

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

Національний університет
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Збірник наукових праць

Випуск 87



Видавничий дім
«Гельветика»
2020

Збірник розраховано на наукових працівників, викладачів, студентів юридичних вищих навчальних закладів і практичних працівників органів державної влади й місцевого самоврядування.

Редакційна колегія:

д-р юрид. наук, проф. Г. І. Чанишева (головний редактор), д-р юрид. наук М. Р. Аракелян (заступник головного редактора), канд. юрид. наук О. В. Дикий (відповідальний секретар), д-р юрид. наук, проф. С. С. Андрейченко, д-р юрид. наук, проф. Л. Р. Біла-Тіунова, канд. юрид. наук В. А. Динту, д-р юрид. наук В. В. Дудченко, д-р юрид. наук, проф. Т. А. Латковська, д-р юрид. наук, проф. В. О. Туляков, д-р юрид. наук, проф. Г. О. Ульянова, д-р юрид. наук, проф. В. І. Фелик, професор права George A. Bermann (США), д-р юрид. наук, проф. Bernd Wieser (Австрія).

Рекомендовано до друку та поширення через мережу Internet
Вченою радою Національного університету «Одеська юридична академія»,
протокол № 1 від 18 серпня 2020 року.

Збірник зареєстровано Міністерством інформації України,
свідомство про державну реєстрацію друкованого засобу інформації
серія KB № 16844-5606 ПР від 29.06.2010 р.

На підставі Наказу Міністерства освіти та науки України № 409 від 17.03.2020 р.
(додаток 1) збірник включено до Переліку наукових фахових видань України кате-
горії «Б» у галузі юридичних наук (081 «Право», 262 «Правоохоронна діяльність»,
293 «Міжнародне право»).

Сайт видання: www.apdp.in.ua

УДК 343.1

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i87.2792>

А. О. Алексєєва

ЩОДО СТАНДАРТІВ УЧАСТІ НАРОДУ У ЗДІЙСНЕННІ СУДОЧИНСТВА В ЯПОНІЇ

Постановка проблеми. Із часів здобуття Україною незалежності держава перебуває у стані перманентного реформування, зокрема й реформування судової системи. За опитуванням, проведеним Українським центром економічних і політичних досліджень ім. О. Разумкова у лютому 2019 р. [6], лише 2,2% громадян України вважають, що судова реформа в Україні майже завершена, а на думку 46,1%, вона ще не розпочалася. Це, у свою чергу, сприяє суттєвому зниженню рівня довіри народу до суду. За даними того ж соціологічного опитування, 82,5% населення України погодилося (або скоріше погодилося) з тим, що українські суди є корумпованими, політично залежними та необ'єктивними.

Проблема реформування і розвитку судової системи не може бути вирішена у відриві від міжнародного досвіду, особливо країн, які тривалий час присвятили пошуку оптимальної моделі залучення народного елемента та вирішенню питань, найбільш гострих для нашої судової влади. Із цих позицій цікавим є досвід Японії, яка після тривалих пошуків сформувала свою, оригінальну модель участі народу у здійсненні правосуддя. Однією з основних проблем, яку мала вирішити нова система, як зазначає японський учений А. Коморіда, є саме запровадження ясного і зрозумілого правосуддя для громадян, а також збільшення рівня довіри народу до суду. Що, згідно з доводами розробників нової системи, має посприяти появі в японських громадян, які є пасивними об'єктами державного правління, нової свідомості [8]. У межах даної роботи пропонується розглянути ті елементи концепції участі народу у відправленні правосуддя в Японії, які можуть бути використані в розвитку системи залучення громадян до здійснення правосуддя на національному рівні. Насамперед це запровадження обов'язкової участі народу у здійсненні судочинства на основі виборчих списків, спрощення процесу за участю представників народу, як у питанні строків судового розгляду, так і щодо зрозумілості правосуддя, а також запровадження у кримінальному процесі обов'язкового проведення «попереднього засідання».

Метою статті є огляд змішаної моделі залучення народу до здійснення правосуддя в Японії.

Виклад основного матеріалу. Системі участі народу Японії у здійсненні судочинства – saiban-in (裁判員 – «суддя-посада») минулого року виповнилося десять років. Вона була запроваджена 28 травня 2004 р. Законом «Про участь громадян у розгляді кримінальних справ» [5]. Даний Закон визначає участь у кримінальних провадженнях щодо тяжких злочинів (для ухвалення рішень разом із професійними суддями) не лише правом, але і обов'язком для громадян Японії. Система saiban-in була впроваджена в судовий процес у травні 2009 р. [5]. У процесі здійс-

нення судової реформи Японія відмовилася від англо-американської моделі участі народу у здійсненні судочинства і шляхом тривалих пошуків ухвалила рішення про запровадження спільної колегії професійних суддів та присяжних. Змінивши підхід до судового розгляду та залишивши притаманний англо-саксонській системі порядок залучення потенційних присяжних, Японія оптимізувала порядок здійснення судового розгляду. Зокрема представлення доказів сторонами у формі надання колегії суду письмових промов та виведення інтерактивно документальних доказів на екрани моніторів стали вагомою частиною програми «зрозуміле правосуддя», через що японський суд можна вважати взірцем залучення народного елемента у здійснення судової влади.

Окрім того, як слушно відзначає професор А. Коморіда, завдяки змішаній системі Японія може взяти найкраще з обох систем і уникнути вже усталених зловживань із боку як присяжних, так і суддів. Японський досвід довів, на його думку, що система *saiban-in*, у якій засідателі беруть участь лише в одній справі, сприяє тому, що представники народу серйозно ставляться до своїх обов'язків, що, у свою чергу, позитивно відображається на протидії рутинному ставленню суддів до справи [7].

Змішана система участі народу у здійсненні судочинства Японії являє собою компроміс між англосаксонським судом присяжних і судом шеффенів (асизи, засідателі) у країнах загального права. По суті, представники народу («судові засідателі») утворюють спільну колегію із професійними суддями (найчастіше колегія складається із 6 *saiban-in* та 3 суддів) і вирішують спільно питання не лише винуватості і невинуватості, але й міри покарання, що характерно для континентальної моделі. Проте японську систему було доповнено елементом класичного суду присяжних. Як зазначає А. Коморіда, присяжні обираються з кандидатів випадковим чином із загального списку виборців і лише для розгляду однієї справи [8].

Відповідно до вимог закону, місцевий суд повідомляє всіх кандидатів у засідателі, відповідно до списку виборців, про включення їх до списків кандидатів у присяжні. Водночас таким громадянам пропонується заповнити анкету, де, серед іншого, і питання наявності причини, яка унеможливило їхню участь у судовому процесі. Закон передбачає 13 ситуацій, за яких можна відмовитися від обов'язків засідателя.

Апріорі засідателями за професійною несумісністю не можуть бути: міністри, деякі державні службовці, діючі чи колишні судді, прокурори, адвокати, нотаріуси та працівники судів, працівники Міністерства юстиції, члени сил самооборони, професори та доценти права, губернатори префектур і мери міст та деякі інші.

Окрім того, можуть відмовитися від роботи в суді особи, старші сімдесяти років, студенти й учні, особи, які вже виконували обов'язки присяжних протягом останніх п'яти років, особи, які вже викликалися як кандидати у присяжні протягом одного року, особи, які займаються важливою роботою, у якій без їхньої участі можуть виникнути суттєві збитки, а також особи, виконання обов'язків присяжного для яких може спричинити для них чи третіх осіб серйозні фізичні, психічні чи економічні збитки [7].

Особливістю японської системи також є структурований процес формування переконання. Кожен засідатель – незалежна особа, яка ухвалює рішення і має таку ж владу, як професійний суддя. Упровадження цієї системи має запобігти ухва-

ленню професійними суддями довільних рішень і відкидання представниками народу думки професійних суддів. Рішення, ухвалені судом присяжних, не підлягають апеляційному перегляду, за винятком окремих випадків, наприклад, порушення порядку формування журі.

Логічним видається виокремлення шести основних рис системи *saiban-in*:

1. Участь у здійсненні правосуддя є не стільки правом, скільки почесним обов'язком громадян Японії; присяжні не отримують заробітної плати за участь у судовому розгляді, їм компенсуються виключно транспортні, добові і готельні витрати.

2. Дана система використовується в суді першої інстанції під час розгляду кримінальних справ про злочини, що караються стратою, позбавленням волі з виправними роботами або без них на невизначений термін, а також про умисні злочини, що спричинили смерть потерпілого. Важливою обставиною є те, що думка обвинуваченого про розгляд його справи судом присяжних чи судом у складі трьох професійних суддів у даному разі не враховується.

3. Залежно від складності справи, що розглядається, в Японії передбачено створення змішаних судів із різним кількісним складом. У випадках, коли на стадії досудового розслідування відсутні будь-які суперечки щодо фактів, суд повинен засідати у складі одного професійного судді і чотирьох громадських суддів (система 1–4). В інших випадках до складу суду повинні входити три професійні судді та шість громадських суддів (система 3–6).

4. Основний принцип – «зрозуміле правосуддя», що включає в себе: короткі письмові вступні промови (обсягом до двох сторінок), що подаються сторонами суду до початку судових засідань; на місцях, де перебувають судді і судові засідателі, представники сторін, встановлені екрани невеликого розміру, а на стіні судової зали – великі екрани. З їхньою допомогою транслюється перебіг судового засідання, а також відображається частина доказів, наприклад креслення, документи.

5. Судові засідателі є повноцінними членами колегії суду і можуть ставити запитання безпосередньо свідкам і підсудному [11, с. 595], а також поряд із суддями встановлюють факти і застосовують норми права, зокрема й питання покарання.

6. Вирок виноситься простою більшістю голосів. Для винесення обвинувального вироку необхідна більшість голосів народних засідателів і голос як мінімум одного професійного судді. За таким же принципом вирішується питання про міру покарання і про те, чи повинен вирок бути реальним або умовним [11, с. 596].

Окремо варто зазначити, що в японському судочинстві також застосовується практика попереднього слухання, яка притаманна класичній моделі суду присяжних та ставить за мету «упорядкування перед судовим слідством». Суть полягає в тому, щоб під час закритого судового засідання підтвердити спірні пункти сторін – обвинувачення і захисту, а також ухвалити рішення стосовно допустимості доказів. У разі розгляду справи за участю народних засідателів, така процедура проводиться обов'язково [7].

Мета громадської участі в судовій системі полягає в тому, щоб встановити рамки судових повноважень, в основному судів, на національному рівні, створивши тим самим сильну судову систему, підтримувану народом. Судова система має бути

самоврядною і соціально відповідальною організацією, що визначається реалізацією інституту активної участі народу у здійсненні правосуддя та способом реалізації незалежності управління громадянства і судового суверенітету в судовій системі. Природно, що воля громадян повинна відобразитися в тому, що судова влада, ґрунтуючись на передумові національного суверенітету, може фактично протистояти законодавчій і виконавчій гілкам влади лише за підтримки народу [12].

Наскільки можна судити зі «Щорічного звіту кримінальної статистики» Міністерства юстиції Японії [5], уведення інституту засідателя змішаної моделі значно підвищило відсоток виправдувальних вироків, що, серед іншого, може свідчити про більш уважне ставлення до справ із боку судової колегії. Окрім того, опитування, яке було проведене в лютому 2019 р. Верховним судом Японії, показало, що понад 90% респондентів знали про систему народних засідателів, що свідчить про рівень її високого суспільного визнання. За даними Верховного суду, загалом за останнє десятиліття кандидатами на посади народних суддів було обрано приблизно 1,2 мільйонів людей, і 90 000 із них фактично взяли участь у судових засіданнях або безпосередньо, або як запасний народний засідатель. Опитування також показало, що понад 90% учасників судових засідань позитивно оцінили свій досвід [1].

Автор дотримується думки, що під час проведення судової реформи в Україні необхідно вивчити саме досвід молоді японської системи залучення народу до здійснення судочинства та здійснити низку змін щодо впровадження змішаної моделі участі народу у здійсненні судочинства та спрощення кримінального процесу, зокрема:

1. Забезпечити необхідну кількість присяжних. А саме запровадити обов'язкову участь народу у здійсненні судочинства на основі виборчих списків із можливістю відмовитися від виконання роботи присяжного за поважних причин, визначених законодавством. Така реформа дозволить реально використовувати інститут присяжних без передання справи з одного суду в інший через неможливість сформувати колегію суду, а головне, реально відобразатиме думку та ставлення народу. Оскільки натеper наявний суттєвий недобір до списків присяжних: незважаючи на гарантії, які надає законодавство, особи з повною трудовою зайнятістю (тобто суттєва частина населення) не виявляють бажання долучатися до процесу здійснення правосуддя. Окрім того, натеper для включення до списків присяжних необхідно, окрім заяви, подати документ, що підтверджує відсутність судимостей, документ, що підтверджує відсутність хронічних психічних чи інших захворювань, що перешкоджають виконанню обов'язків присяжного, а також необхідно подавати щорічно декларацію про доходи.

2. Спростити процес за участю представників народу. Спрощення процесу передбачає:

- а) встановлення розумних строків судового розгляду справи із граничними термінами. Це стане вагомим чинником для призначення графіка судових засідань та, на думку автора, зможе знизити кількість справ, які розглядаються по три, п'ять і більше років. Зниження строків судового розгляду зробить можливим застосування інституту присяжних у більш широкому колі кримінальних справ, наприклад щодо всіх тяжких і особливо тяжких злочинів. Оскільки нині залучення осіб,

що працюють, до здійснення громадянського обов'язку з розгляду справи в суді має суттєво не вигідні фізичні й економічні наслідки. Наприклад, вирішення справ колегією суду із присяжними в Японії в середньому становить 5 днів. Судове провадження у справі про вбивство у відділенні Хімеджі окружного суду Кобе тривало рекордні 207 днів, перш ніж завершитися в листопаді 2018 р., це означає, що народні засідателі були пов'язані зі справою більше півроку. Хоча в середньому за 2018 р. розгляд справи за участю народу тривав 10,8 днів [1]. В Україні розгляд справ із залученням суду присяжних може тривати більше 5 років. Це є додатковим негативним чинником для небажання працюючої частини населення долучатися до роботи присяжним у суді – за такий час особа може зазнати професійної деградації та, фактично, не може розвиватися повноцінно за основним місцем роботи. З огляду на введення граничного терміну розгляду справи в суді, автор вважає за доцільне розглянути також питання введення відповідальності за зловживання сторонами своїми процесуальними правами з метою затягування процесу;

б) забезпечення зрозумілості кримінального процесу для присяжних. Ідея надання письмових промов та виведення інтерактивно документальних доказів на екрани моніторів, застосовувана в Японії, сприяє тому, що присяжні не настільки потребують роз'яснень від професійних суддів, як натепер у європейській моделі, не так сильно залежать від емоційної риторики й ораторських здібностей учасників процесу, як в англо-американській, а тому їхнє внутрішнє переконання відповідатиме реальному ставленню до доказів, наданих сторонами. З огляду на той факт, що присяжних континентальної моделі найчастіше звинувачують саме в пасивності та залежності від професійної думки суддів, спрощення процесу могло би підвищити статус інституту присяжних;

в) попереднє ознайомлення суду з доповідями сторін. До початку судового засідання обидві сторони зобов'язані подати до суду тези своїх виступів, які мають бути за обсягом не більше 1–2 сторінок. Це дає можливість як професійним суддям, так і представникам народу, які виконують обов'язки суддів, підготуватись до процесу, за допомогою використання стислого обсягу інформації.

3. Запровадити у кримінальному процесі обов'язкове проведення «попереднього засідання» за прикладом японської системи для вирішення питань належності та допустимості доказів для спрощення процесу перед залученням присяжних – «упорядкування перед судовим слідством». Такий процесуальний «фільтр» дозволяє вирішити питання щодо допустимості доказів до початку розгляду справи по суті, а отже, забезпечує дотримання принципу процесуальної економії.

Окрім спрощення самого процесу, вирішення питання допустимості та належності доказів могло би зменшити рівень маніпулювання суспільною думкою в частині права українських судів «ухвалити рішення щодо допустимості (належності) доказу в нарадчій кімнаті», що часто використовується для того, щоб похитнути довіру до безсторонності й об'єктивності судових рішень, отже, підриває довіру до суду загалом.

4. Запровадити інтерактивну форму дослідження доказів на судових засіданнях, щонайменше для справ, які розглядаються спільною колегією за участі присяжних, для скорочення строку розгляду справ завдяки оптимізації викори-

стання робочого часу. Для цього вважається за доцільне обладнати щонайменше одну судову залу кожного з місцевих судів загальної юрисдикції, що розглядають кримінальні справи, екранами для виведення зображень, що становлять доказову базу, для кожного із членів колегії. Окрім того, у Японії інтерактивність стала також частиною програми «зрозуміле правосуддя», що передбачає спрощення процесу для розуміння його будь-яким пересічним громадянином.

5. Розробити якісну методичку навчання кандидатів у присяжні для попереднього інструктування потенційних присяжних перед початком розгляду справи. Інструкція повинна включати: пам'ятку про права й обов'язки присяжного, межі розгляду справи, основні положення кримінального законодавства, які необхідно враховувати під час заслуховування доказів сторін тощо.

Висновки. Підсумовуючи наведене, можна зазначити, що суд за участю присяжних засідателів, безсумнівно, відіграє важливу роль у формуванні правової свідомості і правової культури народу. Займаючись реформуванням інституту участі народу у здійсненні правосуддя, необхідно пам'ятати, що правосуддя, що відправляється «судом рівних», у демократичному суспільстві розцінюється як життєво необхідна соціально-політична підсистема, за допомогою якої реалізуються основні права й обов'язки громадян країни, підтримується їхня віра в торжество справедливості. Залучення представників народу до здійснення правосуддя через запровадження дієвого й ефективного механізму, у свою чергу, відображається на рівні довіри народу до судової влади. Тож, зважаючи на те, що відсутність довіри до судів є однією з найбільш важливих, на думку автора, проблем судової гілки влади, досвід Японії обов'язково має бути використаний у реформі інституту участі народу у здійсненні правосуддя в Україні.

