. Термінологія «принцип рівності» має певний юридичний зміст, який не співпадає зі змістом термінології «рівне ставлення». Тому назва ст. 3 Угоди за участю України та Португалії «Принцип рівності» замість існуючої назви була б цілком доречною та відповідає б принципам науковості мови й загальнодоступності.

Термінологію «рівне ставлення» доцільно замінити на термінологію «принцип рівності» й у преамбулі аналізованого міжнародного двостороннього договору.

Будь-який міжнародний договір, норми якого регулюють приватноправові відносини з іноземним елементом, містить термінологію міжнародного приватного права. Якщо договір укладається за участю двох чи більшої кількості держав, важливо, щоб термінологія задовольняла усі договірні сторони. Кожен міжнародний двосторонній договір за участю України укладається хоч би двома мовами. Як правило, це мови договірних держав. Можливим є вчинення договору й іншими мовами. Так, аналізована Угода між Україною та Португальською Республікою про соціальне забезпечення від 2009 р. укладена українською, португальською та англійською мовами. У ч. 3 ст. 39 Угоди зазначено: «Учинено у двох примірниках ... українською, португальською та англійською мовами, при цьому всі тексти є рівно офіційними. У разі виникнення розбіжностей у тлумаченні

українського та португальського текстів переважну силу матиме текст англійською мовою».

Таким чином, укладаючи текст міжнародного двостороннього договору, слід зважати не тільки на термінологію, яка використовується у праві договірних держав, але й на переклад цієї термінології. Тобто українські, португальські та англійські терміни вказаного договору повинні бути еквівалентні. Переклад не завжди має бути буквальним. Так, у ч. 3 ст. 27 Угоди зазначено: «Згідно з п. 1 й 2 співробітництво між компетентними органами або інституціями Договірних Держав також підпадає під дію чинних норм міжнародного права, а особові дані, які передаються, повинні бути адекватними, стосуватися справи й не повинні бути надмірними, що стосується відповідних цілей». У нормі є оціночне поняття «адекватний». В державах з романською основою права нормотворці прагнуть уникати оціночних понять, оскільки їх використання може зумовлювати виникнення спорів. Якщо уникнути оціночного поняття неможливо, застосовують їх роз'яснення. У праві України не використовується термінологія «адекватні особові дані». Вона неправильна й з лексичної точки зору. Тому термін «адекватний» слід замінити іншою термінологією. Термін «надмірний» є невдалим перекладом з іноземної термінології. В українському тексті міжнародного двостороннього договору його слід замінити на термін «зайвий».

Текст міжнародного договору, як і будь-якого нормативно-правового акту не повинен бути заплутаним чи поверховим. Він має бути повним, вичерпним і при цьому лаконічним. Тоді цей текст буде завершений. Наведена норма ст. 27 Угоди за участю України та Португалії закінчується словами: «...що стосується відповідних цілей». Виникають запитання: що слід розуміти під термінологією «відповідні цілі»? Йдеться про цілі, які стосуються матеріалів справи, наприклад, про призначення пенсії, допомоги, чи про цілі, визначені Угодою? Для того, щоб таких питань не виникало, норму слід доповнити словами: «цієї Угоди». Таким чином у наведеному випадку досягається завершеність викладу тексту норми.

Міжнародний договір, як і будь-який нормативно-правовий акт, не повинен бути перевантажений зайвою термінологією. Так ч. 1 ст. 1 згадуваної Угоди між Україною і Королівством Іспанія про соціальне забезпечення громадян від 1996 р. починається словами: «Нижченаведені терміни у цій Угоді мають такі значення: а) Законодавство...». Далі слідують роз'яснення восьми термінів. Зрозуміло, що ці терміни наводяться нижче, тому ч. 1 слід розпочати словами: «Наведені терміни у цій Угоді...» і далі за текстом або «Терміни у цій Угоді...» і далі за текстом. В преамбулі, яка складається з однієї фрази: «Україна і Королівство Іспанія ... домовились про нижченаведене» термін «нижченаведене» теж обтяжений частиною слова «нижче», а тому його слід замінити словом «таке». Речення отримає наступне формулювання: «Україна і Королівство Іспанія ... домовились про таке».