Література

1. Evaluating the lay judge system, 10 years on. *The Japantimes* : Web site. URL: <https://www.japantimes.co.jp/opini/2019/05/05/editorials/evaluating-lay-judge-system-10-years>.
2. Ministry of Justice. The jury system that was once used in Japan (jap). URL: http://www.moj.go.jp/keiji1/saibanin_koho_gallery02.html (дата звернення: 18.09.2020).
3. Rieko Kage. Let the People Judge: The Introduction of the Jury System in Japan in Comparative Perspective : Lecture. Japan, September 2, 2015. P. 1–45. URL: [https://ceas.yale.edu/sites/default/files/files/Let%20the%20People%20Judge%20\(Chapter%201\).pdf](https://ceas.yale.edu/sites/default/files/files/Let%20the%20People%20Judge%20(Chapter%201).pdf).
4. Saiban-in System. The Ministry of Justice : Web site. URL: http://www.moj.go.jp/ENGLISH/m_hisho06_00010.html (дата звернення: 18.09.2020).
5. Tsuyoshi Takagi. About “People’s Participation in Justice” (jap). URL: <https://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai31/31betten2.html> (дата звернення: 18.09.2020).
6. Звіт за результатами дослідження «Ставлення громадян України до судової системи». URL: <http://razumkov.org.ua/napriamky/sotsiologichni-doslidzhennia/stavlennia-gromadian-ukrainy-do-sudovoi-systemy> (дата звернення: 18.09.2020).
7. Коморида Акио. В Японии эта система называется судом с участием saiban-in. *Юрист : специализированный ежемесячный журнал*. 2012. № 10. URL: <https://journal.zakon.kz/4521793-v-japonii-jeta-sistema-nazyvaetsja.html>.
8. Коморида Акио. Суд с участием судебных заседателей: новая система участия граждан в отправлении правосудия в Японии. *Lex Russica*. 2012. № 2. С. 396–409. URL: http://lexrussica.ru/articles/article_208.html?issue=lexrussica-2-2012.
9. Мишина Е. Реформа системы правосудия в Японии. *Право : журнал Высшей школы экономики*. 2011. № 3. С. 112–119.

10. Реховский А. Об участии народных заседателей в уголовном судопроизводстве Японии. *Судебная власть и уголовный процесс*. 2015. № 4. С. 291–296.

11. Реховский А. Эволюция суда присяжных в Японии. *Всероссийский криминологический журнал*. 2016. Т. 10. № 3. С. 590–597.

12. Руденко В. Система смешанных судов в Японии. Дискурс-Пи. 2009. С. 141–145. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/sistema-yaopnskih-sudov-s-grazhdanskim-uchastiem-saiban-in-seidov-diskurse-pravovyyh-kommunikatsiy/viewer>.

Анотація

Алексеева А. О. Щодо стандартів участі народу у здійсненні судочинства в Японії. – Стаття.

Проблема участі народу у здійсненні судочинства є перманентною для української судової системи із часів незалежності. Неодноразово були здійснені спроби реформування інституту народних засідателів та присяжних, які фактично не мали необхідного результату, що підтверджується опитуваннями щодо рівня довіри народу до судової гілки влади та практичними проблемами залучення присяжних до участі в судових засіданнях.

Звичайно, проблема реформування і розвитку судової системи не може бути вирішена у відриві від міжнародного досвіду, особливо країн зі схожим історичним досвідом і тих, які тривалий час присвятили пошуку оптимальної моделі залучення народного елемента та вирішенню питань, найбільш гострих для нашої судової влади.

У даному контексті автор вирішила проаналізувати японську систему залучення народного елемента до здійснення судочинства в контексті останньої судово-правової реформи 2009 року в Японії – країни, яка відмовилась від англо-американської моделі присяжних та створила власну, змішану систему, вдало поєднала основи англо-американської та континентальної моделей. На основі ключових елементів змішаної системи японського судочинства було сформульовано перелік пропозицій для вдосконалення наявної системи залучення народу до здійснення судочинства в Україні, зокрема: забезпечити необхідну кількість присяжних, встановити розумні строки судового розгляду справи із граничними термінами, забезпечити зрозумілість кримінального процесу для присяжних та запровадити у кримінальному процесі обов'язкове проведення «попереднього засідання».

Десятирічний успішний досвід роботи японської системи саібан-ін дозволяє стверджувати, що вказані пропозиції можуть привести до реального залучення народу України до участі в судочинстві та спрощенні кримінального процесу як передумови ефективної роботи змішаної колегії суддів та представників народу. У процесі реформування інституту участі народу у здійсненні правосуддя необхідно пам'ятати, що правосуддя, що відправляється «судом рівних», у демократичному суспільстві розцінюється як життєво необхідна соціально-політична підсистема, за допомогою якої реалізуються основні права й обов'язки громадян країни, довіра до судів та віра в торжество справедливості.

Ключові слова: народні засідателі, присяжні, саібан-ін, суд, судова реформа, Японія.

Summary

Aliexsieieva A. O. Regarding standards for people's participation in judicial proceedings in Japan. – Article.

The problem of people's participation in the administration of justice has been permanent for the Ukrainian judicial system since independence. Attempts have been made repeatedly to reform the institute of lay judges and jurors, which in fact did not have the desired result, as evidenced by opinion polls on the level of public confidence in the judiciary and practical problems of involving jurors in court hearings.

Of course, the problem of reforming and developing the judiciary cannot be solved without consideration of international experience, especially in countries with similar historical experience and those that have long devoted themselves to finding the optimal model of involving the people and solving the most pressing for our judiciary issues.

In this context, the author decided to analyze the Japanese system of involving the people's element in the administration of justice in the context of the last judicial reform in 2009 in Japan – a country that abandoned the Anglo-American jury model and created its own, mixed system, successfully combining Anglo-American and Continental models. Based on the key elements of the mixed system of Japanese justice, a list of proposals was formulated to improve the existing system of involving the people in the administration of justice in Ukraine, in particular: to provide the required number of jurors, to set reasonable time limits for the trial with deadlines, to ensure the clarity of the criminal process for jurors and to introduce mandatory “preliminary hearings” in criminal proceedings etc.

Ten years of successful experience of the Japanese system of saiban-in allows to say that these

proposals can lead to real involvement of the people of Ukraine in the proceedings and simplification of criminal proceedings as a prerequisite for effective work of a mixed panel of judges and representatives. Reforming the institution of human participation in the administration of justice, it should be remembered that justice, administered by a “court of equals” in a democratic society, is seen as a vital socio-political subsystem through which the basic rights and responsibilities of citizens, trust in courts and belief in the triumph of justice.

Key words: jury, saiban-in, court, judicial reform, Japan.

УДК 342.951

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i87.2793>*Д. В. Бабенко*

СПЕЦИФІКА АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ГОСПОДАРСЬКИХ ТОВАРИСТВ

Постановка проблеми. Загальновідомо, що з моменту проголошення незалежності України й дотепер триває безупинний розвиток вітчизняної системи підприємництва, що приводить до невпинного збільшення як тих, що вже існують, так і новоутворених корпорацій. Вдала комерційна діяльність, за успішного підходу до менеджменту організації, наділяє власників та управлінців як перспективами, так і реальними можливостями підвищення свого матеріального становища, щороку приваблює левову долю охочих мати свою справу.

На розвиток суб'єктів господарювання, безсумнівно, впливають багато чинників, серед яких, окрім ступеня конкуренції та рівня ринкових відносин, існують вимоги, що відображаються в соціальних потребах, продиктованих суспільством. Багато чинників визначаються і впроваджуються у правомочностях уповноважених компетентних органів – носіїв публічних інтересів. Державна політика, яка характеризується наданням підприємцям обумовленого обсягу свобод та диспозитивності, залишає за собою державний нагляд (контроль) у приватному секторі економіки, а політико-правова організація суспільства повинна забезпечувати реальні можливості функціонування підприємств, гарантувати безпеку та захист учасників господарських відносин від свавільного позбавлення їх капіталу і власності.

Водночас діяльність суб'єктів господарювання сприяє невпинному зростанню залучення грошових та матеріальних активів у різні сфери господарства, підвищенню благополуччя та достатку суспільства. Саме великі корпоративні підприємства є найбільшими платниками податків, що є значним джерелом фінансових надходжень до державного бюджету України й осередком створення нових робочих місць.

Оцінка стану літератури. Аналогічні питання неодноразово ставали предметом розгляду багатьох вітчизняних та закордонних фахівців у галузі права. Так, загальним проблемам адміністративного права, державного управління та контролю присвячено чимало наукових досліджень. Зокрема, вказаним питанням приділялася особлива увага у працях В.Б. Авер'янова, М.І. Ануфрієва, О.М. Бандурки, В.О. Заросила, В.К. Колпакова, В.М. Селіванова, А.М. Чорної та інших; аспекти захисту, дотримання конституційних прав, свобод, законних інтересів фізичних та юридичних осіб досліджували М.І. Ануфрієв, Т.О. Коломоєць, Ю.А. Компанієць, В.В. Копейчиков, Н.М. Пархоменко, О.Ф. Скакун тощо; аналізу діяльності корпоративних підприємств та їхньої взаємодії із суб'єктами владних повноважень присвячувались наукові роботи О.В. Гарагонича, І.В. Дроздової, О.Р. Кібенко, А.С. Мацка, М.В. Руденка, І.В. Спасибо-Фатєєвої, Ю.О. Тихомирова, В.С. Шестак та інших.

Метою статті є узагальнення теоретичних положень, аналіз судової практики та дослідження стану адміністративно-правового регулювання діяльності корпоративних підприємств в Україні.

Результати дослідження. Держава забезпечує нормальний розвиток суспільства та багатьох його соціальних груп через застосування влади та правового впливу, а права – через нормативне регулювання. Проте передумови створення, встановлення основ і засад діяльності, правових механізмів функціонування комерційних підприємств як сукупності людей, об'єднаних спільною метою, віднесені до компетенції органу законотворення – Верховної Ради України, а деякі компетенції розподілені серед конкретних суб'єктів владних повноважень. До них пунктом 7 частини 1 статті 4 Кодексу адміністративного судочинства України, віднесені органи державної влади (зокрема, без статусу юридичної особи), органи місцевого самоврядування, їх посадові чи службові особи, інші суб'єкти під час здійснення ними публічно-владних управлінських функцій на підставі законодавства, зокрема й на виконання делегованих повноважень або надання адміністративних послуг [5].

Отже, останні, які є носіями публічних інтересів, наділені компетенцією адміністративно-правового регулювання у сфері господарських та корпоративних відносин.

О.Ф. Скакун зазначає, що правове регулювання – це здійснюване державою за допомогою права і сукупності правових засобів упорядкування суспільних відносин, їх юридичне закріплення, охорона і розвиток [11, с. 450–488].

Отже, у правовій доктрині адміністративно-правове регулювання можна визначити як цілеспрямований процес здійснення безпосереднього впливу держави за допомогою встановлених легітимних засобів (правові засоби), якими наділені суб'єкти владних повноважень, на учасників відповідних правовідносин. Проте, відповідно до статті 19 Конституції України, органи державної влади, місцевого самоврядування та їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України [6].

Однак правові засоби, які застосовуються під час здійснення адміністративно-правового регулювання, є інституційними утвореннями правової дійсності, які у своєму реальному функціонуванні, використанні у процесі правової діяльності приводять до досягнення визначеного результату у вирішенні соціальних завдань і проблем, що постали перед суспільством і державою на визначеному етапі.

На думку Н.М. Пархоменко, до основних способів правового регулювання відносять [12, с. 111–112]:

– дозволи, тобто надання суб'єктам правовідносин можливостей на свої власні позитивні активні дії;

– заборони – покладання на осіб пасивних обов'язків утриматися від здійснення визначеного роду заборонених дій, які чинним законодавством визначаються як протиправні;

– позитивні зобов'язання – запропоновані особам обов'язки здійснення активних позитивних дій, тобто обов'язки активного змісту, які супроводжує «свій набір» правових засобів і які водночас самі виступають ефективними правовими засобами регулювання суспільних відносин.

На підставі зазначеного вище ми можемо констатувати, що тип адміністративно-правового регулювання для корпоративних підприємств характеризує загальну спрямованість впливу права на суспільні відносини у процесі здійснення підприємницької діяльності останніми, залежно від поєднання двох найбільш суттєвих способів правового регулювання – дозволів і заборон.

Водночас варто зазначити, що наведені вище суб'єкти владних повноважень здебільшого не є безпосередніми учасниками корпоративних правовідносин. Встановлене нормативно-правовими актами їхнє призначення полягає у здійсненні ними контролю за дотриманням корпоративного законодавства й адміністративно-правового втручання для захисту порушених прав учасників корпоративних правовідносин або реалізації управління державними корпоративними правами та наданні адміністративних послуг [1, с. 80–83]. Насамперед публічно-владними суб'єктами корпоративних відносин можуть бути: Міністерство юстиції України, Антимонопольний комітет України, Національний банк України, Національна комісія із цінних паперів та фондового ринку, а також місцеві державні адміністрації тощо.

Водночас, ми вважаємо, що умовно компетенція суб'єктів владних повноважень щодо корпоративних прав поділяється на три великі групи:

1. Повноваження, спрямовані на контроль за дотриманням корпоративного законодавства.
2. Повноваження, спрямовані на захист порушених прав та інтересів активних учасників корпоративних відносин.
3. Повноваження, пов'язані з управлінням державними корпоративними правами.

Упевненим прикладом першої групи повноважень можуть слугувати нещодавні зміни та правові новели законодавства щодо подання передбаченої Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» інформації щодо кінцевого бенефіціарного власника юридичної особи або про його відсутність.

Згідно зі «Змінами до деяких нормативно-правових актів Міністерства юстиції України», затвердженими наказом Міністерства юстиції України № 1626/5 від 12 травня 2020 р., розділ II Порядку державної реєстрації юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань, що не мають статусу юридичної особи, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 9 лютого 2016 р. № 359/5, доповнено новим пунктом 19, яким встановлено, що в разі виявлення державним реєстратором фактів неподання або несвоєчасного подання юридичною особою передбаченої законом інформації про кінцевого бенефіціарного власника юридичної особи або про його відсутність, або документів на підтвердження відомостей про кінцевого бенефіціарного власника юридичної особи, таким реєстратором, не пізніше наступного робочого дня, інформується територіальний орган Міністерства юстиції України за місцезнаходженням відповідної юридичної особи про виявлення відповідних фактів шляхом надсилання відповідного листа [7].

Нещодавні зміни нормативно-правових актів Міністерства юстиції України наділили державних реєстраторів правомочністю здійснення контролю за сво-

ечасністю подання керівником підприємства, особою, яка має право вчиняти дії та подавати документи від імені юридичної особи (без довіреності) або уповноваженою особою (за довіреністю чи іншим документом, що підтверджує її повноваження) відомостей про кінцевого бенефіціарного власника підприємства.

Повноваження, спрямовані на захист порушених прав учасників корпоративних відносин, виконує розгалужена система органів державної влади – від судової системи України до Офісу протидії рейдерству, правоохоронних органів та інших структурних підрозділів держави.

Згідно з підпунктом 4 пункту 3 Положення про Національну комісію із цінних паперів та фондового ринку, одним із її основних завдань є захист прав інвесторів шляхом ужиття заходів щодо запобігання порушенням законодавства на ринку цінних паперів та законодавства про акціонерні товариства і припинення таких із застосуванням відповідних санкцій у межах своїх повноважень [8]. Водночас варто зазначити, що справи про стягнення з учасників фондового ринку штрафів, накладених уповноваженими особами Національної комісії із цінних паперів та фондового ринку, а також про оскарження рішень, дій чи бездіяльності цих осіб підлягають розгляду в порядку адміністративного судочинства як публічно-правові спори на підставі частини першої статті 17 Кодексу адміністративного судочинства України (пункт 8 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами корпоративних спорів») [9].

Нині функціями управління державними корпоративними правами наділені чимало суб'єктів владних повноважень. Серед них суттєвий вплив здійснює Фонд державного майна України, який реалізує державну політику у сфері приватизації, оренди, використання та відчуження державного майна, менеджменту об'єктів державної власності, зокрема й корпоративних прав держави щодо вказаних об'єктів, які належать до сфери його управління, а також у галузі державного регулювання оцінки майна, майнових прав та професійної оціночної діяльності (частина 1 статті 1 Закону України «Про Фонд державного майна України») [4].

Для запобігання зловживанням та іншим неправомірним діям із боку суб'єктів владних повноважень існують і законодавчі обмеження щодо розпорядження Фондом державного майна України майном юридичної особи. Так, вказані обмеження поширюються виключно на підприємства з корпоративними правами держави в їхньому статутному капіталі в розмірі понад 25%. Велика палата Верховного Суду на підтримку наведеного в постанові від 30 травня 2018 р. у справі № 926/4643/16 звертає увагу на те, що суди попередніх інстанцій, які вирішували спір по суті, встановили, що відносини, які склалися між сторонами, виникли стосовно оренди майна публічного акціонерного товариства, що перебуває у процесі приватизації. У таких відносинах Фонд державного майна України здійснює повноваження власника державного майна у процесі приватизації підприємств, установ і організацій, тобто не реалізує в цій частині владні управлінські функції. Водночас наявність у статутному капіталі господарського товариства державної частки (пакет акцій, що належить державі) не змінює правового режиму його майна, яке є приватною власністю господарського товариства. Оскільки державі у статутному капіталі відповідача у справі належить 21,524% акцій, а інші 78,476%

акцій є власністю інших акціонерів, наявні законодавчі обмеження щодо розпорядження майном публічного акціонерного товариства, зокрема й щодо передачі його в оренду, порушують права акціонерів, які були гарантовані законодавством України. Застосування Фондом державного майна України таких обмежень є непропорційним і таким, що порушує загальні принципи господарювання в Україні [10].

Висновки. Адміністративно-правове регулювання відносин, що виникають у процесі здійснення юридичними особами приватного права комерційної діяльності, має істотний вплив як на суб'єктів підприємництва, так і на державу. З'ясовано, що на ефективне функціонування корпоративних підприємств позитивно впливають адміністративно-правові засоби, способи та методи відповідного регулювання наявних правовідносин.

Завданням суб'єктів, що виконують публічно-владні управлінські функції, є встановлення, підтримання й контроль за додержанням загальних та рівних для всіх суб'єктів господарювання умов забезпечення їхньої максимальної спрямованості на задоволення необхідних потреб. В іншому разі порушення законодавства будь-ким з учасників правовідносин має наслідком очевидну невідповідність критеріям законності та порушує справедливий баланс між інтересами корпоративних підприємств і носіями влади.

Перспективи подальших досліджень будуть спрямовані на вивчення специфіки й поетапного упорядкування актуальних аспектів та проблематики правовідносин між суб'єктами владних повноважень та комерційними юридичними особами.

Література

1. Адміністративне право України. Повний курс : підручник / В.В. Галушко та ін. Видання друге. Херсон : Олді-Плюс, 2019. 520 с.
2. Бабенко Д.В. Функціонування корпоративних підприємств як об'єкт адміністративно-правового регулювання в сучасних умовах. *Адміністративно-правова доктрина і практика в умовах сучасних викликів* : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 4–5 червня 2020 р., Київський національний університет імені Тараса Шевченка. Київ, 2020. С. 5–9.
3. Державне управління: проблеми адміністративно-правової теорії та практики : посібник / за заг. ред. В.Б. Авер'янова. Київ : Факт, 2003. 384 с.
4. Про Фонд державного майна України : Закон України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4107-17>.
5. Кодекс адміністративного судочинства України. URL: <https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>.
6. Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254 к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради*. 1996. № 30. С. 141.
7. Наказ Міністерства юстиції України № 1626/5 від 12 травня 2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0429-20>.
8. Положення про Національну комісію із цінних паперів та фондового ринку. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1063/2011>.
9. Про практику розгляду судами корпоративних спорів : постанова Пленуму Верховного Суду України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0013700-08>.
10. Постанова Великої палати Верховного Суду від 30 травня 2018 р. у справі № 926/4643/16. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74506044>.
11. Скакун О.Ф. Теорія держави і права : підручник. Харків : Консум, 2001. 656 с.
12. Теорія держави та права : навчальний посібник / Р.А. Ромашов, та ін. ; за заг. ред. Р.А. Ромашова. Київ : КЮІ МВС України, 2005. 131 с.

Анотація

Бабенко Д. В. Специфіка адміністративно-правового регулювання діяльності господарських товариств. – Стаття.

Стаття присвячена адміністративно-правовому регулюванню функціонування суб'єктів господарювання та ролі окремих органів державної влади у правовідносинах, що виникають під час взаємодії корпорацій із державою. Встановлено, що адміністративно-правове регулювання розуміємо як цілеспрямований процес здійснення впливу держави в особі її компетентних органів за допомогою визначених правових засобів на учасників відповідних правовідносин, зокрема і юридичних осіб. З'ясовано, що призначення суб'єктів владних повноважень під час взаємодії зі сферою господарювання полягає у здійсненні ними контролю за дотриманням корпоративного законодавства й адміністративно-правового втручання для захисту порушених прав учасників корпоративних правовідносин або реалізації управління державними корпоративними правами та надання адміністративних послуг. Фактично, тип адміністративно-правового регулювання для корпоративних підприємств характеризує загальну спрямованість впливу права на суспільні відносини у процесі здійснення підприємницької діяльності.

Здійснено умовний розподіл компетенцій суб'єктів владних повноважень на три великі групи: 1) повноваження, спрямовані на контроль за дотриманням корпоративного законодавства; 2) повноваження, спрямовані на захист порушених прав та інтересів активних учасників корпоративних відносин; 3) повноваження, пов'язані з управлінням державними корпоративними правами.

Окрім того, було уточнено твердження стосовно того, що адміністративно-правове регулювання корпоративних правовідносин має істотний вплив як на всебічну діяльність держави, так і на всіх задіяних у цьому процесі суб'єктів господарювання (підприємницькі та некомерційні суб'єкти). Також досліджено, що на ефективне функціонування корпоративних підприємств позитивно впливають адміністративно-правові засоби, способи та методи відповідного регулювання наявних правовідносин.

З'ясовано, що суттєвим завданням суб'єктів, які виконують публічно-владні управлінські функції, є встановлення, підтримання й контроль за додержанням загальних та рівних для всіх суб'єктів господарювання умов забезпечення їхньої максимальної спрямованості на задоволення чинних необхідних потреб. В іншому разі порушення законодавства будь-ким з учасників правовідносин має наслідком очевидну невідповідність критеріям законності та порушує справедливий баланс між інтересами корпоративних підприємств та носіями влади.

Ключові слова: акціонерні товариства, адміністративно-правове регулювання, господарські товариства, корпоративні підприємства, правове регулювання, публічно-владні управлінські функції, суб'єкти владних повноважень.

Summary

Babenko D. V. Specifics of administrative and legal regulation of companies. – Article.

The article is devoted to the administrative and legal regulation of the functioning of economic entities and the role of individual public authorities in the legal relations that arise in the interaction of corporations with the state. It is established that under the administrative and legal regulation should be seen as a purposeful process of exercising state influence in the face of its competent authorities through certain legal means on the participants of the relevant legal relations, including legal entities. It was found that the purpose of the subjects of power in cooperation with the business sector is to monitor compliance with corporate law and administrative and legal intervention to protect the violated rights of corporate parties or the implementation of state corporate rights management and administrative services. In fact, the type of administrative and legal regulation for corporate enterprises characterizes the general direction of the impact of law on public relations in the process of doing business.

The conditional division of competencies of subjects of power into three large groups has been carried out: 1) powers aimed at monitoring compliance with corporate legislation; 2) powers aimed at protecting the violated rights and interests of active participants in corporate relations; 3) powers related to the management of state corporate rights.

In addition, the statement was clarified that the administrative and legal regulation of corporate relations has a significant impact on the comprehensive activities of the state, and for all involved in this process of business entities (business and non-profit entities). It is also investigated that the effective functioning of corporate enterprises is positively influenced by administrative and legal means, methods and techniques of appropriate regulation of existing legal relations.

It was found that the essential task of entities performing public authority management functions is to establish, maintain and control compliance with the general and equal for all business entities conditions to ensure their maximum focus on meeting the existing needs. In other cases, the violation of the law by any of the participants in the legal relationship results in a clear non-compliance with the criteria of legality and disturbs the fair balance between the interests of corporate enterprises and the authorities.

Key words: joint-stock companies, administrative-legal regulation, business associations, corporate enterprises, legal regulation, public-power administrative functions, subjects of power.

УДК 340

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i87.2794>*А. І. Бондаренко*

РОЛЬ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА У ПРАВОЗАХИСНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ СУЧАСНОЇ ДЕРЖАВИ

Центром дослідницького інтересу стане проблематика державного правозахисту як елемента доктрини верховенства права, яка сьогодні переживає свій ренесанс. Чи можливий державний правозахист за умов відсутності верховенства права? Чи обов'язково верховенство права передбачає повагу й захист прав людини? Наскільки тісно пов'язаними є концепти соціальної справедливості, людських прав і верховенства права в контексті розвитку сучасних моделей соціальної держави, які поступово відходять від класичного розуміння цього поняття? Усі ці питання потребують відповіді для повного і всебічного осмислення проблематики правозахисної діяльності держави як однієї із центральних складових частин соціального прогресу.

Перед аналізом співвідношення державного правозахисту, верховенства права і соціальної справедливості варто розглянути питання про співвідношення верховенства права і прав людини. Хоч у вітчизняній юриспруденції досить поширена думка про те, що верховенство права імпліцитно й апіорно передбачає певний стандарт прав людини [1; 2; 3; 4; 5], взаємодія цих двох фундаментально важливих для політичної і правової філософії ідей є не такою однозначною.

У теорії верховенства права відомим є протистояння двох основних підходів: вузького і широкого, або ж «слабкого» і «сильного», або ж формального й субстантивного. Відповідно до вузького (слабкий, формальний) підходу, верховенство права і права людини є незалежними один від одного концептами, між якими не існує жодних зв'язків і взаємозумовленості. Мабуть, найбільш вичерпно і майстерно формальний підхід до верховенства права виклав Дж. Раз у своєму есе «Верховенство права та його чеснота» [6]. Дж. Раз відкидає будь-яку моральну або гуманістичну нормативну наповненість верховенства права, зосереджує увагу на тому, що верховенство права є передусім якістю певної правової системи. Право може існувати і за умов відсутності верховенства права, однак воно водночас буде мало-ефективним, ненадійним і не надто авторитетним. У цьому контексті він пропонує відому метафору, яка підкріплює його тезу про морально-гуманістичну нейтральність права, отже, і верховенства права. Ніж є інструментом, який використовується для різних цілей: ним можна різати овочі, а можна вбити людину. Одна із принципових якостей ножа, яка робить його гарним, або ж добрим, ножем, – це його гострота. Гострий ніж – це гарний, добрий ніж. Але він є добрим і гарним безвідносно до жодної морально-гуманістичної парадигми, а тому має мало спільного з добром як таким. Гарним, добрим ножем можна так само різати овочі, а можна й убивати людей. Право також є інструментом, хоча й більш специфічним. Право, як сформулював свого часу Лон Фуллер, є особливою соціальною справою,

процесом підкорення поведінки людей зводу правил [7, с. 11]. Як і в ножа, у права як інструмента є якості, які дають нам змогу визнати його добрим, або ж гарним, правом. Ці якості, як і гострота ножа, можуть не мати нічого спільного з моральними ідеалами. Такими якостями права є те, що правила мають бути стабільними, зрозумілими й відкритими, що закони мають створюватися відповідно до прозорої процедури, що суди мають бути легкодоступними й незалежними, що правозастосовний розсуд не повинен бути настільки широким, щоби створювалася можливість перекручування змісту законів тощо.

Інший популярний варіант концептуалізації верховенства права з погляду формального підходу запропонував Ф.А. Гайек. Для нього верховенство права означає, що «уряд мусить виконувати правила, встановлені і проголошені задалегідь, – правила, що дають змогу з певністю передбачати, як влада використовуватиме свої повноваження зі здійснення примусу за певних обставин, і планувати власні справи на підставі цього знання» [8, с. 91]. Тут акцентується: верховенство права є радше станом передбачуваності й стабільності, аніж певною інструментальною характеристикою права. Австрійський економіст так само не пропонує субстантивної взаємозумовленості верховенства права і прав людини, робить наголос саме на формальному боці правил, а не на їхньому змісті.

Широке розуміння верховенства права неодмінно передбачає зв'язок між правами людини і правовою нормативністю, причому цей зв'язок не вичерпується зводом формальних вимог щодо того, якими мають бути закони. Цей зв'язок є більш глибоким і передбачає онтологічну взаємозумовленість і переплетеність цих концептів. Як уважає П.М. Рабінович, верховенство права постає як особливий феномен, як «взаємозумовлене існування та взаємоузгоджена реалізація основоположних прав і обов'язків (тобто природних соціальних – точніше, соціально-природних – можливостей і необхідностей) людини, а також людських спільнот, об'єднань й усього суспільства» [5, с. 6–7]. Схожої, хоча й базованої на відмінних методологічних позиціях, думки дотримується також М.І. Козюбра, коли твердить, що «права людини і верховенство права є нероздільними, це явища однієї сутності» [2, с. 69]. Це, на його погляд, зумовлює фундаментальне призначення верховенства права: слугувати містком між управлінсько-адміністративною сферою, де панує державний механізм, і гуманістичною сферою, зорієнтованою на права людини. Саме тому спрямованість діяльності органів влади та їх посадових осіб на забезпечення фундаментальних, невідчужуваних прав людини розглядається сучасною правовою теорією і судовою практикою, зокрема Європейським судом з прав людини та конституційними судами багатьох європейських країн, як безпосередній прояв реалізації верховенства права. В іншій своїй публікації М.І. Козюбра підкреслює, що «першою вимогою до утвердження в суспільстві верховенства права є те, що природні, невід'ємні і невідчужувані права і свободи людини набувають вирішального значення у відносинах між нею і державною владою» [9, с. 4].

Дотримання прав людини визнається вимогою верховенства права також і Венеціанською комісією, яка, утім, пропонує стриманіший підхід до співвідношення цих понять і констатує, що «дотримання верховенства права і дотримання прав людини не обов'язково є синонімами. Проте великою мірою обидві концепції збіга-

ються між собою» [10, с. 15]. Справді, не всі права людини можуть бути виражені через верховенство права і навпаки. В.В. Лемак у результаті проведення аналізу зв'язку каталогу людських прав із доктриною верховенства права також підкреслює, що верховенство права не може мати своєю вимогою захист усіх без винятку прав.

У теорії верховенства права статус прав людини як елемента чи вимоги верховенства права є досить дискусійним. Однак навіть якщо вважати, що верховенство права таки потребує втілення міжнародних стандартів прав людини в національному законодавстві й реальній практиці їх поваги та захисту, постає питання, які саме права становлять мінімум такого зобов'язання? Чи повинна правозахисна функція сучасної держави бути орієнтованою на реалізацію всього пакета прав, які сьогодні визнаються міжнародною спільнотою? І чи можливо це за умов різкої соціально-економічної нерівності між державами? А особливо – чи можливо це з урахуванням різних політичних орієнтацій урядів сучасних держав? Наприклад, США відомі своїм неоднозначним ставленням до права на охорону здоров'я. По суті, за американським законодавством охорона здоров'я не є правом, вона є радше привілеєм, який купується за вельми великі гроші (ціна на медичну страховку у США є найвищою у світі). Це пов'язано передусім із політичними нюансами й протистоянням двох ключових американських партій, а також специфікою політичної традиції цієї країни, де охорона здоров'я завжди розумілася як дещо радикально «ліве».

Зауважимо, що Європейський суд з прав людини традиційно є більш обережним у справі визнання тих чи інших прав такими, які потрібно поважати й імплементувати незалежно від культурних відмінностей. У цьому сенсі справа “*Oliari and others v. Italy*” [11] є показною, бо в ній Суд уперше визнав неможливість офіційного оформлення одностатевих стосунків порушенням прав людини.

Можна виділити три форми правозахисту, скеровані на соціальну сферу. Перша форма – мінімальна, яка сумірна з найменшим колом державного правозахисту, – це так звана позитивна держава, де соціальне забезпечення базується на індивідуалізмі та захисті корпоративних інтересів. Соціальна політика тут є лише засобом контролю, «амортизатором» соціальних конфліктів, а на соціальні потреби виділяється досить незначна частка коштів державного бюджету. З юридичного погляду ця модель характеризується відсутністю розвинутої системи соціального законодавства, натомість діють численні програми соціальної підтримки населення, до яких постійно вносяться поточні коригування. По суті, така форма соціальної держави не передбачає активного правозахисту в соціальній сфері, а лише мінімальну участь державного механізму в гарантуванні й забезпеченні соціальних прав. Однак така модель є достатньою з того погляду, що вона передбачає егалітаристський підхід до проблем соціальної рівності, і тому держава, хай навіть побіжно й несистемно, але долучається до соціального процесу соціального вирівнювання. Це дає змогу, з одного боку, дотримуватися міжнародних зобов'язань у сфері прав людини, з іншого – лишатися в ідеологічному полі верховенства права, базованому на ідеях рівності й індивідуальної автономії. Найбільш показовою країною, яка використовує таку модель соціального правозахисту, є США [12, с. 36–36].

Однак сфера державного правозахисту в соціальній галузі може бути суттєво розширена. Інше концентричне коло, яке визначає активність держави у правозахисті, – це «держава соціальної безпеки», що проводить політику повної зайнятості, забезпечує всім громадянам гарантований мінімальний рівень життя і рівність шансів, але не матеріальну рівність (Франція, Великобританія, Іспанія) [13, с. 425]. Така модель визначається більш активним правозахистом у соціальній сфері. По суті, правозахист тут пов'язаний не лише з безпосереднім захистом прав, але й зі створенням соціально-економічних передумов їх непорушення. Соціальні й економічні права можуть гарантуватися тоді, коли для цього створено належні передумови, і вони не можуть вичерпуватися лише формальною рівністю й індивідуальною автономією, як того вимагає верховенство права. Тобто в рамках цієї моделі держава вже певною мірою виходить за межі базових вимог верховенства права.

Нарешті, третя, найширша модель – «держава загального добробуту», у якій забезпечуються рівність, кооперація і солідарність усіх членів суспільства. Соціальна політика щодо всіх без винятку є однаковою. Характерними рисами такої моделі є зменшення різниці в заробітній платі, повна зайнятість, забезпечення трудящим панівного становища в політиці (скандинавські країни) [14]. Тут правозахист деякою мірою збігається із соціальною політикою як такою, і є немислимим без неї.

Отже, зв'язок проблем верховенства права, соціальної справедливості та прав людини зумовлює необхідність побудови інтегральної моделі правозахисної функції сучасної держави, моделі, яка досить адаптивна для того, щоби бути доступною для держав із відмінним рівнем економічного розвитку і водночас такою, що передбачає активний державний правозахист. Цей правозахист не може обмежуватися політичними і громадянськими правами, на чому традиційно акцентується увага в рамках доктрини мінімальної держави, а неодмінно має охоплювати і соціальні права, бо вони, як і громадянські й політичні права, можуть визначати сучасне розуміння верховенства права як егалітаристської ідеології, пов'язаної з людською гідністю. Соціальна справедливість сьогодні стає рушійним чинником відновлення ідеї соціальної держави, переосмислення її засад з погляду верховенства права і системи прав людини. У цьому сенсі майбутнє соціальної держави полягатиме у створенні інтегральної системи державного правозахисту, у рамках якої різниця між негативними і позитивними правами як предметом правозахисної функції буде несуттєвою.

Література

1. Горбань В.І. Проблема взаємозв'язків верховенства права з демократією і правами людини. *Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди. Серія «Право»*. 2017. Вип. 26. С. 118–138.
2. Козюбра М.І. Верховенство права, права людини і місцеве самоврядування: проблеми взаємозв'язків. *Наукові записки Національного університету «Києво-Могилянська академія». Серія «Юридичні науки»*. 2017. Т. 200. С. 67–71.
3. Колодій А.М. Демократія, верховенство права та права людини у контексті європейської інтеграції України. *Юридичний вісник. Серія «Повітряне і космічне право»*. 2008. № 2. С. 33–38.
4. Лемак В.В. Соціально-економічні права людини в контексті верховенства права: вітчизняний досвід закріплення та застосування. *Вісник Академії правових наук України*. 2010. № 1. С. 40–48.

5. Рабінович П.М., Луців О.М. Верховенство права : сучасні вітчизняні підходи до інтерпретації. *Вісник Академії правових наук України*. 2012. № 2. С. 3–16.
6. Raz J. *Rule of Law and Its Virtue. Authority of Law : Essays on Law and Morality*. 2nd ed. New York : Oxford University Press, 2009. P. 210–230.
7. Фуллер Л.Л. *Анатомія права*. Київ : Сфера, 1999. 144 с.
8. Хайек Ф. А. *Право, законодавство и свобода*. Москва : ИРИСЭН, 2006. 644 с.
9. Козюбра М.І. Принцип верховенства права і правової держави: єдність основних вимог. *Наукові записки Національного університету «Києво-Могилянська академія». Серія «Юридичні науки»*. 2007. Т. 64. С. 3–9.
10. Верховенство права : доповідь, схвалена Венеційською комісією на 86 му пленарному засіданні, Венеція, 25–26 березня 2011 р. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/6b6c1e2e6ad3e2fcc225745c0034f4cc/229b826c8ac787dec2257d87004987c3/\\$FILE/CDL-AD\(2011\)003rev-ukr.pdf](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/6b6c1e2e6ad3e2fcc225745c0034f4cc/229b826c8ac787dec2257d87004987c3/$FILE/CDL-AD(2011)003rev-ukr.pdf) (дата звернення: 10.04.2017).
11. Oliari and others v. Italy (Applications № № 18766/11 and 36030/11). URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-156265"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
12. Овсієнко О.В. Розбудова соціальної держави в Україні: пошук оптимальної економічної моделі. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». Серія «Економічна теорія та право»*. 2013. № 3. С. 34–46.
13. Намчук В.А. Розвиток соціальної держави в країнах ЄС. Актуальні проблеми державного управління. 2011. № 2. С. 423–430.
14. Богданов В.С. Ідея справедливості в соціальній політиці сучасної демократичної держави: політико-правовий вимір. *Актуальні проблеми держави і права*. 2011. Вип. 58. С. 30–37.