Терміни «вищевикладений», «вищезгаданий» (ст. 7 Угоди за участю України та Іспанії), «вищенаведений» (ст. 10 цієї ж Угоди) також потребують виправлення. Так, ст. 10 зазначеного міжнародного договору завершується ч. 6, що має наступну редакцію: «Вищенаведені положення цієї статті не поширюються на визначення соціальних пенсій Договірними Сторонами». Очевидно, що йдеться про частини 1–5 ст. 10 Угоди. Тож слово «вищенаведені» є зайвим. Достатнім буде формулювання: «Положення цієї статті не поширюються на ...» і далі за текстом.

Висновки і пропозиції. 1. Вимоги, які ставляться до термінологічного викладу міжнародних договорів такі ж як і вимоги, що ставляться до викладу національного законодавства. Крім того, пропонуючи ті чи інші терміни для тексту міжнародного договору, слід зважати на термінологію правової системи договірної держави та необхідність перекладу термінів на іноземну мову (з іноземної мови).

2. Не слід використовувати у міжнародних договорах за участю України, норми яких регулюють приватноправові відносини з іноземним елементом, термінологію, не притаманну міжнародному приватному праву України. Мова йде, зокрема, про терміни й тер-

мінологію: «інституція», «компетентна інституція», «інституція за місцем проживання», «інституція за місцем перебування», «інституція-кредитор».

3. Не слід підміняти юридичну (і не тільки юридичну) термінологію загальнозживаними термінами, як у випадку з термінами: «схема» та «порядок розрахунку».

4. У міжнародних договорах за участю України треба використовувати усталену в міжнародному приватному праві України юридичну термінологію, як то: «місце проживання», «місце знаходження», «проживає», «знаходиться», «принцип рівності».

5. Не слід переважувати текст норми міжнародного договору зайвими для її змісту словами чи частинами слів, зокрема, використовуючи один термін в одному реченні, наприклад, іменник в однині та множині, вказуючи на розміщення тексту, як то «нижче-наведений», «вищенаведений», «вищевикладений», «вищезгаданий».

6. Не завжди слід допускати буквальний переклад іншомовного тексту, оскільки це може спотворити юридичний зміст речення.

7. Текст норм міжнародного договору не повинен бути заплутаним, поверховим. Він має бути повним, вичерпним, лаконічним. Кожна норма має бути завершеною та відповідати меті міжнародного договору.

Список використаної літератури

1. Федіяк Г. С. Якість сучасного законодавства України, яке регулює приватноправові відносини. *Правова держава*. 2020. № 39. С. 18–24.
2. Федіяк Г. С. Відповідність назв структурних частин міжнародних двосторонніх договорів за участю України їх тексту (на прикладі угод про соціальне забезпечення). *Правова держава*. 2021. № 41. С. 115–121.
3. Плавич С. В. Правотворення, правотворчість та законотворчість: проблема співвідношення. *Держава і право: Зб. наукових праць. Юридичні і політичні науки*. Вип. 35. К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. 2007. С. 88–94.
4. Євграфова Є. П. Об'єктивність права: теоретико-прикладні засади: Дис. ... докт. юрид. наук. К., 2016. 180 с.
5. Дзейко Ж. О. Історіографія законодавчої техніки. *Держава і право*. 2010. Вип. 49. С. 28–34.
6. Риндок В. І. Законодавча техніка: Поняття, форми, види, реалізація в Україні. Дис. ... канд. юрид. наук. К., 2008. 194 с.
7. Швець М. Нова технологія законотворення. *Право України*. 2003. № 3. С. 3–4.
8. Венгеров А. Б. Теория государства и права: Учебник для юридических вузов. М., 2000. 503 с.
9. Беседіна Л. Л. Термінологія та визначення понять в нормативно-правових актах. *Інформація і право*. 2012. № 2 (5). С. 39–47.
10. Гончаров А. В. Аналіз дослідження міжнародного договору як джерела міжнародного права. *Молодий вчений*. 2016. № 4 (31). С. 616–620.
11. Угода між Україною та Португальською Республікою про соціальне забезпечення від 7 липня 2009 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/620_024#Text
12. Про ратифікацію Угоди між Україною та Португальською Республікою про соціальне забезпечення: Закон України від 21 грудня 2011 р. № 4209-VI. Відомості Верховної Ради України. 2012. № 30. Ст. 353.
13. Угода між Україною і Королівством Іспанія про соціальне забезпечення громадян від 7 жовтня 1996 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/616_161#Text
14. Про ратифікацію Угоди між Україною і Королівством Іспанія про соціальне забезпечення громадян: Закон України від 17 грудня 1997 р. № 741/97-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1998. № 16. Ст. 75.
15. Договір про заснування Європейської Спільноти від 25 березня 1957 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_017.
16. Великий зведений орфографічний словник сучасної української лексики. Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2003. 896 с.
17. Угода між Україною та Республікою Польща про соціальне забезпечення від 18 травня 2012 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/616_161#Text
18. Про ратифікацію Угоди між Україною та Республікою Польща про соціальне забезпечення: Закон України від 5 вересня 2013 р. № 458-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/458-18#Text>
19. Угода між Міністерством праці та соціальної політики України і Міністерством соціальної охорони і праці Литовської Республіки про порядок реалізації договору між Україною та Литовською Республікою про соціальне забезпечення від 9 грудня 2005 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/440_054#Text
20. Европейское временное соглашение о социальном обеспечении по старости, инвалидности и потере кормильца (ETS № 12) от 11 декабря 1953 г. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_563#Text