Анотація

Бондаренко А. І. Роль верховенства права у правозахисній діяльності сучасної держави. – Стаття.

Соціальна справедливість субстантивно пов'язана з верховенством права і правами людини, а тому вона має розглядатися у площині державного правозахисту. Зв'язок цих трьох концептів, а також встановлена нами закономірність, що принаймні деякі допущення соціальної несправедливості в державі можуть вести до порушення прав людини й відхилення від верховенства права, створюють підґрунтя для характеристики однієї з тенденцій реалізації правозахисної функції сучасними державами. Йдеться передусім про ренесанс ідеї соціальної держави, яка була проголошена мертвою й утопічною на початку світової фінансової кризи 2008 року. Зараз, після десяти років відновлення, ідеї соціальної державності знову починають набувати концептуальних обрисів і все частіше потрапляють у фокус стратегічного планування правозахисної функції держави. У зв'язку із цим важливо простежити, як змінилося сучасне уявлення про соціальну державність в останніх дослідженнях у царині верховенства права і прав людини.

Розширення концентричної системи державного правозахисту є закономірністю нашого часу, яка пов'язана насамперед з адаптацією глобальної політичної програми сталого розвитку. Ідеологія сталого розвитку передбачає поступове розширення меж соціального державного правозахисту, щоб гарантувати прийдешнім поколінням більш справедливе й рівноправне майбутнє. Права людини безпосередньо пов'язані з доктриною верховенства права, що, своєю чергою, породжує зв'язок між ними і соціальною справедливістю. Суперечливість проблеми належності соціальної справедливості до вимог верховенства права вирішується шляхом запровадження концентричної моделі соціальної держави, у рамках якої розрізняють три межові форми соціальної справедливості, визначені через права людини. Перша форма – мінімальна, яка збігається з найменшим колом державного правозахисту, – це так звана позитивна держава, де соціальне забезпечення базується на індивідуалізмі та захисті корпоративних інтересів. Інше концентричне коло, яке визначає активність держави у правозахисті, – це «держава соціальної безпеки», що проводить політику повної зайнятості, забезпечує всім громадянам гарантований мінімальний рівень життя і рівність шансів, але не матеріальну рівність. Третя, найширша форма – «держава загального добробуту», у якій забезпечуються рівність, кооперація і солідарність усіх членів суспільства.

Ключові слова: права людини, форми правозахисту, соціальна справедливість, позитивна держава, рівність.

Summary

Bondarenko A. I. The role of the rule of law in the human rights activities of the modern state. – Article.

Social justice is substantively linked to the rule of law and human rights, and should therefore be seen in the field of state human rights. The connection of these three concepts, as well as the regularity established by us that at least some assumptions of social injustice in the state can lead to human rights violations and deviations from the rule of law, create a basis for characterizing one of the tendencies of modern states. It is primarily a renaissance of the idea of the welfare state, which was declared dead and utopian at the beginning of the global financial crisis in 2008. Now, after ten years of recovery, the idea of social statehood is beginning to take on conceptual shape and increasingly become the focus of strategic planning. In this regard, it is important to see how the current view of social statehood has changed in recent research on the rule of law and human rights.

The expansion of the concentric system of state human rights is a regularity of our time, which is primarily related to the adaptation of the global political program of sustainable development. In general, the ideology of sustainable development envisages the gradual expansion of the boundaries of social state human rights protection in order to guarantee future generations a more just and equal future. Human rights are directly linked to the doctrine of the rule of law, which in turn creates a link between them and social justice. The contradiction of the problem of belonging of social justice to the requirements of the rule of law is resolved by introducing a concentric model of the welfare state, which distinguishes three boundary forms of social justice, defined through human rights. The first form – the minimum, which coincides with the smallest circle of state human rights – is the so-called positive state, where social security is based on individualism and protection of corporate interests. Another concentric circle that determines the activity of the state in human rights is the “state of social security”, which pursues a policy of full employment, provides all citizens with a guaranteed minimum standard of living and equal opportunities, but not material equality. The third, broadest form is the “welfare state”, which ensures equality, cooperation and solidarity of all members of society.

Key words: human rights, forms of human rights protection, social justice, positive state, equality.

УДК 342.34 + 321.72

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i87.2795>*О. Ю. Водяніков*

ДЕМОКРАТІЯ І КОНСТИТУЦІЯ: ПРИХОВАНІ ПАРАДОКСИ

Постановка проблеми. У ХХ ст., після періоду тоталітарного апогею модерної держави в період, який Е. Гобсбаум назвав «століттям крайнощів» [див.: 1], настав період постмодерної держави з її демократичними цінностями, правами людини і конституціоналізмом. Зараз постмодерна держава зазнає не менш карколомних змін. Демократичні режими, що здавалися непохитними, страждають від зростання популізму і ксенофобських настроїв. Глобальний занепад легітимності державних і наддержавних установ і поступове перетікання реальної суспільної влади до неконвенційних акторів, від потестарних ієрархій до мереж [див.: 2] – усі ці й інші ознаки вказують на парадигматичний зсув, що відбувається останні двадцять років у сучасній цивілізації.

«Ми десятиліттями не бачили нічого подібного. Ми не знаємо, куди це нас приведе. Ми не уявляємо наскільки все серйозно». Ці слова, які найбільш точно відображають розгубленість, що панує серед дослідників політико-правових процесів у світі, написав Л. Даймонд зі Стенфордського університету. На його думку, світ уже зараз переживає період «реcesії демократії» [3].

У чому полягають причини такої реcesії демократії? Невже теорія циклічності історії має сенс, і світ повертається до буремного міжвоєнного часу першої половини ХХ ст., коли демократії, що постали на уламках європейських імперій, стрімко зазнавали краху одна за одною? Чому демократичні режими в багатьох країнах виявляються нездатними протистояти викликам популізму й авторитаризму?

Однак якщо поглиблено і всебічно проаналізувати концепцію сучасної ліберальної демократії та конституційного ладу, стають наочними ті парадокси, що були закладені в саму основу сучасного конституціоналізму і концепції демократії в повоєнний період. Саме в цих парадоксах, власне, варто шукати концептуальні причини тих прихованих конфліктів між демократією і конституціоналізмом, що стають явними зараз у багатьох країнах світу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання співвідношення демократії та конституціоналізму і, зокрема, суперечності, що виникають з їхньої взаємодії, – досить нова тема в наукових дослідженнях. У закордонній науковій літературі ця тематика була предметом дослідження у працях Р. Беламі, С. Гріфіна, С. Ісачарофа, Дж. Маккорміка, С. Тієрнея, А. Шайо, Н. Уолкера. Фокус цих досліджень був спрямований на проблематику конфлікту між установчою владою і конституційною формою, між політикою і правом, між народовладдям і парламентаризмом. Говорячи про загально доктринальні дослідження демократії, необхідно згадати роботи теоретиків демократії Г. Алмонда, Р. Арона, С. Верби, С. Гантінгтона, Л. Даймонда, Р. Даля, Р. Дарендорфа, Б. Кріка, А. Лейпхарта, С. Ліпсета, Дж. Сарторі, Ю. Хабєрмаса, Ф. Шміттєра, Й. Шумпетєра й інших.

Вагомий внесок у розроблення проблематики конституціоналізму та його взаємозв'язку з демократією зробили ціла низка вітчизняних дослідників, зокрема: М.О. Баймуратов, Ю.Г. Барабаш, О.В. Батанов, О.П. Васильченко, С.П. Головатий, М.І. Козюбра, В.П. Колісник, А.А. Мелешевич, М.І. Мельник, Н.В. Мішина, М.В. Орзіх, О.В. Петришин, В.Ф. Погорілко, С.П. Погребняк, В.В. Речицький, М.В. Савчин, А.О. Селіванов, Т.М. Слінько, П.Б. Стецюк, Б.Й. Тищик, Ю.М. Тодика, В.Л. Федоренко, М.В. Цвік, В.М. Шаповал, С.В. Шевчук, Ю.С. Шемшученко, О.В. Щербанюк та інші.

Суттєві зміни, що відбуваються в демократичному урядуванні, зростання популярності і кризових явищ у сучасних демократичних державах, криза легітимності державних і наддержавних установ зумовлюють необхідність переосмислення чинних концепцій і підходів до розуміння фундаментальних для теорії конституційного права та теорії демократії категорій та понять.

Метою статті є здійснення наукової розробки теоретичних аспектів співвідношення демократії і сучасного ліберального конституціоналізму, науково-теоретичне дослідження й обґрунтування суперечностей між ними, виявлення їхніх витоків і закономірностей. Визначена мета статті зумовила необхідність вирішення трьох ключових завдань.

По-перше, у ній досліджено виникнення й етимологію терміна «демократія». Адже, за влучним висловом французького медієвіста Марка Блока, «незнання минулого невідворотно приводить до нерозуміння сучасного. Але, мабуть, настільки ж марні спроби зрозуміти минуле, якщо не уявляєш сучасного» [4, с. 27]. Це стосується і сфери права, оскільки кожне пояснення змін у правових структурах, що є частиною соціальних інститутів, вимагає принаймні певної оцінки і пояснення тих внутрішніх та зовнішніх чинників, які зумовлюють, стримують чи заохочують інституційні зміни.

По-друге, проаналізовано причини виникнення глобального консенсусу щодо поняття «демократії» у його шумпетерівському визначенні, а також вади такого розуміння, зокрема в частині забезпечення нейтральності умов конкуренції за голоси виборців.

По-третє, у статті розглянуто становлення сучасних конституційних запобіжників проти мажоритарного фатуму демократії, окреслено той фундаментальний конфлікт між демократією і конституціоналізмом, що притаманний сучасній постмодерній державі.

Виклад основного матеріалу дослідження. Як зазначає Ф. Грін, демократія – це «не тільки оспорюване, але й надзвичайно неоднозначне поняття» [5, с. 2]. Слідуючи порадам Л. Февра та Ф. Броделя, ключові слова наукового словника варто вживати лише після того, як з'ясуєш, звідки походить відповідне слово, який був його шлях до нас, та чи не вводить воно нас в оману [6, с. 230]. Це особливо слушно щодо такого неоднозначного терміна, як «демократія», який, як це не парадоксально, у сучасному використанні суттєво відрізняється від того значення, яке він мав за свого народження у стародавній Греції.

І тут дуже важливо не потрапити в пастку «позаджерельного знання» чи тиранії «влади дефініцій» [див.: 7, с. 259–266]. Адже конструювання історичного мину-

лого невідворотно відбувається кризь призму сучасних переконань, термінології чи понять, якими оперує дослідник, що веде до «зворотної проєкції сучасності на минуле» [7, с. 265].

Демократія: походження одного терміна. Якщо звернутися до використання терміна «демократія» у філософському, політичному й історичному дискурсах Стародавньої Греції, то ми побачимо, що та форма державного устрою, яку цей термін означав, не викликала великого пієтету. Загальновідомо, що Платон досить вороже ставився до демократії, уважав, що вона уособлює владу *doxa* (суб'єктивної думки) над *philosophia* (мудрість, знання). Так, для Платона серед чотирьох видів хибних державних устроїв (кріто-лакедемонський, олігархія, демократія та тиранія) демократія перебуває на передостанньому місці [див.: 8, с. 241]. Демократія, на його думку, «<...> настає тоді, коли вбогі здобувають перемогу й одних багатіїв убивають, інших виганяють із краю, а решту, зрівнявши у правах, допускають до керівництва державою й посідання високих посад, що за демократичного устрою вирішується здебільшого жеребкуванням» [8, с. 254–255]. Для Аристотеля демократія також була девіацією. Так, розглядаючи форми правління, Аристотель називає три правильні форми правління (царська влада, аристократія та політія), однак демократію він відносить до неправильних форм, що являють собою відхилення: «Відхилення ж від указаних правильних форм такі: відхилення від царської влади – тиранія; від аристократії – олігархія; від політії – демократія. По суті, тиранія – та ж сама монархічна влада, але вона має на меті власні інтереси. Тобто вигоди одного правителя. Олігархія ж пильнує інтереси багатих. Демократія захищає інтереси неімущих верств населення. Жодна із цих форм державного устрою не має на меті загальних інтересів» [9, с. 76–77; докл. див.: 10, с. 112–126].

Сам термін походить від давньогрецького слова *demokratia*, яке було народжене під час запеклої боротьби за владу у грецьких полісах VII–VI ст. до н. е. і початково вживалося на означення певної групи в такій боротьбі та її прихильників. Нині в більшості наукових досліджень цей термін перекладають як «влада народу». Але такий переклад є результатом зворотної проєкції сучасності на минуле.

Якщо поглянути на інші аналогічні терміни давньогрецького словника, якими позначалися інші політичні режими, – *monarchia*, *oligarchia* – то вони, на відміну від *demokratia*, як кваліфікуючу ознаку використовували поняття кількості тих, кому належить влада (*monos* – «один»; *hoi oligoi* – «декілька»). Але *demokratia* як кваліфікуючу ознаку використовує термін *demos*, який стосується певного колективу. Водночас вона не визначає кількість осіб, яким належить влада (адже в такому разі «влада більшості» означалося б не *demokratia*, а *pollokratia* чи *pollarchia*: від *hoi polloi* – «багато», або *plethokratia*: від *plethos* – «більшість»). А сам термін *demos* зовсім не означав «народ» у сучасному розумінні (для цього були інші терміни – *ethnos*, *laos*). Він мав багато відтінків: від сукупності чоловіків – громадян поліса до збіднілих мас [див.: 11, с. 3, 82] чи пролетаріату [12, с. 137] у марксистському розумінні.

Другий важливий нюанс – термін *demokratia* побудований за допомогою слова *kratos*, тоді як в основі *monarchia*, *oligarchia* лежить корінь *-arche*. Використання *kratos/arche* для означення політичних режимів – також важливий термінологічний чинник.

Таблиця 1

Давньогрецька термінологія для означення політичних режимів
у джерелах V–IV ст. до н. е. [докл. див.: 13, 4; 14, 22–29]

	<i>-kratos-</i>	<i>-arche-</i>	<i>інші корені</i>
Влада одного		Monarchia	Tyrannia Basileia
Влада декількох	Aristokratia	Oligarchia	Dunasteia
Влада багатьох	Demokratia Isokratia		Isonomia Isegoria
Інші режими	Timokratia Gynaikokratia	Anarchia	Isomoiria Eunomia Politeia

Як *kratos*, так і *arche* в давньогрецькій означали «влада», але малися на увазі різні типи влади. Так, термін *arche* також означав початок (походження), імперію (владу однієї держави над іншою), посаду, магістрат. Натомість *kratos* означав домінування, правління, здатність. Інакше кажучи, якщо термін *arche* використовувався як влада у взаємозв'язку з посадою чи формалізованою, легітимізованою традицією владою, то *kratos* означав владу в сенсі здатності щось учиняти.

Як підсумовує Дж. Обер, «<...> *demokratia*, що виникає як тип режиму з історичним самоствердженням *demos* у момент революції, означає колективну здатність *demos* діяти в публічній сфері, учинити певні дії. Якщо таке тлумачення правильне, *demokratia* означає насамперед не монопольний контроль із боку *demos* над встановленими раніше посадами, органами влади; *demokratia* не є просто «владою *demos*» у сенсі «вищої чи монопольної влади *demos* щодо інших потенційних суб'єктів влади в державі». Вона радше означає, більш змістовно, «уповноважений *demos*» – тобто режим, за якого *demos* набуває колективної здатності змінювати публічну сферу» [13, с. 7].

Смислове забарвлення кореня *-kratos-*, яке ми знаходимо у Платона («<...> демократія, на мій погляд, настає тоді, коли вбогі здобувають перемогу <...>», «Власне, саме так і постає демократія, <...> чи то відбувається це за допомогою збройної сили, а чи противники, перейнявшись страхом, відступлять» [8, с. 254, 255]), деякою мірою підтверджує насильницький характер, який окремі дослідники вкладають у тлумачення цього кореня у слові «демократія» [див.: 15, с. 37]. Це також знаходить своє підтвердження у смисловому навантаженні, якого набуває *demokratia* в римську епоху: «влада над народом, над громадою». Так, у Апіана Касій і Брут після вбивства Цезаря звернулися до натовпу і, серед іншого, запропонували викликати з Іспанії Секста Помпея, сина Помпея Великого, що «воював за демократію» із Цезарем [16, с. 153]. Також Діон Касій, римський історик, за свідченням Феодосія Диякона, називав диктатора Сулу словом *demokrator* [див.: 15, с. 14; 17, с. 47].

Така етимологія слова «демократія» пояснює, чому великі мислителі Античності з такою обережністю, а деякі і вороже, ставилися до демократії, уважали її

якщо не хворобою, то небезпечною соціальною девіацією, або принаймні не найкращою формою правління. Для стародавніх греків та римлян найважливішою концепцією суспільного урядування була *res publica* (аристотелівська *politeia*).

Для того, щоб зрозуміти, звідки бере початок модерне розуміння демократії та народовладдя, варто звернутися до історії концепції *res publica*, яка відкриває нам витoki не тільки цих концепцій, але й ті чинники, що визначили траєкторію розвитку нашої цивілізації, зокрема й важливий взаємозв'язок між становленням полісних форм урядування і виникненням ідеї законодавства. Для ілюстрації такого зв'язку досить лише згадати, що найдавніші закони Стародавньої Греції, що збереглися дотепер, а саме закони міста Дрерос на острові Крит (650–600 рр. до н. е.), стосуються врегулювання питань, пов'язаних із перебуванням осіб на виборних посадах [текст закону в перекладі англійською див.: 18, с. 2–3].

Питанню становлення полісної системи у Стародавній Греції присвячено багато наукових праць. Однак варто зробити важливе застереження щодо вживання терміна «поліс» [докл. див.: 19, с. 14]. По-перше, як показали останні дослідження, у цю категорію віднесені, за класичною науковою конвенцією, поселення та політти, різнопланові як у хронологічному сенсі, так і в соціальному. Водночас цей термін не охоплює весь спектр політти, що постали у Стародавній Греції у XII–IX ст. до н. е. Адже процеси формування міста, держави та поліса не завжди збігаються: не всі давньогрецькі держави мали у своїй основі поліс, не всі міста стали полісами і не всі поліси були містами [19, с. 14; 20, с. 288–312].

Полісна система постає на уламках Мікенської цивілізації, що загинула в історичних подіях, які дістали назву «катастрофа Бронзової доби» (XIII–XII ст. до н. е.). Ця катастрофа спричинила цілковитий колапс палацової системи мікенської Греції, значний занепад матеріальної культури і соціальної організації, зокрема повернення до кочового способу життя в деяких районах. Система палацової адміністрації, яка здійснювала тотальний контроль за населенням, була знищена. Міста занепали, частина з них були назавжди залишені мешканцями, інші перетворилися на невеликі поселення. Але головне – паттерни урбанізованого життя, засновані на чіткому ієрархічному принципі і побудовані навколо палацу з його адміністрацією та товарними запасами, були зруйновані. Уже у X ст. до н. е. мікенські міста, які з тієї чи іншої причини цей катаклізм оминув, остаточно припиняють існувати (як це відбувалося в мікенських Афінах, де місто архаїчної епохи розвивається поряд із містом мікенської доби)¹. Натомість виникає нова парадигма

¹ Наслідки катастрофи бронзової доби були різними для різних частин Греції. Останні дослідження показують, наприклад, що Атика, Дельфи та Мілет не зазнали руйнувань, подібних до тих, у яких загинули Мікени, Іolk, Пілос та інші міста. Але дані з більшості інших місцевостей, наприклад, Еліди, Фокіди тощо, підтверджують трагічну картину руйнувань і занепаду. Як підсумував Дж. Девіс, «регіональні траєкторії вторинного заселення і розвитку в Темні віки і після явно відрізнялися настільки сильно одна від одної за характером, масштабами та хронологією, що навряд чи можна вивести єдину модель для «становлення поліса»» [19, с. 13]. У будь-якому разі вже в IX ст. до н. е. всі суттєві сліди великої мікенської цивілізації зникли, за винятком величких руїн її палаців та міст [див.: 22, с. 15].

общинного життя, в основі якої є громада², а не палац чи місто. Цей процес відбувається протягом IX–VIII ст. до н. е. [21, с. 17], коли з подоланням наслідків катастрофи бронзової доби відбуваються стрімке зростання кількості населення, відновлення економічних зв'язків з іншими частинами світу, розвитком матеріальної культури та засобів виробництва.

Приблизно у VIII ст. до н. е. у грецькому суспільстві відбуваються докорінні зміни не тільки в матеріальній культурі, але й у суспільному житті. Цим періодом датується віднайдення алфавітного письма, перші свідчення законодавчої діяльності, початок політичної історії грецького поліса, не говорячи вже про інтелектуальну революцію – розвиток поезії, літератури, матеріальної культури, наукової думки. Ентоні Снодграс назвав цей період «структурною революцією» [22, с. 13], О.І. Зайцев – «культурним переворотом», який за своїм значенням для історії людства дорівнює європейському Відродженню [23, с. 31]. У процесі цієї революції відбувається формування полісної організації у більшості общин Стародавньої Греції (хоча і далеко не в усіх). Згідно з визначенням, яке запропоноване в Реєстрі полісів архаїчного та класичного періодів, укладеному Копенгагенським центром дослідження поліса, у класичний період Стародавньої Греції під полісом розумілася «невелика, високоінституціоналізована і самоврядна громада дорослих громадян-чоловіків (*politai*, або *astoi*), що проживали разом із дружинами та дітьми в міському центрі (що також називався *polis*, або подекуди *asty*) та приміській навколишній території (*chora*, або *ge*), де також мешкали два інші типи населення: іноземці (*xenoi*) та раби. Як політична спільнота *polis* розглядався як вітчизна (*patris*), ідентифікувався із громадянами, аніж із територією» [21, с. 31].

В ідеологічному плані поліс означав новий політичний світогляд: на відміну від влади-власності бронзової доби, концепція влади в полісі набула «громадського» характеру як «спільна річ» (що латиною безпосередньо так і називатиметься – *res publica*), що урядовується громадою, а не є у власності когось [19, с. 16]. Ця парадигма егалітарності, звичайно ж, не означала рівність всіх: грецьке суспільство було сексистським і глибоко расистським.

Підсумовуючи, варто визнати, що, хоча ми справді завдячуємо стародавнім грекам та римлянам виникненню сучасної ідеї народовладдя, ця ідея має мало спільного з давньогрецькою *demokratia*. Сама ідея представницького урядування походить з ідеологем *res publica*, що лежала в основі ідеології давньогрецького поліса. Її становлення, у свою чергу, стало наслідком цивілізаційного катаклізму XIII–X ст. до н. е., коли разом із державами бронзової доби загинула ідея влади-власності. Невеликі громади, що послати на уламках цих держав у Стародавній Греції, були змушені самостійно вирішувати питання оборони, урядування, само-

² Етимологія самого терміна «поліс» вказує на його походження із часів Темних віків (XII–IX ст. до н. е.). Хоча в лінійному письмі Б трапляється термін *po-to-ri-jo* як (частина?) особистого імені, значення якого досі не розшифроване, дослідження індо-європейського коріння цього терміна доводить, що початково він означав «укріплення», «укріплене поселення на узвишші», про що свідчить синонімічне використання «поліса» та «акрополіса» в архаїчний період. Інакше кажучи, цей термін від початку означав не «місто», не «державу» і поготів, а поселення на узвишші з оборонними укріпленнями [21, с. 16–17].

забезпечення тощо. Це вело до консолідації і розвитку суспільного життя. А винахід фонетичного письма дозволив розвивати ідеологічну базу поліса, візуалізувати і фіксувати спільні цінності, ідеали для їх захисту і підтвердження. Саме з такою метою виникає законодавство – візуалізувати і фіксувати рішення, що мають значення для громади, щоби убезпечити від зловживань і порушень.

Демократія: сучасне розуміння. Термін «демократія» досить швидко зникає з обігу в часи Римської імперії і Середньовіччя. В англійській мові він з'являється лише в XVI ст. [24, с. 19]. У цей же час відбувається відродження античної, а точніше, римської традиції республіканізму, яка згодом, у XVIII ст., дасть ідеологічне підґрунтя Американській та Французькій революціям. Ця традиція, у якій терміни «демократія» і «республіка» стають досить наближеними і подекуди синонімічними, зовсім не була «демократичною» у сучасному розумінні, адже заперечувала загальне виборче право [див.: 25, с. 5].

У цей період ставлення до терміна залишалось суперечливим. Так, один із батьків-засновників США Джеймс Медісон писав: «Демократії завжди були сценами смуту та розбрату; завжди виявлялися нездатними гарантувати особисту безпеку або права власності; і загалом були настільки ж скороминущі, як і насильницькі у своєму падінні» [26, с. 83]. На противагу демократії Дж. Медісон висував концепцію республіки. Алексіс де Токвіль півстоліття пізніше також визнавав: «Я сприймаю демократичні інститути розумом, але за інстинктом належу до аристократії, тобто зневажаю натовп і боюся його. Я пристрасно люблю свободу, законність, повагу до прав, але не демократію» [цит. за: 15, с. 33].

У XX ст. термін «демократія» зазнав, мабуть, найбільших маніпуляцій із боку авторитарних і тоталітарних режимів: «президентська демократія» (Абдель Насер, Єгипет), «базова демократія» (Мухамед Айюб Хан, Пакистан) [див.: 27, с. 93], «керована демократія» (Сукарно, Індонезія) [див.: 28, с. 573–575], «органічна демократія» (Франсіско Франко, Іспанія) [див.: 29, с. 43–58], «селективна демократія» (Альфредо Стресснер, Парагвай) [див.: 30, с. 29–51], «неодемократія» (Рафаель Трухільйо, Домініканська Республіка) [див.: 31, с. 448] тощо. Це належало б до категорії історичних курйозів, але за часів Й.В. Сталіна набула нового змісту концепція «народної демократії», сформована для легітимізації державних переворотів у країнах Центральної та Східної Європи після Другої світової війни³ і реанімована у 2014 р. для новоутворень на сході України. В основу цієї концепції покладені «принципи всевладдя керованих робітничим класом народних мас, соціалістичного демократизму, гуманізму й інтернаціоналізму» [34, с. 110]. Примат волі народних мас, що втілюється в концепцію «єдності волі народу» [35, с. 46], робить конституційні форми, законодавчі обмеження і регулювання декларативними, делегітимізує попередній конституційний лад, а сама «народна демократія» виступає як певна перехідна модель управління. Водночас межі між державою і громадянським суспільством стираються, адже за загальною ідеоло-

³ Народна демократія у сталінському розумінні була визначена як нова форма диктатури пролетаріату, а народно-демократична держава як держава перехідного періоду [див.: 32, с. 52; 33, с. 489–510].

гемою народної демократії «держави має повністю злитися із суспільством, <...> його органи й установи будуть перетворені на систему суспільного самоврядування комуністичного суспільства» [цит. за: 35, с. 46]. Це дає ефект розриву в конституційному континуїтеті, що має легітимізувати нове політичне утворення в обхід конституційних процедур, які, хоча і не скасовуються, але визнаються такими, що мають поступитися «народній волі». Це, власне, і відбулося із країнами «народної демократії» після Другої світової війни.

Що ж таке демократія як ідея чи прагнення європейської цивілізації? Дж. Шумпетер досить влучно розвінчав те, що він назвав «класичною доктриною демократії», а саме те, що «демократичний метод полягає в такій сукупності інституційних засобів ухвалення політичних рішень, за допомогою яких реалізується спільне благо шляхом надання самому народу можливості вирішувати проблеми, обираючи індивідів, які збираються для того, щоб виконати його волю» [36, с. 250]. Розглянувши алогічність і неможливість головної тези цієї класичної доктрини щодо можливості народу самому вирішувати проблеми, Дж. Шумпетер запропонував таке розуміння демократії: «демократичний метод полягає у такому інституційному устрої для ухвалення політичних рішень, у якому індивіди набувають владу ухвалювати рішення шляхом конкурентної боротьби за голоси виборців» [36, с. 269].

С. Ліпсет під впливом Дж. Шумпетера дав таке визначення демократії: «демократія (у складному суспільстві) означає політичну систему, яка надає регулярні конституційні можливості для зміни посадових осіб, що урядують. Це є соціальним механізмом для вирішення проблеми здійснення вибору рішень на рівні всього суспільства між групами з різними інтересами, який дозволяє найширшим верствам населення впливати на такі рішення через їхню здатність обирати між різними претендентами на політичні посади <...>. Це визначення передбачає наявність декількох особливих умов: (а) «політичної формули», системи переконань, що легітимізують демократичну систему і визначають конкретні інститути – партії, вільну пресу тощо, – що є легітимізовані, тобто прийняті всіма як належні; (б) одна група політичних лідерів на посадах; (в) одна чи декілька груп лідерів, що не мають посад, і які діють як легітимна опозиція, що намагається вибороти посади» [37, с. 71].

До того ж С. Ліпсет робить спостереження, що і зараз залишається предметом наукових досліджень [див. напр.: 38, с. 5–7; 39, с. 6–10], що «чим більш благополучною є нація, тим більші шанси, що вона підтримуватиме демократію» [37, с. 75].

У науковій доктрині є багато інших визначень демократії. Незважаючи на ті, що залишаються в тенетах застарілої «класичної доктрини», більшість із них дотримується шумпетерівської концепції. Визначення Дж. Шумпетера було індоктриноване як частина європейського *acquis* – загального консенсусу, що був сформований європейською інтелектуальною елітою повоєнної епохи та виник у процесі тривалої еволюції європейської правової традиції. Так, автори проєкту Зеленої книги Ради Європи про майбутнє демократії в Європі дають таке визначення: «Сучасна політична демократія – це режим чи система урядування, за якої правителі є відповідальними за свої дії в публічній сфері перед громадянами, що діють опосередковано через конкуренцію і співпрацю їхніх представників» [40, с. 25].

У практиці Європейського суду з прав людини також імпліцитно закладене розуміння демократії в шумпетерівському сенсі. Хоча від початку розробники Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод не мали чіткого уявлення щодо демократичної моделі, яка має бути покладена в її основу. Демократія під час розроблення тексту Конвенції розглядалася радше як антитеза диктатурі й тоталітаризму. Так, у Підготовчих матеріалах до проекту Конвенції йдеться про те, що вона розробляється з метою «запобігання поверненню тоталітаризму», для «захисту наших народів від диктатури» та з метою «посилення опору в усіх наших державах підступним спробам підірвати наш спосіб життя» [41, с. 30, 192]. На думку розробників, Конвенція мала «визначити і гарантувати політичну основу об'єднання європейських націй», «забезпечити, що держави-члени Ради Європи є демократичними і залишатимуться демократичними», а сам документ мав стати «правовим кодексом для демократій» [41, с. 4, 50, 60].

Розробники Конвенції, проте, усвідомлювали, що процедурна демократія міжвоєнної доби не може бути ефективним запобіжником проти авторитаризму. Уже укладаючи Статут Ради Європи, повоєнні держави в його Преамбулі прямо вказали на важливість «духовних та моральних цінностей, які є спільним надбанням їхніх народів і справжнім джерелом особистої свободи, політичної свободи та верховенства права», а такі цінності є принципами, «які становлять підвалини кожної справжньої демократії» [42, с. 435].

Вибудовуючи архітектуру Конвенції на антитезі тоталітаризму, розробники виходили з тих самих міркувань, що і розробники Основного закону повоєнної Західної Німеччини: воля більшості має бути обмежена певними засадничими цінностями особистої свободи, політичної свободи та верховенства права, але таке обмеження є можливим виключно за умови, що права людини набувають юридичного значення⁴. Ця ідея в подальшому була цілком підтримана Європейським судом з прав людини, який визначив демократію як «основоположну характеристику європейського публічного порядку» [див.: 43, par. 45].

Конвенція, як неодноразово зазначав Суд, не вимагає запровадження певної виборчої моделі – наприклад, мажоритарної, пропорційної або змішаної. Так, у справі “*Liberal Party, Mrs. R. and Mr. P. v. United Kingdom*” Комісія з прав людини зазначила: «Ст. 3 Першого протоколу не може тлумачитися як стаття, яка встановлює конкретну виборчу систему, яка б гарантувала, що загальна кількість голосів, поданих за кожного кандидата чи групу, повинна відображатись у складі законодавчих зборів. Отже, як проста мажоритарна система, так і система пропорційного представництва сумісні із цією статтею» [45, par. 4]. На думку Суду, «будь-яке виборче законодавство повинно розглядатися у світлі політичної еволюції відповідної держави <...>», що, однак, зобов'язує держави дотримуватись основоположного принципу ст. 3 – принципу «вільного вира-

⁴ Розробники проекту Основного закону Федеративної Республіки Німеччина були переконані, що повноваження нового Конституційного Суду мають бути розширені, щоби він став «реальним захисником Конституції», а конституційна скарга, на думку німецьких конституціоналістів, сама собою має стати інструментом перетворення основних прав на юридичні права, що підлягають реальному судовому захисту [44, с. 159–160].

ження поглядів людей під час вибору законодавчого органу» [див.: 46, par. 54; 47, par. 33]. Саме через таке розуміння виборче право в закордонній правничій доктрині дістало ще одну назву – «право демократії» (англ. – *law of democracy*) [див.: 48, с. 1–3; 49, с. 1–4; 50, с. 734; 51, с. 500], адже воно регулює засадничий механізм демократичного режиму – вибори.

Отже, за останні сімдесят років склався певний загальноєвропейський консенсус щодо розуміння демократії, в основу якого покладена ідея повної участі всіх громадян у політичному процесі з одним важливим застереженням: «над формальним розумінням правління більшості, яке стосується способу ухвалення рішень, стоїть вимога, щоби більшість поважала рівну цінність усіх громадян» [52, с. 65].

Однак було б хибним уважати, що шумпетерівське визначення демократії, закладене в загальноєвропейському консенсусі, забезпечує нейтральність в умовах конкурентної боротьби за голоси виборців. Адже, як зазначають С. Ісачароф, П. Карлан і Р. Пілдс, «ще до того, як перший виборець проголосує або перший бюлетень буде порахований, можливості демократичної політики вже обмежені і спрямовані у визначене русло. Виборчий процес розпочинається набагато раніше формальної стадії виборів, адже вибори не відбуваються у правовому чи інституційному вакуумі. Виборчий процес відбувається в рамках заздалегідь встановлених – і часто детально регламентованих – інституційних механізмів, що впливають на діапазон можливих результатів, яких можуть досягти формальні вибори і подальший політичний процес. Так виникає парадокс, що лежить в основі демократичної політики: ця політика є частково змаганням за структуру державних установ, але водночас саме ці установи визначають правила, за яких відбувається таке змагання» [48, с. 1].

Сучасна демократія існує в тенетах цього парадокса. Демократія – досить складний процес взаємодії чи взаємовпливу демократичного процесу і державних органів. З погляду «чистого» демократичного процесу виборчий процес має бути автономним і незалежним від державних установ, адже з теоретичного погляду він є тією ареною, на якій мають відбуватися дискусії, обмін думками й ідеями, колективні обговорення і формування політичних преференцій виборців без будь-якого втручання чи обмеження з боку держави. А той рівень свободи, якою користуються громадяни для критики поточного розподілу політичної влади і державних інституцій, є одним з основних показників демократичності політичної системи. Однак уявлення про автономність виборчого процесу в широкому розумінні є дещо утопічним: «В основі демократичного політичного порядку лежить процес колективного ухвалення рішень, який повинен відбуватися відповідно до встановлених законів, правил та інститутів. Той вид демократичної політики, що є в нас, сам собою завжди і невідворотно є продуктом інституційних форм і правових структур. Демократія може набувати багатьох форм, як, власне, існує і багато різних інституційних утілень демократичної політики» [48, с. 1]. Адже вибір на користь прямої, представницької чи конституційної демократії, пропорційної чи мажоритарної виборчої системи, визначення пасивного й активного виборчого права тощо – усі ці питання залежать і визначені конституцій-

ними, законодавчими, інституційними чи політичним рамками, тобто вибором, що вже був зроблений конституцієдавцем чи законодавцем. Інакше кажучи, народовладдя, волевиявлення не існує поза тією моделлю демократії, яку відтворює право [48, с. 2].

У цьому полягає фундаментальний парадокс демократії – виборчий процес регламентується, інституціоналізується і реалізується відповідно до законів, правил та інститутів, які встановлюються індивідами, що набули владу ухвалювати рішення шляхом конкурентної боротьби за голоси виборців, і братимуть участь у змаганні за голоси в майбутньому. Такі регламентація й інституціоналізація виборчого процесу (наприклад, прохідні бар'єри для партій, формування виборчих округів, правила агітації, державне фінансування партій, формування виборчих комісій тощо) уже містять закладені обмеження і сторонність, що визначають певний діапазон результатів. Тому демократичний процес не є нейтральним, автономним і незалежним від державних установ.