References

1. Phedinyak H.S. (2020) Quality of modern legislation of Ukraine, that regulates private relationships. *Constitutional State*. № 39. P. 18–22. [in Ukrainian].
2. Phedinyak H.S. (2021) Correspondence of the names of the structural parts of international bilateral agreements with the participation of Ukraine to their text (on the example of agreements on social security). *Constitutional State*. № 41. P. 115–121. [in Ukrainian].
3. Plavich S.V. (2007) *Pravotvorenniya, pravotvorchist' ta zakonotvorchist'*: problema spivvidnoshennya. State and Law. Collection of scientific works. Legal and political sciences. Producing 35. K.: V.M. Koretsky Institute of State and Law of the National Academy of Sciences of Ukraine. P. 88–94. [in Ukrainian].
4. Yevgrafova Ye. P. (2016) Objectivity of law: theoretical and practical foundations. Doctor's thesis. Kyiv: V.M. Koretsky Institute of State and Law of the National Academy of Sciences of Ukraine, 2016. 180 p. [in Ukrainian].
5. Dzeiko Zh. O. (2010) Historical description of legislative technique. *State and Law*. Issue 49. P. 28–34. [in Ukrainian].
6. Ryndyuk V.I. (2008) Legislative technique: concepts, forms, types, implementation in Ukraine. Dis. Candidate of Law, Kyiv, 194 p. [in Ukrainian].
7. Shvets M. (2003) New technology of lawmaking. *Law of Ukraine*. № 3. P. 3–4. [in Ukrainian].
8. Vengerov A.B. (2000) *Theory of the state and law: Textbook for legal institutions of higher learning*. M., 503 p. [in Russian].
9. Besedina L.L. (2012) Terminology and definition of concepts in normative legal acts. *Information and law*. № 2 (5). P. 39–47. [in Ukrainian].
10. Goncharov A.V. (2016) Analysis research international agreement as a source of international law. *Young Scientist*. № 4 (31). P. 616–620. [in Ukrainian].
11. Agreement between Ukraine and the Portuguese Republic on social security of 7 July 2009 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/620_024#Text [in Ukrainian].
12. On Ratification of the Agreement between Ukraine and the Portuguese Republic on Social Security (2011, December 21). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2012. № 30. 353. Kyiv: Parlam. vyd-vo [in Ukrainian].
13. Agreement between Ukraine and the Kingdom of Spain on Social Security of Citizens of October 7, 1996. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/616_161#Text [in Ukrainian].
14. On Ratification of the Agreement between Ukraine and the Kingdom of Spain on Social Security of Citizens (1997, December 17). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 1998. № 16. 75. Kyiv: Parlam. vyd-vo [in Ukrainian].
15. Treaty establishing the European Community, March 25, 1957. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_017 [in Ukrainian].
16. Large consolidated spelling dictionary of modern Ukrainian vocabulary. Compiler and editor-in-chief VT Busel. K.; Irpen: VTF “Perun”, 2003. 896 p. [in Ukrainian].
17. Agreement between Ukraine and the Republic of Poland on social security of May 18, 2012. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/616_161#Text [in Ukrainian].
18. On Ratification of the Agreement between Ukraine and the Republic of Poland on Social Security: Law of Ukraine of September 5, 2013 № 458-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/458-18#Text> [in Ukrainian].
19. Agreement between the Ministry of Labor and Social Policy of Ukraine and the Ministry of Social Protection and Labor of the Republic of Lithuania on the implementation of the Agreement between Ukraine and the Republic of Lithuania on social security of December 9, 2005 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/440_054#Text [in Ukrainian].
20. Social Security Agreement for Old Age, Disability and Survivor of 11 December, 1953. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_563#Text [in Russian].