Мажоритарний фатум демократії і його запобіжники. Демократія із часів Французької революції розглядалася як система визначення загальної волі народу, тобто як система процедур, які дозволяють формувати представницькі органи, наділені правом ухвалювати рішення: «[Деякі теоретики вважають, що «демократія» означає] колективну волю, що вже існує, очікуючи свого віднайдення демократичними інституціями. Однак до того, як такі інституції створені, такої колективної волі не існує. Політичні інституції і процедури ухвалення рішень повинні створити умови, за яких політична спільнота вперше зможе сформувати свою колективну волю. Такі інституції та процедури визначають, чиї погляди братимуться до уваги під час формування такої колективної волі, і визначають засоби визнання такої колективної волі. Жодної унікальної «раціональної» інституційної архітектури для формування такої волі не існує. Кожна сукупність інституцій та практик становить відмітну соціальну конституцію колективної волі» [53, с. 2197–2198].

Б. Ропер визначає демократію як «форму правління (чи самоуправління), яка передбачає реальні механізми, за допомогою яких громадяни можуть здійснювати суттєвий вплив на ухвалення урядових рішень та формування урядової політики» [54, с. 1]⁵. Такий погляд на демократію – наслідок сакралізації *volont general* (спільна воля) руссіанівського загального волевиявлення, примату мажоритарного дискурсу демократії, що відкрив шлях диктатурі більшості і, як наслідок, дав зброю противникам демократії знищити її за допомогою демократичних процедур. Саме за такою логікою, встановлення націонал-соціалістичного режиму А. Гітлера відбулося відповідно до процедур, передбачених Веймарською конституцією, а саме конституційним підґрунтям, на підставі якого 24 березня 1933 р. були запущені парламентські механізми встановлення цього режиму, став народний плебісцит 5 березня 1933 р. [див.: 55, с. 307].

⁵ Б. Ропер вважає, що в історії ідеї демократії можна виділити три окремі форми демократії: афінську, ліберально-представницьку та соціалістичну демократію участі (англ. – *socialist participatory democracy*).

До становлення повоєнного ліберального конституціоналізму, з його наголосом на цінностях конституційної демократії і правах людини, панівною була концепція метаконституції, або «абсолютної конституції», якщо послуговуватися термінологією Карла Шмітта. Ця метаконституція, по суті, становила форму установчої влади, вічно присутньої і готової вивільнити свої руйнівні сили для докорінної зміни або встановлення нового конституційного порядку. Теоретичні рамки такого підходу, закладені у працях Р. Карре де Мальберга у Франції, Р. Шменда, Г. Геллера, П. Лабанда в Німеччині, були розвинуті К. Шміттом. Згідно з його теорією, існує «абсолютна конституція», яка по суті є установчою владою, адже виражає екзистенціальну волю народу. Це «конкретний спосіб існування, наданий кожній політичній спільноті», «конкретна колективна умова політичної єдності і соціального порядку конкретної держави» [56, с. 59]. Екзистенціальна воля народу завжди залишається поза позитивним правом, поза правопорядком, як потенційна можливість докорінної зміни такого правопорядку. Абсолютна конституція породжує позитивну конституцію – рішення про форму урядування. Ця позитивна конституція є основою для побудови релятивної конституції – власне конституції як тексту і практики. Питання внесення змін до конституції, отже, є частиною релятивної конституції. З огляду на такий взаємозв'язок, конституція як текст може бути змінена, але не позитивна чи абсолютна конституції. Тільки зміна абсолютної конституції може змінити позитивну конституцію політичної спільноти і то тільки через певні революційні зрушення [56, с. 70–75]. Другим наслідком такої логічної конструкції є те, що внесення змін до конституційного тексту не впливає на абсолютну конституцію, але зміна абсолютної конституції може стерти як позитивну, так і релятивну конституції: «Нікого не цікавить процедура внесення змін до конституції в часи реальної революції і було б безглуздим покладатися на ці процедури для придушення, обґрунтування чи внесення плутанини в дійсні революції» [56, с. 307].

З погляду такого підходу воля більшості, навіть ситуативна, завжди стоїть над позитивною конституцією. Руссіанівська *volont general*, переосмислена і розвинута у XIX – першій половині XX ст., стала, таким чином, засобом легітимного знищення демократичних режимів у міжвоєнний період у багатьох європейських державах і призвела до ефекту «суїцидальної демократії», коли демократичні процедури були використані противниками демократії для набуття влади конституційним способом із подальшою ліквідацією демократичного режиму. Феномен «суїцидальної демократії» сягає своїм корінням в аксіоматичний постулат про «людину розумну», сформульований у часи Просвітництва. Він ґрунтувався на презумпції верховенства розуму, переконанні, що кожна особа в публічній сфері буде діяти розумно та зважено [58, с. 14]. Як зазначив Т. Джеферсон за часів здобуття американської незалежності, «якщо серед нас є хтось, хто бажає розпустити цей Союз [штатів] або змінити його республіканську форму, нехай залишається у спокої як приклад гарантії від помилкових поглядів, що можуть сприйматися з терпимістю, коли розум звільнений для їх подолання» [58, с. 1].

На відміну від французької егалітарної концепції, батьки-засновники американської республіки усвідомлювали небезпеку влади більшості. Як вказував

Джеймс Медісон, «за республіканського ладу дуже важливо не лише захищати все суспільство від пригнічення з боку правителів, а й захищати одну його частину від несправедливості іншої <...> Якщо більшість буде об'єднана якимось спільним інтересом, то це може створити загрозу правам меншості» [57, с. 462].

Трагічний досвід фашистських, нацистських і авторитарних режимів у Європі призвів до переосмислення ідеї конституції та конституціоналізму в повоєнний період. На місце суїцидальної конституції, тобто конституції як тексту, приходять ідея конституційних цінностей, принципів і прав людини, з якої логічним чином розвивається ідея спеціального органу захисту таких цінностей і принципів конституції, який має стояти на заваді мажоритарному фатуму демократії. Так виникає ідея органу конституційної юрисдикції, що має не тільки врегулювати конфлікти між гілками влади, але й слугувати запобіжником проти феномену суїцидальної демократії, виконувати функцію захисту конституції і конституційного ладу [докл. див: 59, 45–58].

Зasadничий принцип верховенства Конституції, зі свого боку, означає не тільки ієрархію норм у правовій системі. Якщо його викласти іншими словами, а саме, що принцип верховенства Конституції означає підпорядкування закону положенням, принципам і цінностям Конституції і, як наслідок, підпорядкування волі законодавця таким положенням, принципам і цінностям [60, с. 1], – змінюється сама констеляція найвищих органів державної влади. Функціонально місія захисту Конституції виводить орган конституційної юрисдикції на щабель, вищий за класичну тріаду влади (законодавча, виконавча, судова). Конституційний суд стає арбітром над всіма іншими державними органами і посадовими особами держави. Адже, як зазначає С.В. Шевчук, конституційні цінності, принципи, права і свободи людини повинні сприйматися як такі, що мають найвищу юридичну силу, та домінувати над результатами діяльності законодавця, тобто бути вищими за закони й інші нормативно-правові акти [61, с. 32–42].

Цей парадокс набув інституціональних форм із розвитком концепції органу конституційної юрисдикції як антимажоритарного запобіжника в конституційній демократії. Два процеси – сакралізація конституційного тексту через виведення трансцендентних конституційних принципів і цінностей (зокрема, права і свободи людини) та запровадження конституційних судів як квазізаконодавців, чия місія полягає в захисті конституції, її принципів і цінностей, – зробили прихований конфлікт між демократією і конституціоналізмом самопідсилювальним. Сакралізація конституційного тексту – явище, характерне для постмодерної держави, – постала після Другої світової війни і, як наслідок, витіснила питання установчої влади на периферію конституційно-правової доктрини. Маргіналізація концепції установчої влади призвела до виникнення парадокса «вічної конституції» – парадокса, що артикулює фундаментальну суперечність між класичним розумінням демократії як інституціоналізованої волі більшості та конституціоналізмом, що обмежує, упорядковує і розподіляє всю владу в державі.

Конституційний Суд як антимажоритарний запобіжник (через його фундаментальну функцію захисту Конституції) проти свавілля ситуативної парламентської більшості став дещо більшим за негативного законодавця, як його охарак-

теризував Ганс Кельзен⁶. Кельзенівська модель виходила з концепції ієрархічної побудови правової системи, найвищим актом у якій є конституція. Так, «розсуд законодавця, що не підпорядкований нічому, крім Конституції, обмежений відносно нечіткими рамками, а його творча сила залишається відносно великою. Але коли ми опускаємося на кожен рівень нижче, співвідношення між розсудом і обмеженням схиляється на користь останнього» [62, с. 200]. Тому виникає питання, як захистити правопорядок, що ґрунтується на Конституції, від неконституційних актів, що його порушують, тобто як захистити Конституцію від зловживань парламентської більшості? На думку Г. Кельзена, «було б політично наївним» покладатися в цьому плані на законодавця: «Тому не на сам парламент ми маємо розраховувати щодо дотримання ним Конституції. Це має бути орган, окремий від нього, незалежний від нього і, відповідно, від всіх інших органів державної влади, який повинен опікуватися скасуванням неконституційних актів, – інакше кажучи, має існувати окрема юрисдикція чи конституційний трибунал» [62, с. 223].

Функція такого трибуналу не є судовою, адже «скасування закону – це встановлення загальної норми: оскільки скасування закону має той самий характер загальності, як і його ухвалення, будучи таким чином нічим іншим, ніж законотворенням із негативною позначкою, тому таке скасування становить законодавчу функцію. І трибунал, який має повноваження скасовувати закони, є органом законодавчої влади» [62, с. 224–225].

Однак концепція негативного законодавця виявилась неспроможною забезпечити демократію від її мажоритарного фатуму. Міжвоєнний період позначився падінням демократичних режимів у багатьох країнах Європи, зокрема тих, де був запроваджений орган конституційної юрисдикції або таку функцію прийняли вищі суди (як це було у Веймарській Німеччині [див.: 64, с. 6–7]). Тому у повоєнний період постало питання, які запобіжники мають бути вбудовані в конституційний лад, щоби усунути ефект «суїцидальної демократії». Як зазначає Мартін Боровські, «визначальною причиною для встановлення широких повноважень Федерального Конституційного Суду став досвід колапсу Веймарської республіки. Інституції Веймарської республіки були побудовані на тому, що виявилось не виправданим оптимізмом щодо демократичних речей; насправді, ці інституції сприяли захопленню націонал-соціалістами влади в 1933 р. Після повалення гітлерівського Третього рейха членам повоєнної конституційної асамблеї було зрозуміло, що всіма засобами треба запобігти становленню подібного беззаконня (*Unrechtsregime*) у майбутньому» [44, с. 159].

Розробники тексту Основного закону Федеративної Республіки Німеччина, хоча і не були впевнені в тому, чи містять приписи конституційного проєкту достатні

⁶ Він так описав цю концепцію: «Можливість того, що закон, ухвалений законодавчим органом, скасовується іншим органом, становить примітне обмеження влади законодавчого органу. Така можливість означає, що поряд із позитивним законодавцем виникає негативний законодавець, який утворюється відповідно до зовсім відмінних принципів порівняно з тими, що застосовуються до парламенту, який обирається народом. Тоді виникнення антагонізму між двома законодавцями – позитивним і негативним – стає невідворотним» [63, с. 268–269].

перестороги проти повторення сумного досвіду Веймарської республіки, уважали, що відповідні запобіжники мають бути вбудовані в конституційний текст.

Такими новими запобіжниками стали: (1) перетворення основних прав, декларованих конституцією, на юридичні права, що підлягають реальному судовому захисту, а також запровадження такого захисту на рівні органу конституційної юрисдикції шляхом запровадження інституту конституційної скарги; (2) обмеження вторинної установчої влади, що належить парламенту, щодо внесення змін до конституції; (3) доктрина «озброєної демократії» (нім. – *streitbare Demokratie*). Ця остання доктрина виходить із того, що демократія базується на певній незмінній основі (англ. – *unamendable core*) із цінностей та принципів, які є настільки фундаментальними, що навіть інші конституційні положення можуть бути неконституційними в разі невідповідності такій основі [65, с. 302]. Демократичні вибори, процедури ухвалення рішень не можуть розглядатися як річ у собі – в основі будови демократичної держави лежить ідея суспільства, у якому особам гарантується перелік основних прав, одним із яких є право обирати своїх лідерів. Однак користування такими правами не може бути підставою для скасування будь-якого з таких основних прав.

Ці три запобіжники проти феномену «суїцидальної демократії» привели до суттєвої трансформації представницької демократії, адже вони спричинили виникнення ефекту юридикалізації й такого явища, як «юристократія» [див.: 66, с. 12–20]. Юридикалізація в цьому сенсі означає перетворення політичних, соціальних та економічних питань на юридичні, коли повноваження щодо ухвалення рішень стосовно визначення засад і напрямів державної політики передаються судовим установам. Останні тридцять років можуть по праву вважатися «Золотим віком» судової влади у глобальному плані: «Судді не тільки відіграють усе більш значущу роль у визначенні напрямів, форм та змісту публічної політики в усе більшій кількості країн; від абортів та законодавства про охорону здоров'я до фінансування партій і одностатевих шлюбів, і навряд чи є якийсь аспект публічного чи приватного життя, який би залишився осторонь усе більш широкої уваги з боку суддів» [67, с. 1].

Тому юридикалізація постає як симптом невиліковної хвороби представницької демократії, яка поступається все більше демократії конституційній, що, у свою чергу, веде до фундаментального парадокса: як зазначив А. Мелешевич, «гіперактивне залучення судових органів до захисту прав людини (першого елемента конституціоналізму) призводить до дисбалансу в розподілі гілок влади (другого елемента конституціоналізму)» [66, с. 13].

Висновки. Етимологія терміна «демократія» вказує на те, що той зміст, який ми зараз у нього вкладаємо, був сформований в епоху Просвітництва та Великих революцій XVIII ст. як наслідок підміни понять. У давньогрецький термін *demokratia*, який означав одну із девіацій форми правління, був закладений інший зміст, який більше відповідав давньогрецькому *politeia* та давньоримському *res publica*. Тобто *demokratia* як насильницька влада збіднілих мас перетворилася на народовладдя.

У другій половині XX ст. сформувався загальноєвропейський консенсус щодо поняття демократії. В основу такого консенсусу була покладена шумпетерівська концепція демократичного процесу: демократія – це такий інституційний устрій

державного управління (політична система), за якого індивіди набувають владу ухвалювати рішення шляхом конкурентної боротьби за голоси виборців. Таке розуміння демократії будується на презумпції нейтральності держави щодо конкурентної боротьби за голоси виборців. Однак така презумпція породжує перший парадокс демократії – народовладдя, волевиявлення неможливе і не існує поза тими рамками й інституційними моделями, які втілені в законодавстві. Інакше кажучи, результати конкуренції за голоси виборців уже раміфіковані тими правилами, інституціями і процедурами, що визначили переможці минулих перегонів, тобто тим вибором, який уже був зроблений конституцієдавцем чи законодавцем у минулому. Це дає підстави поставити під сумнів нейтральність демократичного виборчого процесу, який априорі містить закладені обмеження і сторонність, що визначають певний діапазон результатів. Тому демократичний процес не є нейтральним, автономним і незалежним від державних установ.

У повоєнний період замість сакральної спільної волі в руссіанівському сенсі постає сакральний дискурс конституційного тексту з його принципами, імпліцитними цінностями та правами людини. Постає новий вид конституціоналізму, в основі якого закладаються три основні запобіжники проти мажоритарного фатуму демократії: (1) перетворення основних прав, декларованих конституцією, на юридичні права, що підлягають реальному судовому захисту спеціальним органом конституційної юрисдикції; (2) обмеження вторинної установчої влади; (3) доктрина «озброєної демократії». Цей постмодерний ліберальний конституціоналізм призвів до виникнення трьох фундаментальних парадоксів. Перший полягає в тому, що принцип верховенства Конституції виводить орган конституційної юрисдикції на щабель, вищий за класичну тріаду поділу влади. Другий – парадокс «вічної конституції» – полягає в тому, що первинна установча влада низводиться до фікції первинного «акту творіння», поза межами якого вона вичерпується і зникає. Будь-які конституційні зміни або нова конституція мають ухвалюватися виключно в рамках процедур, уже встановлених чинними конституційними положеннями, тобто первинної установчої влади не існує поза рамками минулого «акту творіння». Третій парадокс полягає в юридикалізації представницької демократії, коли визначення національної політики відбувається не у стінах парламенту, а в судах.

Ці парадокси, у свою чергу, закладають глибинний конфлікт між демократією як інституціоналізованою волею більшості і конституціоналізмом, що обмежує, упорядковує і розподіляє владу в державі. Піднесення судів на рівень установ ухвалення рішень у сфері державної політики зробило суди вразливими для негативної дії умов суспільства постправди та породило феномен конституційного популізму як реакції на процеси юридикалізації. Нині вже зрозуміло, що під питання поставлено саме існування постмодерного ліберального конституціоналізму. Яким буде вирішення цих парадоксів, або як суперечності, що лежать в їхній основі, будуть переформатовані – саме це визначить форму і зміст конституціоналізму, що формується саме зараз.

Література

1. Hobsbawm E. Age of Extremes. The Short Twentieth Century 1914–1991. London : Abacus, 1995. 640 p.
2. Наїм М. Занепад влади. Пер. з англ. Київ : Форс Україна, 2017. 448 с.
3. Heaven D. The uncertain future of democracy. URL: <http://www.bbc.com/future/story/20170330-the-uncertain-future-of-democracy> (дата звернення: 14.09.2020).
4. Блок М. Апология истории, или Ремесло историка. Пер. с фр. Москва : Наука, 1973. 232 с.
5. Green P. “Democracy” as a Contested Idea. *Democracy: Key Concepts in Critical Theory* / ed. by P. Green. Atlantic Highlands, New Jersey : Humanities Press, 1993. P. 2–18.
6. Бродель Ф. Материальная цивилизация и капитализм. Пер. с фр. Москва : Весь мир, 2006. Т. 2 : Игры обмена. 672 с.
7. Яковенко Н.М. Вступ до історії. Київ : Критика, 2007. 376 с.
8. Платон. Держава. Пер. з давньогр. Київ : Основи, 2000. 355 с.
9. Арістотель. Політика. Пер. з давньогр. Київ : Основи, 2000. 239 с.
10. Кудрявцева Т.В. Греческие философы о демократии: pro et contra. *Философия и общество*. 2008. № 1. С. 112–126.
11. Cartledge P. Democracy. A Life. Oxford : Oxford University Press, 2016. 383 p.
12. Maguire J. Some Greek Views of Democracy and Totalitarianism. *Ethics*. 1946. Vol. 56. № 2. P. 136–143.
13. Ober J. The Original Meaning of “Democracy”: Capacity to Do Things, not Majority Rule. *Constellations*. 2008. Vol. 15. № 1. P. 1–9.
14. Ober J. Demopolis: Democracy before Liberalism in Theory and Practice. Cambridge : Cambridge University Press, 2017. 222 p.
15. Канфора Л. Демократия. История одной идеологии. Пер. с итал. Санкт-Петербург : Александрия, 2012. 502 с.
16. Аппиан. Гражданские войны. Пер. с греч. Москва : Российская политическая энциклопедия ; Селена, 1994. 416 с.
17. Riley D. Freedom’s Triumph? *New Left Review*. 2009. Vol. 56. P. 43–59.
18. Law on the Constitution : Dreros, 650–600 D. C. *A Selection of Greek Historical Inscriptions to the End of the Fifth Century B. C.* / ed. by Russell Meiggs and David Lewis. Oxford : Oxford University Press, 1969. P. 2–3.
19. Davies J. The “Origins of the Greek Polis” : Where should We be Looking? *The Development of the Polis in Archaic Greece* / ed. by Lynette G. Mitchell, P. J. Rhodes. London ; New York : Routledge, 1997. P. 13–20.
20. Кошелев Г.А. Полис и город: к постановке проблемы. *Древние цивилизации. Греция. Эллинизм. Причерноморье* : избранные статьи из журнала «Вестник древней истории» 1937–1997. Москва : Научно-издательский центр «Ладомир». 1997. С. 288–312.
21. An Inventory of Archaic and Classical Poleis / ed. by Mogens Herman Hansen and Thomas Heine Nielsen. Oxford : Oxford University Press, 2004. 1396 p.
22. Snodgrass A. Archaic Greece: The Age of Experiment. Berkeley and Los Angeles : University of California Press, 1980. 264 p.
23. Зайцев А.И. Культурный переворот в Древней Греции VIII–V вв. до н. э. Санкт-Петербург, 2000. 320 с.
24. Williams R. Democracy. *Democracy: Key Concepts in Critical Theory* / ed. by P. Green. New Jersey : Humanities Press, 1993. P. 19–23.
25. Crick B. Democracy : A Very Short Introduction. Oxford : Oxford University Press, 2002. 130 p.
26. Федералист № 10. *Федералист : политические эссе А. Гамильтона, Дж. Мэдисона и Дж. Джея*. Москва : Издательская группа «Прогресс» – «Литера», 1994. С. 78–86.
27. Белокреницкий В.Я., Сикоев Р.Р. Авторитаризм и демократия в условиях Афганистана и Пакистана. Москва : Институт востоковедения РАН, 2013. 176 с.
28. Crouch H. Patrimonialism and Military Rule in Indonesia. *World Politics*. 1979. Vol. 31. № 4. P. 571–587.
29. Groves T. Imagining a Democratic Future, Forgetting a Worrisome Past: Educational Policy, School Textbooks, and Teachers under the Franco Regime. *War & Society*. 2014. Vol. 33. № 1. P. 43–58.
30. Riquelme M. Toward a Weberian Characterization of the Stroessner Regime in Paraguay (1954–1989). *European Review of Latin American and Caribbean Studies / Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*. 1994. № 57. P. 29–51.

31. Wiarda H. Law and Political Development in Latin America: Toward a Framework for Analysis. *The American Journal of Comparative Law*. 1971. Vol. 19. № 3. P. 434–463.
32. Мокшин В.К. Воздействие СССР на общественные изменения в странах Восточной Европы в 1940-е годы. *Вестник Северного (Арктического) федерального университета. Серия «Гуманитарные и социальные науки»*. 2008. № 4. С. 49–58.
33. Rosa R. The Soviet Theory of “People’s Democracy”. *World Politics*. 1949. Vol. 1. № 4. P. 489–510.
34. Ронин С.Л. Конституция СССР 1936 г. Москва : Юридическая литература, 1957. 128 с.
35. Лукьянчикова Л.В. Проблема народовластия в советской политико-философской традиции. *Вестник Челябинского государственного университета. Серия «Право»*. 2011. № 19 (234). Вып. 28. С. 45–49.
36. Schumpeter J. Capitalism, Socialism and Democracy. London ; New York : Routledge, 1994. 437 p.
37. Lipset S. Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy. *The American Political Science Review*. 1959. Vol. 53. № 1. P. 69–105.
38. Hyden G. Development and Democracy: An Overview. *Development and Democracy: What Have We Learned and How?* / ed. by Ole Elgstr m, Goran Hyden. London : Routledge, 2002. P. 1–22.
39. Cheibub J., Vreeland J. Modernization Theory: Does Economic Development Causes Democratization. *The Oxford Handbook of the Politics of Development* / ed. by Carol Lancaster, Nicolas van de Walle. Oxford : Oxford University Press, 2018. P. 3–21.
40. The Future of Democracy – Trends, Analyses and Reforms : A Green Paper for the Council of Europe. Strasbourg : Council of Europe, 2004. 135 p.
41. Collected edition of the Travaux préparatoires of the European Convention on Human Rights / Council of Europe = Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l’homme / Conseil de l’Europe : 8 vols. The Hague et al : Martinus Nijhoff, 1975–1985. Vol. 1 : Preparatory Commission of the Council of Europe, Committee of Ministers, Consultative Assembly (11 May – 8 September 1949). 354 p.
42. Статут Ради Європи. Лондон, 5 травня 1949 р. *Зібрання чинних міжнародних договорів України*. 2006. № 5. Кн. 2. С. 435.
43. United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey : Judgement of the European Court of Human Rights dated 30 January 1998. URL: <https://hudoc.echr.coe.int> (дата звернення: 14.09.2020).
44. Borowski M. The Beginnings of Germany’s Federal Constitutional Court. *Ratio Juris*. 2003. Vol. 16. № 2. P. 155–186.
45. Liberal Party, Mrs R. and Mr P. v. United Kingdom, Application № 8765/79 : Decision of the European Commission of Human Rights dated 18 December 1980. URL: <https://hudoc.echr.coe.int> (дата звернення: 14.09.2020).
46. Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium : Judgement of the European Court of Human Rights dated 2 March 1987. URL: <https://hudoc.echr.coe.int> (дата звернення: 14.09.2020).
47. Podkolzina v. Latvia : Judgement of the European Court of Human Rights dated 9 April 2002. URL: <https://hudoc.echr.coe.int> (дата звернення: 14.09.2020).
48. Issacharoff S., Karlan P., Pildes R. The Law of Democracy: Legal Structure of the Political Process. New York : Foundation Press, 2007. 1368 p.
49. Persily N. Foreword. *University of Pennsylvania Law Review*. 2004. Vol. 153. № 1. Symposium: The Law of Democracy. P. 1–4.
50. Issacharoff S. The Elusive Search for Constitutional Integrity : A Memorial for John Hart. *Stanford Law Review*. 2004. Vol. 57. № 3. P. 727–735.
51. Dawood Y. Electoral Fairness and the Law of Democracy : A Structural Rights Approach to Judicial Review. *The University of Toronto Law Journal*. 2012. Vol. 62. № 4. P. 499–561.
52. Lautenbach G. The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights. Oxford : Oxford University Press, 2013. 245 p.
53. Pildes R., Anderson E. Slingshot Arrows at Democracy : Social Choice Theory, Value Pluralism, and Democratic Politics. *Columbia Law Review*. 1990. Vol. 90. № 8. P. 2121–2214.
54. Roper B. The History of Democracy. A Marxist Interpretation. London : Pluto Press, 2013. 328 p.
55. van der Walt J. The Horizontal Effect Revolution and the Question of Sovereignty. Berlin ; Boston : Walter de Gruyter, 2014. 428 p.
56. Schmitt C. Constitutional Theory. Durham ; London : Duke University Press, 2008. 448 p.
57. Федераліст № 51. *Антологія лібералізму: політико-правничі вчення та верховенство права* / упоряд. С.П. Головатий та ін. Київ : Книги для бізнесу, 2008. С. 459–464.

58. Fox G., Nolte G. Intolerant Democracies. *Harvard International Law Journal*. 1995. Vol. 36. № 1. P. 1–70.
59. Водяніков О.Ю. Трибунал для демократії. Виникнення і розвиток концепції органу конституційної юрисдикції в демократичній державі. *Публічне право*. 2018. Спеціальний випуск. С. 45–58.
60. Limbach J. The Concept of the Supremacy of the Constitution. *The Modern Law Review*. 2001. Vol. 64. № 1. P. 1–10.
61. Шевчук С.В. Європейські стандарти обмеження люстраційних заходів: правовий аспект. *Вісник Академії правових наук України*. 2006. № 2 (45). С. 32–42.
62. Kelsen H. La garantie jurisdictionelle de la Constitution. *Revue du droit public et de la science politique en France et l'etranger*. 1928. T. 45. № 2. P. 197–257.
63. Kelsen H. *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University Press, 1949. 516 p.
64. Kommers D. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham; London: Duke University Press, 1997. 620 p.
65. Wise J. Dissent and the Militant Democracy: The German Constitution and the Banning of the Free German Workers Party. *The University of Chicago Law School Roundtable*. 1998. Vol. 5. Issue 1. P. 301–343.
66. Мелешевич А.А., Лозовий І.В., Свідерська А.В. Юристократія та захист соціально-економічних прав Конституційним Судом України. *Наукові записки Національного університету «Києво-Могилянська академія»*. Серія «Юридичні науки». 2010. Вип. 103. С. 12–20.
67. Jakab A., Dyeve A., Itzcovich G. Introduction. Comparing Constitutional Reasoning with Quantitative and Qualitative Methods. *Comparative Constitutional Reasoning* / ed. by A. Jakab, A. Dyeve, G. Itzcovich Cambridge: Cambridge University Press, 2017. P. 1–35.

Анотація

Водяніков О. Ю. Демократія і конституція: приховані парадокси. – Стаття.

Стаття присвячена висвітленню теоретичних аспектів співвідношення демократії і сучасного ліберального конституціоналізму, аналізу суперечностей між ними, виявленню їхніх витоків і закономірностей. У зв'язку із цим у статті розкривається питання етимології терміна «демократія», проаналізовано причини становлення глобального консенсусу щодо розуміння демократії, розглянуто становлення сучасних конституційних запобіжників проти мажоритарного фатуму демократії.

У статті досліджується становлення глобального консенсусу щодо розуміння демократії, що склався після Другої світової війни навколо шумпетерівського визначення демократії як інституційного устрою для ухвалення політичних рішень, у якому індивіди набувають влади ухвалювати рішення шляхом конкурентної боротьби за голоси виборців. У перші повоєнні роки демократія розумілася як антитеза диктатурі й тоталітаризму, але за останні сімдесят років це розуміння еволюціонувало навколо антимажоритарної парадигми: воля більшості має бути обмежена засадничими цінностями особистої свободи, політичної свободи та верховенства права.

Ця парадигма заклала нову траєкторію повоєнного конституціоналізму, в основі якого лежали три основні концепції: (1) перетворення конституційних прав на юридичні права, що підлягають судовому захисту; (2) обмеження вторинної установчої влади; (3) доктрина «озброєної демократії».

У статті обстоюється теза, що цей розвиток призвів до виникнення трьох фундаментальних парадоксів: (1) парадокс органу конституційної юрисдикції, що стоїть на щабель вище за класичну тріаду поділу влади; (2) парадокс «вічної конституції», який перетворює первинну установчу владу на фікцію первинного «акту творіння»; (3) парадокс юридикалізації представницької демократії, коли визначення національної політики відбувається не у стінах парламенту, а в судах. Ці парадокси, у свою чергу, закладають глибоку суперечність між демократією як інституціоналізованою волею більшості і конституціоналізмом, що обмежує, упорядковує і розподіляє владу в державі.

Ключові слова: демократія, конституціоналізм, установча влада, конституційна юрисдикція, антимажоритарні запобіжники, конституційні права і свободи.

Summary

Vodiannikov O. Yu. Democracy and constitution: hidden paradoxes. – Article.

The Article explores theoretical aspects of the relationship between democracy and modern liberal constitutionalism; it theoritises collisions between them, highlights their origins and patterns. The Article provides insight into the origin and etymology of the term “democracy”, traces the evolution of the global consensus on the meaning of “democracy”, and explores the invention of the modern constitutional safeguards against democracy’s majoritarian peril.

The Article examines the formation of a global consensus on the understanding of democracy, forged after World War II around Schumpeter’s definition of democracy as an institutional arrangement for arriving at political decisions in which individuals acquire the power to decide by means of a competitive struggle for the people’s vote. Initially after WWII, democracy was understood as an antithesis of dictatorship and totalitarianism, but over the last seventy years this understanding has evolved around an anti-majoritarian paradigm: the majority’s will must be limited by the fundamental values of personal freedom, political freedom and the rule of law.

This paradigm brought about a new trajectory of the post-war constitutionalism, posited on three fundamental concepts: (1) transformation of constitutional rights into claim rights that are judicially enforced and protected; (2) restriction of the secondary constituent power; and (3) militant democracy doctrine.

The Article argues that this development has brought about three fundamental paradoxes: (1) the paradox of constitutional judicature elevated above the classical triangle of separation of power; (2) “eternal constitution” paradox, that marginalises the primary constituent power to the fictitious “act of creation”; and (3) paradox of juridicalisation of representative democracy wherein the national public policy choices are made not in the parliamentary debates but in the judicial proceedings. These paradoxes, in turn, generate a profound conflict between democracy as institutionalized will of the majority and constitutionalism, which limits, channels, and separates power in the state.

Key words: democracy, constitutionalism, constituent power, constitutional jurisdiction, anti-majoritarian safeguards, constitutional rights and freedoms.

УДК 341.4

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i87.2796>*М. І. Іліка*

ЗВЕРНЕННЯ ДО ДЖЕРЕЛ НАЦІОНАЛЬНИХ ПРАВОВИХ СИСТЕМ ДЛЯ ТЛУМАЧЕННЯ ЗАГАЛЬНИХ ПРИНЦИПІВ ПРАВА У ПРАКТИЦІ ОРГАНІВ МІЖНАРОДНОЇ КРИМІНАЛЬНОЇ ЮСТИЦІЇ

Постановка проблеми. Значення загальних принципів права як джерела міжнародного права зростає з розвитком міжнародної юстиції, зокрема у сфері міжнародного кримінального правосуддя. Звернення до цього джерела міжнародного права дозволяє заповнити прогалини у правозастосуванні, вирішити колізії та з'ясувати зміст положень міжнародно-правових норм у міжнародному кримінальному процесі. Саме тому питання тлумачення загальних принципів права міжнародними кримінальними судами і трибуналами, зокрема через звернення до норм національного права, є актуальним напрямом міжнародно-правових досліджень.

Метою цієї статті є встановлення форм та способів, які застосовуються міжнародними кримінальними судами і трибуналами в разі звернення до національних правових систем для тлумачення загальних принципів права.

Стан дослідження проблеми. Проблематика загальних принципів права як джерела міжнародного права та їх тлумачення неодноразово була предметом досліджень українських учених. Зокрема, варто відзначити праці С.М. Задорожної, О.В. Київець, О.О. Мережка, О.О. Нігреєвої, О.М. Юхимюк та інших. Серед закордонних дослідників цієї проблеми варто назвати М.Ш. Бассіуні та Ф.О. Раймондо. Водночас проблема тлумачення загальних принципів права у сфері міжнародного кримінального правосуддя залишається недослідженою в українській міжнародно-правовій доктрині.

Діяльність органів міжнародної юстиції із тлумачення джерел міжнародного права є однією з основних сфер їхньої діяльності і не лише має практичне значення для сторін спору, а й робить внесок у теоретичні підходи до їх розуміння. Особливо важливою така правотлумачна практика є для теоретико-правового розуміння допоміжних джерел міжнародного права, зокрема і загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями.

У контексті цього джерела міжнародного права особливо велике значення має саме практика міжнародних кримінальних судів і трибуналів. Як відзначають юристи-міжнародники, ці органи чи не найчастіше за інші органи міжнародної юстиції застосовують їх на практиці. На думку Ф.О. Раймондо, це зумовлено тим, що «нерозвиненість міжнародного кримінального права, неточність багатьох його правових норм, необхідність наводити переконливі юридичні аргументи і наявність відповідних аналогій у національному кримінальному праві сприяли застосуванню загальних принципів права у практиці міжнародних кримінальних судів і трибуналів» [1, с. 74].

Органи міжнародної кримінальної юстиції у своїй практиці неодноразово наголошували на важливості звернення до національних правових систем у процесі тлумачення загальних принципів права під час ухвалення рішень. Наприклад, Міжнародний кримінальний трибунал для колишньої Югославії (далі – МТКЮ) у рішенні у справі «Прокурор проти Фурунджія» наголосив на необхідності звернення «до принципів кримінального права, спільних для головних правових систем світу», які можуть походити також і з «національного законодавства» [2, par. 179].

Якщо говорити про конкретні приклади такого застосування тлумачення загальних принципів права органів міжнародної кримінальної юстиції, то варто навести практику Міжнародного військового трибуналу (далі – МВТ, або Нюрнберзький трибунал). Вказаний орган звертався до національного права, зокрема під час обґрунтування неможливості автоматичного звільнення від відповідальності через виконання наказів або розпоряджень.

Принцип «виконання наказів звільняє від відповідальності» застосовувався і до Другої світової війни, зокрема в Лейпцизьких військових процесах щодо злочинів, скоєних німецькими військовими під час Першої світової війни. Так, у справі щодо потоплення британського госпітального судна «Дувр Касл» капітана К. Неймана, командира підводного човна «УС-67» було виправдано, оскільки він лише виконував накази, видані командуванням Імперського німецького флоту [3, с. 499–500]. Як наголошує Дж.А. Фінч, цей судовий орган зазначав, що: «<...> усі цивілізовані нації визнають принцип, згідно з яким підлеглий підкоряється наказам свого командування» [4, с. 440–445], тому вони мають бути звільнені від відповідальності за виконання наказів.

Проте МВТ відступив від цього принципу, обмежив його застосування лише як обставину, яка може пом'якшити відповідальність, зафіксував це у ст. 8 Статуту Трибуналу. А у своїх рішеннях для обґрунтування цього підходу цей міжнародний судовий орган звернувся до практики національних судових органів і зазначив, що: «Справжня мета встановлення цього факту (виконання чи невиконання наказів – *M. I.*), яка тією чи іншою мірою наявна у кримінальному законодавстві більшості держав, полягає не в існуванні чіткої відповіді щодо винуватості, а у встановленні того, чи був моральний вибір насправді можливий», або ж у виявленні того, чи обвинувачений справді виконував наказ чи діяв на власний розсуд [5, с. 42].

Ще одним аспектом, на якому варто наголосити, є те, що під час обґрунтування застосування та тлумачення загальних принципів права через звернення до практики та їх застосування в національних системах права міжнародні кримінальні суди та трибунали звертаються не просто до *національного законодавства*, тобто конкретних внутрішньодержавних правових актів, а до *національного права* загалом. Тобто практика різних таких органів, зокрема МТКЮ, свідчить, що поняття «національне право», за допомогою якого може здійснюватися тлумачення, включає і норми законодавства, і правову доктрина, і судову прецедентну практику.