Стаття надійшла 15.04.2021 р.

Г. С. Фединяк, канд. юрид. наук, доцент
Львовский национальный университет имени И. Франко
Кафедра международного права
ул. Университетская, 1, Львов, 79000, Украина

ТЕРМИНОЛОГИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ С УЧАСТИЕМ УКРАИНЫ (НА ПРИМЕРЕ СОГЛАШЕНИЙ О СОЦИАЛЬНОМ ОБЕСПЕЧЕНИИ)

Резюме

Украина является участницей многих международных договоров. Среди них международные двусторонние договоры по вопросам социального обеспечения. Как международные многосторонние договоры, так и международные двусторонние договоры должны быть качественными. Качество международных договоров достигается среди прочего надлежащим применением законодательной техники. Законодательная техника включает в себя и использование надлежащей терминологии.

В этой статье на примере норм Соглашения между Украиной и Португальской Республикой о социальном обеспечении от 7 июля 2009 г., Соглашения между Украиной и Королевством Испания о социальном обеспечении граждан от 7 октября 1996 г. продемонстрировано неправильное использование терминологии при изложении их текста. Нормы этих договоров нуждаются в новой редакции.

Среди выводов: язык международного договора с участием Украины должен отвечать принципам научности и общедоступности. Юридическая терминология не должна подменяться общеиспользуемыми терминами. Терминология международного частного права является обязательной для использования в международных договорах, нормы которых регулируют частноправовые отношения с иностранным элементом.

Ключевые слова: международное частное право, международное соглашение, международный двусторонний договор, социальное обеспечение, законодательная техника, терминология, частноправовые отношения, иностранный элемент.

H. S. Phedinyak, Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor
I. Franko National University of Lviv
the Department of International Law
Universitetska Str., 1, Lviv, 79000, Ukraine

TERMINOLOGY OF INTERNATIONAL AGREEMENTS WITH THE PARTICIPATION OF UKRAINE (ON THE EXAMPLE OF SOCIAL SECURITY AGREEMENTS)

Summary

Ukraine is a party to many international agreements. International bilateral agreements on social security are among them. These contracts, like any other, must be of good quality. The quality of international agreements is achieved through the use of legislative techniques. Legislative technique involves the correct use of terminology.

This article analyzes, in particular, the provisions of the Agreement between Ukraine and the Portuguese Republic on Social Security of 7 July 2009 and the Agreement between Ukraine and the Kingdom of Spain on Social Security of 7 October 1996 and demonstrates incorrect use of terminology in their text. The text of these international bilateral agreements needs to be changed.

Some of the conclusions: the language of the international agreement with the participation of Ukraine must comply with the principles of scientificity and publicity. Legal terminology should not be confused with commonly used terms. Terms of private international law are mandatory for use in international agreements involving Ukraine, the rules of which regulate private law relations with a foreign element. No need to use unnecessary words in the text of an international agreement. It is not always advisable to translate the foreign text of an international agreement literally. The text of an international agreement should not be confusing, superficial. It should be complete, comprehensive, and concise. Each norm must be completed and meet the objectives of the international agreement.

Key words: private international law, international agreement, international bilateral agreement, social security, legislative technique, terminology, private relationships, foreign element.

ІНФОРМАЦІЯ ДЛЯ АВТОРІВ

ПРАВИЛА ОФОРМЛЕННЯ ТА ПОДАННЯ РУКОПISУ ДО НАУКОВОГО ФАХОВОГО ЖУРНАЛУ «ПРАВОВА ДЕРЖАВА»

Рішенням Атестаційної колегії Міністерства освіти та науки України від 06 березня 2020 р. науковий фаховий журнал «Правова держава» отримав категорію "Б" (юридичні науки) в переліку наукових фахових видань (Наказ Міністерства освіти та науки України № 409 від 17.03.2020 р.).

Науковий фаховий журнал «Правова держава» успішно пройшов процес оцінки і внесений до наукометричної бази даних ICI Journals Master List на 2019 рік. На підставі поданої інформації в анкеті і аналізі випусків журналу за 2019 рік, експерти Index Copernicus розрахували значення індексу:

ICV 2019 = 82,85. <https://journals.indexcopernicus.com/search/details?id=32241>

1. У виданні публікуються матеріали, в яких висвітлюються актуальні питання та аналіз теоретичних та практичних проблем сучасного стану розвитку правової системи, розгляд теоретичних проблем розвитку окремих елементів правової системи України, дослідження місця національної правової системи серед правових систем сучасності та її адаптація до європейських стандартів, загальнотеоретичні питання правознавства, актуальні проблеми публічно-правових наук та тенденції розвитку науки приватного права.

2. До друку приймаються статті українською, англійською, російською та німецькою мовами.

3. Рукопис статті подається до редакції у формі: файлу рукопису, який надсилається на електронну адресу редакції pd-onu@mail.ua у форматі **Автор_Назва статті**, оформлену згідно вказаних вимог.

4. Рукопис статті, супроводжується:

- Довідкою про автора.
- Авторський реферат (анотація) статті англійською мовою для розміщення на вебсайті видання. Авторський реферат повинен містити прізвище та ім'я автора (–ів), місце роботи або навчання, назву та стислий зміст статті. Реферат повинен бути написаний з використанням наступного алгоритму: мета та актуальність теми; методика (методи) дослідження; отримані результати; практичну цінність статті. Обсяг реферату має бути не менше 1800 знаків. Переклад англійською мовою повинен бути достовірним (не машинним).

5. Рукопис статті не має містити заборонених до друку матеріалів, оскільки журнал є відкритим джерелом інформації. Автори повинні подавати оригінальні наукові статті, а якщо автори використовували роботи та / або вислови інших людей, вони повинні бути належним чином оформлені у вигляді цитат. Плагіат у всіх його формах розцінюється як неетична поведінка і є неприйнятним.

6. Автор не має публікувати статтю, в якій описується по суті одне й те саме дослідження, у більш ніж одному науковому виданні або первинній публікації. Подання статті до більш ніж одного наукового видання одночасно розцінюється як неетична поведінка і є неприйнятним. Автор не має подавати на розгляд в інші наукові видання раніше опубліковані статті. У випадку, якщо автор у вторинній публікації використовує матеріали попередніх праць, автор має навести посилання на первинну статтю. Редколегія залишає за собою право на рецензування, редакційні виправлення, скорочення і відхилення статей. Відповідальність за матеріал статті несе автор (автори).

7. Наукові статті, що надійшли до редколегії, обов'язково проходять сліпе подвійне рецензування, після чого відповідальний секретар редколегії повідомляє авторів про позитивне чи негативне рішення щодо прийняття статті для публікації у збірнику.

8. Технічні вимоги до оформлення наукової статті:

- загальний обсяг статті має складати до 20 сторінок;
- кількість співавторів – не більше двох;
- стаття повинна бути підготовлена за допомогою редактора Word for Windows®;
- стандарти:

a) **формат аркуша** – А4 (210×297), орієнтація сторінки – «книжна»;

b) поля: **ліве** – 20 мм, **праве** – 15 мм, **верхнє** – 20 мм, **нижнє** – 20 мм; сторінки без нумерації;

c) **абзац** – 1,25 см;

d) **переплетіння** – 0 см;

e) **інтервал між рядками** – 1,5 пт.;

f) інтервал між абзацами «до», «після» – 0 пт.;

g) відступи «праворуч», «ліворуч» – 0 пт.;

h) шрифт набору – Times New Roman;

i) **назва, текст статті, додатки** – кегль 14 pt, міжрядковий інтервал – 1,5;
– стаття набирається по всій ширині абзацу;

9. Текст рукопису має бути побудований за загальноприйнятою схемою:

- **індекс УДК** у верхньому лівому кутку листа (Times New Roman, 14 пт.);
- **ініціали та прізвища авторів** у верхньому правому кутку листа українською (або мовою статті). Порядок подання: **ім'я, по-батькові, прізвище; науковий ступінь, вчене звання**, назва факультету або кафедри, де працює автор (або автори); **адреса; e-mail** (Кегль 14 pt, міжрядковий інтервал – 1,5).

– порожній рядок;

– **назва статті** – великими літерами, по центру українською (або мовою статті) (Times New Roman, 14 пт., жирний). Назва статті подається без використання вузькоспеціалізованих скорочень, крапка в кінці назви не ставиться;

– порожній рядок;

– **анотація** українською (або мовою статті) (Кегль 14 pt, міжрядковий інтервал – 1,5);

анотацію не потрібно розміщувати на окремому листі. Анотація повинна містити стисле формулювання змісту статті, не повторювати назву статті. Загальна структура анотації повинна містити: актуальність теми дослідження, постановка проблеми та завдання, аналіз останніх досліджень і публікацій, виділення недосліджених частин загальної проблеми, постановка завдання, викладення основного матеріалу (**стисло**), висновки відповідно до статті;

– **ключові слова** (3–10 слів) українською (або мовою статті) (Кегль 14 pt, міжрядковий інтервал – 1,5);

– порожній рядок;

– **основний матеріал статті:**

Структура статті має бути такою:

- **Постановка проблеми;**
- **Аналіз останніх досліджень і публікацій;**
- **Мета статті;**
- **Виклад основного матеріалу;**
- **Висновки і пропозиції.**
- **література** (Times New Roman, 14 пт., жирний, по центру); перелік літератури є останнім в статті і його необхідно оформити відповідно чинних вимог з оформлення літератури;
- **стаття надійшла** у нижньому правому кутку листа (Times New Roman, 14 пт.) у форматі (ДД.ММ.РРРР);

- **ініціали та прізвища** авторів у верхньому правому кутку листа російською та англійською мовою. Порядок подання: **ім'я, по-батькові, прізвище; науковий ступінь, вчене звання**, назва факультету або кафедри, де працює автор (або автори);
адреса; e-mail (Кегль 14 pt, міжрядковий інтервал – 1).
- **анотація** російською мовою (до 10 строк) та англійською мовою (від 1800 знаків) (Кегль 14 pt, міжрядковий інтервал – 1);
- **references** (Times New Roman, 14 pt., жирний, по центру).

10. **Літературні джерела, що цитуються**, повинні бути пронумеровані відповідно з порядком звертання до них у тексті. Посилання на джерело подається у квадратних дужках, наприклад: "... відомо з [4]. ..." або "... розглянуто у [4, с. 203] ...".

11. **Список літератури** наводиться наприкінці статті відповідно до порядку звернення по тексту на мові оригіналу, відповідно до ДСТУ 7152:2020 «Інформація та документація. Видання. Оформлення публікацій у журналах і збірниках» (ISO 8:2019, NEQ; ISO 18:1981, NEQ; ISO 215:1986, NEQ).

12. References повинен бути оформлений за міжнародним бібліографічним стандартом APA (<http://www.bibme.org/citation-guide/apa/>).

До уваги авторів та читачів!

Науковий журнал «Правова держава» з 2016 року виходить з періодичністю 4 рази на рік.

ГРАФІК ВИПУСКУ НОМЕРІВ «ПРАВОВА ДЕРЖАВА» на 2021 рік

№№ випуску	Початок прийому статей	Закінчення прийому статей	Електронна версія журналу	Друкована версія журналу
41	15.01.2021	15.02.2021	15.03.2021	01.04.2021
42	15.04.2021	15.05.2021	15.06.2021	01.07.2021
43	15.08.2021	15.09.2021	15.10.2021	01.11.2021
44	15.10.2021	15.11.2021	15.12.2021	01.01.2022

Редколегія має право редагувати текст статей,
погоджуючи відредагований варіант
з автором, а також не приймати рукописи,
якщо вони не відповідають вимогам
журналу «Правова держава».

Українською, російською, англійською та німецькою мовами

**Опубліковані матеріали відбивають позицію автора,
яка може не збігатися з думкою редакції.
За достовірність фактів, статистичних даних та інших матеріалів
відповідальність несе автор або особа, яка надала матеріал.
Передрукування матеріалів допускається з дозволу редакції.**

Свідоцтво про державну реєстрацію
друкованого засобу масової інформації:
Серія КВ № 16843-5605ПП від 20.07.2010 р.

Підписано до друку 15.06.2021 р. Формат 70x108/16. Ум.-друк. арк. 21,53.
Зам. № 2106-02. Тираж 100 прим.

Адреса редколегії:
Україна, 65058, Одеса, Французький бульвар, 24/26
Тел.: (048) 702-31-31
e-mail: pd-onu@mail.ua
www.pd.onu.edu.ua

Надруковано у ПП «Фенікс»
(Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 1044 від 17.09.2002 р.)
Україна, 65009, Одеса, вул. Зоопаркова, 25
Тел. +38 050 7775901, +38 048 7959160
e-mail: fenix-izd@ukr.net
www.fenixbooks.com