Зокрема, такий підхід було застосовано Судовою палатою МТКЮ в рішенні у справі «Прокурор проти Ердемовіча», де дотримано принцип, згідно з яким «умови застосування таких обставин пом'якшення відповідальності, як примус, стан крайньої необхідності та виконання наказів є особливо жорсткими» (англ.:

“the conditions of application of the defences of duress, state of necessity, and superior orders are particularly strict”). У цьому рішенні Трибунал, звернувшись до національного права? констатував, що «загальні принципи права, що виражені в численних національних законах та судовій практиці», підтверджують, що умови їх застосування є особливо суворими [6, par. 19].

Навіть більше, поняття «національне право» у розумінні міжнародних кримінальних судів та трибуналів включає також спеціальні джерела. Наприклад, у рішенні щодо ознайомлення та перевірки свідків у справі «Ситуація в Демократичній Республіці Конго» МКС під час дослідження систем національного права для встановлення факту існування загального принципу права звертався, серед іншого, і до аналізу кодексів поведінки національних асоціацій адвокатів [7, par. 38–39].

Водночас невирішеним залишається питання стосовно якісних та кількісних критеріїв, які повинні застосовуватися в разі звернення до змісту загальних принципів права для належного їх тлумачення органами міжнародної кримінальної юстиції. Так, вищезгаданий підхід суду у справі «Прокурор проти Ердемовіча» критикувався через недостатність посилань на «національні закони та судову практику», якими Судова палата МТКЮ обґрунтовувала застосування цього принципу [1, с. 96].

З іншого боку, як відзначає Ф.О. Раймондо, МТКЮ в рішенні у справі «Прокурор проти Кунараца та інших» встановив, що «існування загального принципу права визначається, якщо широке коло національних систем права – не всі вони – визнають загальний правовий принцип, про який йдеться» [1, с. 135]. Тобто необхідно встановити *спільність* та *визнаність* цього принципу, а не будь-які кількісні параметри.

Частково відповідь на це питання можна знайти під час проведення аналізу практики все того ж МТКЮ, який демонструє, що органи міжнародної кримінальної юстиції не просто звертаються до національного права певної кількості держав, але й ураховують необхідність того, щоб ці держави представляли різні правові системи. Зокрема, як відзначають дослідники, у практиці можна простежити диференціацію таких правових систем на систему «цивільного права» (англ. *civil law*), тобто романо-германську, нормативно-актну, або континентальну, «загального права» (англ. *common law*), тобто англо-саксонську, або ж прецедентну та правову систему «інших держав» [1, с. 106; 8, par. 49]. В інших рішеннях виділялася також і «марксистська» правова система [9, par. 535–539]. Щоправда, чіткого поділу окремих держав за їхньою приналежністю до тієї чи іншої правової сім'ї у практиці міжнародних кримінальних судів та трибуналів теж немає: так, Китай у різних випадках відносили і до «інших правових систем», і до «марксистської правової системи» [8, par. 60; 9, par. 535–539].

Так само немає чітких кількісних критеріїв щодо того, скільки саме національних систем права повинні бути проаналізовані, які саме це держави повинні бути. Наприклад, у рішенні МТКЮ у справі «Прокурор проти Тадіча» були проаналізовані 12 європейських національних систем права та 1 азійська [9, par. 535–539]. В окремій думці суддів Г.К. Макдональд та Л.Ч. Вохра до рішення Апеляційної

палати Трибуналу у справі «Прокурор проти Ердемовіча» було розглянуто приклади із 30 національних систем права (13 європейських, 6 латиноамериканських, 5 африканських, 4 азійських та 2 північноамериканських) [8]. У рішенні у справі «Прокурор проти Кунараца та інших» було проаналізовано національне кримінальне право 33 держав (15 європейських, 6 азійських, 5 латиноамериканських, 3 африканських, 2 північноамериканських, 2 океанічних) [10, par. 453–456].

Такі ж підходи щодо широкого компаративного звернення до національного права різних держав під час тлумачення загальних принципів права застосовуються й у практиці Міжнародного кримінального суду (далі – МКС). Наприклад, у рішенні у справі «Ситуація в Демократичній Республіці Конго» щодо запиту на надзвичайний розгляд. У цій справі сторона обвинувачення обґрунтовувала в запиті своє тлумачення загальних принципів права через посилання на 22 національні системи права, які були розділені за правовими системами (14 – з романо-германської правової сім'ї, 5 – з англосаксонської, 3 – з ісламської) [11, par. 26–31].

Варто зазначити, що органи міжнародного кримінального правосуддя піддаються критиці не так за кількісні параметри, як за нерепрезентативність такого порівняльного аналізу. Так, Апеляційна палата МТКЮ в рішенні у справі «Прокурор проти Делаліча та інших» намагалася витлумачити, чи є недоумство (англ. *diminished mental responsibility*) обставиною, яка звільняє від відповідальності відповідно до загальних принципів права. Для встановлення цього факту Трибунал проаналізував національне кримінальне право 16 держав (10 європейських, 3 азійських, 1 океанської, 1 африканської, 1 північноамериканської) [12, par. 585–588].

У своїх працях Ф.О. Раймондо зазначає, хоча така кількість і є «значною», вона водночас є й обмеженою в якісному плані, оскільки включає лише одну африканську систему права і жодної латиноамериканської. Він слушно відзначає, що така географічна диверсифікація цього переліку «не обов'язково змінила б результати дослідження, але зробило б його справді міжнародним і, таким чином, більш співзвучним по суті універсальному характеру загальних принципів права як джерела міжнародного права» [1, с. 132–133].

Аналогічно цей учений критикував підхід, застосований МКС у рішенні у справі «Ситуація в Демократичній Республіці Конго», коли Суд під час тлумачення у зв'язку із встановленням існування та можливостю застосування загального принципу права, який передбачає безумовну можливість апеляційного оскарження будь-яких рішень судів нижчої інстанції в судах вищої інстанції, проаналізував національне право 14 держав, серед яких не було жодної африканської [1, с. 155].

Іншими критеріями, які можна було виділити у практиці МТКЮ щодо цього підходу поруч із необхідністю забезпечення репрезентативності, є:

- «практична доступність» матеріалів національного права (законодавство, наукова доктрина, судова практика) цих держав [8, par. 57];
- аналіз відповідного національного права, яке було чинним на час подій, які стосуються провадження [10, par. 42].

Необхідно зазначити, що джерела національного права часторозглядаються органами міжнародної кримінальної юстиції лише як субсидіарне джерело для тлума-

чення загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями. Наприклад, у тій же справі «Прокурор проти Ердємовіча» МТКЮ для тлумачення та доведення факту існування такого загального принципу права, як *«найсуворіші покарання застосовуються до злочинів проти людяності»* (англ.: “the severest penalties apply to crimes against humanity”), звернувся до національної судової практики колишньої Соціалістичної Федеративної Республіки Югославія (далі – СФРЮ).

У результаті проведеного аналізу цієї практики МТКЮ дійшов висновку, що «усі обвинувачені, які вчинили свої злочини на території колишньої Югославії, могли очікувати кримінальної відповідальності» та не могли не знати про злочинний характер своїх діянь [6, par. 40]. Це означає, що винні у вчиненні цих злочинів на момент їх учинення усвідомлювали, що можуть понести якнайсуворіше покарання. Трибунал підтвердив цей факт і обґрунтував існування та допустимість застосування цього загального принципу права та водночас підкреслив, що не зв’язаний рішеннями югославських судів під час подальшого ухвалення власних рішень із застосуванням згаданого принципу, зазначив, що відповідна практика буде переглянута, однак він «жодним чином не буде пов’язувати цю практику у встановлених ним покараннях та вироків, які будуть винесені за злочини, що підпадають під його юрисдикцію» [6, par. 40], тобто злочини проти людяності, воєнні злочини та геноцид.

На нашу думку, підхід, коли міжнародні кримінальні суди і трибунали тлумачать загальні принципи права відповідно до обставин справи та зважають на загальний контекст справи, а не лише враховують відповідну національну прецедентну практику, є обґрунтованим. Однак допустимі теоретично і практично ситуації, коли саме підходи, зумовлені національними законодавствами, доктринами та судовою практикою, будуть оптимальними для ухвалення рішень такими органами, їх ігнорування чи відступ від них будуть неправильними.

Навіть більше, у практиці міжнародних кримінальних судів та трибуналів трапляється, коли факт існування та допустимості застосування загальних принципів права здійснюється лише в разі підтвердження їх існування в національних правових системах. Зокрема, такий підхід спостерігався у вирокі у справі «Прокурор проти Тадіча» стосовно дотримання загального принципу права «один свідок – це не свідок» [9, par. 535–539].

Такий же підхід було застосовано і у практиці Міжнародного кримінального трибуналу для Руанди (далі – МТР). Так, у рішенні у справі «Прокурор проти Акасу» Трибунал в обґрунтування застосування “favor rei”, у частині вибору між французькою й англійською термінологією для визначення злочину вбивства (“meurtre” або “killing”) визначив, що згідно із цим принципом перевага повинна бути віддана саме французькій версії, аргументував це тим, що руандійське законодавство містить цей термін саме в такій редакції [13, par. 500–501].

Якщо говорити про оцінки такого підходу до тлумачення загальних принципів права в доктрині міжнародного кримінального права, то інколи можна його критикують як однобоке. Наприклад, Н. Джейн у результаті проведеного аналізу практики МТКЮ твердить, що порівняльний метод пошуку та підтвердження загальних принципів права в національному праві застосовується органами між-

народного кримінального правосуддя здебільшого як *негативний*, тобто для заперечення можливості застосування цих принципів у своїй практиці [14, с. 489].

Такий «негативний» підхід щодо звернення до національного права для тлумачення загальних принципів права справді має місце, зокрема, ми його розглядали вище щодо рішень у справі МТКЮ «Прокурор проти Тадіча» [9, par. 535–539], коли було заперечено можливість застосування принципу «один свідок – це не свідок» та в рішенні МВТ щодо застосування принципу «виконання наказів звільняє від відповідальності» [5, с. 42]. Проте ми не підтримуємо позицію Н. Джейн стосовно того, що метою звернення до джерел національного права було саме заперечення існування та допустимості застосування окремих загальних принципів права.

На нашу думку, цей підхід не має наперед визначеного наміру довести або спростувати існування чи допустимість застосування загальних принципів або ж довести зворотні факти. Міжнародні кримінальні суди та трибунали звертаються до національного права саме з тим, щоб встановити зміст тих чи інших загальних принципів і вже тоді робити висновки щодо них. Зокрема, такий останній, «позитивний» підхід мав місце в рішенні МТКЮ у справі «Прокурор проти Ердємовіча» щодо принципів «найсуворіші покарання застосовуються до злочинів проти людяності» [6, par. 40] та «умови застосування таких обставин пом'якшення відповідальності, як примус, стан крайньої необхідності та виконання наказів, є особливо суворими» [6, par. 19].

Отже, визнаною та поширеною є практика, коли міжнародні кримінальні суди і трибунали, у процесі застосування та тлумачення загальних принципів права звертаються до національних правових систем. Метою звернення є доведення факту їхнього існування, допустимості або недопустимості їх застосування у практиці міжнародного кримінального права та може розглядатися як умова такого застосування у принципі. Варто наголосити, що зазначене тлумачення здійснюється органами міжнародної кримінальної юстиції з використанням компартивістських підходів та врахуванням принципів диференціації за правовими системами і географічним принципом. Цей метод тлумачення підкреслює універсальне значення як загальних принципів права, так і міжнародного кримінального права, встановлює зв'язок між національним та міжнародним кримінальним правом.

Література

1. Raimondo F.O. General principles of law in the decisions of international criminal courts and tribunals. Leiden ; Boston : M. Nijhoff Pub., 2008. 214 p.
2. Prosecutor v. Furund ija, Judgment, Case № IT-95-17/1-T, T. Ch. II, 10 December 1998.
3. Solis G.D. Obedience of Orders and the Law of War: Judicial Application in American Forums. American University International Law Review. 1999. Vol. 15. Iss. 2. P. 481–526.
4. Finch G.A. Superior Orders and War Crimes. *The American Journal of International Law*. 1921. Vol. 15. № 3. P. 440–445.
5. Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals (With the dissenting opinion of the Soviet Member), Nuremberg, 30th September and 1st October, 1946. London : HMSO, 1946. 149 p.
6. Prosecutor v. Erdemović, Sentencing Judgment, Case № IT-96-22-T, T. Ch. I, 29 November 1996.
7. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Practices of Witnesses Familiarization and Witness Proofing, Case № ICC-01/04-01/06, PT. Ch. I, 8 November 2006.

8. Prosecutor v. Erdemović, Judgment, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, Case № IT-96-22-A, App. Ch., 7 October 1997.
9. Prosecutor v. Tadić, Opinion and Judgment, Case № IT-94-1-T, T. Ch. II, 7 May 1997.
10. Prosecutor v. Kunarac et al., Judgment, Case № IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, T. Ch. II, 22 February 2001.
11. Situation in the Democratic Republic of the Congo, Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal, Case № ICC-01/04, App. Ch., 13 July 2006.
12. Prosecutor v. Delali et al., Judgment, Case № IT-96-21-A, App. Ch., 20 February 2001.
13. Prosecutor v. Akayesu, Judgment, Case № ICTR-96-4-T, T. Ch. I, 2 September 1998, § 500–501.
14. Jain N. Comparative International Law at the ICTY: The General Principles Experiment. *American Journal of International Law*. July 2015. Vol. 109, Iss. 3. P. 486–497.

Анотація

Іліка М. І. Звернення до джерел національних правових систем для тлумачення загальних принципів права у практиці органів міжнародної кримінальної юстиції. – Стаття.

Загальні принципи права, визнані цивілізованими націями, є одним з основних джерел міжнародної кримінальної юстиції. Їх застосування забезпечує гнучкість та прозорості діяльності міжнародних кримінальних судів та трибуналів, дозволяє їм ефективно реагувати на виклики, які з'являються під час ухвалення рішень.

Водночас у процесі застосування загальних принципів права дуже часто постає проблема їх тлумачення. Ефективним шляхом здійснення тлумачення є звернення із цією метою до національних правових систем. Такий шлях виглядає і найбільш логічним, оскільки більшість загальних принципів права з'явилися саме в національному правовому контексті, їх застосування на міжнародному рівні нерозривно пов'язане із правильним розумінням їхнього первинного значення.

У статті розглядаються приклади зі звернення міжнародних кримінальних судів та трибуналів до національних правових систем для тлумачення загальних принципів права. Зазначається, що з метою тлумачення використовується широке коло джерел: національне законодавство, судова практика, доктрина національного права тощо. Наголошується, що в такому зверненні дуже важливе забезпечення географічної різноманітності та представництва різних правових систем.

Робиться висновок, що тлумачення загальних принципів права через звернення до національних правових систем є широко застосовуваною практикою у сфері міжнародної кримінальної юстиції. Міжнародні кримінальні суди і трибунали звертаються як у цілях підтвердження існування та застосування загальних принципів, так і з метою встановлення їхнього змісту.

У статті наголошується, що важливою умовою здійснення такого тлумачення є дотримання компаративістських підходів, що є гарантією їхнього універсального характеру як джерела права. Застосування такого тлумачення є свідченням того, що загальні принципи права є загальноновизнаними джерелами кримінального та міжнародного кримінального права, слугують зв'язковою ланкою між ними.

Ключові слова: загальні принципи права, правотлумачення, MBT, МТКЮ, МТР.

Summary

Ilika M. I. Recourse to national legal systems for interpretation of general principles of law in the practice of international criminal justice. – Article.

The general principles of law recognized by civilized nations are one of the main sources of international criminal justice. Their application ensures the flexibility and transparency of international criminal courts and tribunals, which allows them to respond to challenges that arise in the process of a decision-making.

At the same time, in the process of their application, the problem of their interpretation often arises. An effective way for the interpretation is to refer to national legal systems. This is the most logical way, because most of the general principles of law were created in the national legal context and their application at the international level is inextricably linked with a correct understanding of their primary meaning.

The articles examine examples of the establishment of international criminal courts and tribunals in national legal systems to interpret general principles of law. It is determined that in the process of interpreting is used a wide range of sources: national legislation, case law, doctrine of national law, etc. It is emphasized that within such an application it is very important to ensure the geographical diversity and representation of different legal systems.

It can be concluded that the interpretation of general principles of law through recourse to national legal systems is a widely used practice in the field of international criminal justice. International criminal courts and tribunals apply this way both to confirm the existence and application of general principles and to establish their content.

Articles suggests that a condition for such an interpretation is comparative approach, that guarantees their universal character of a general principles as sources of law. The application of such an interpretation indicates that the general principles of law are generally accepted as sources of criminal and international criminal law and officials, in a way, with a corresponding link between them.

Key words: general principles of law, legal interpretation, IMT, ICTY, ICTR.

УДК 341

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i87.2797>*С. Я. Кавин*

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КІБЕРБЕЗПЕКИ В ДЕРЖАВАХ – ЧЛЕНАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Постановка проблеми. Найважливішим результатом формування інформаційного суспільства стала поява глобального інформаційного простору, а водночас сформувались нові форми конфліктів, які значно інтенсивніші та масштабніші, отже, становлять серйозну загрозу національній безпеці держав. Досвід країн Європейського Союзу (далі – ЄС), зокрема й країн Центрально-Східної Європи, показує, що належний захист від викликів інформаційних воєн, зокрема різних видів кіберзагроз (кібератаки, кібершпигунство), може бути реалізований лише за допомогою ефективної та надійної системи інформаційної безпеки на основі ефективної стратегії кібербезпеки та відповідних механізмів управління, якими виступають державні інститути національної безпеки.

Сьогодні країни Центрально-Східної Європи сформували національні мережі інформаційної безпеки, які здатні швидко накопичити сили та засоби державних органів для протидії, зокрема кіберзагрозам, тим самим гарантувати національну безпеку своїх країн. Але оскільки обов'язок щодо гарантування інформаційної безпеки як складової частини національної безпеки держав покладено на державні спеціалізовані інституції національної безпеки (міністерства оборони, служби національної безпеки, міністерства внутрішніх справ), то міжнародна співпраця стосовно уніфікованих підходів до боротьби з кіберзагрозами в інформаційному просторі має деякою мірою обмежений характер, оскільки інформація щодо національних критичних структур має статус секретної й охороняється відповідними національними законами.

Окрім того, хоча кожна із країн Центрально-Східної Європи має досить міцну правову базу в цій галузі, обмеження інформаційного доступу щодо функціональних підходів національних спеціалізованих інституцій у боротьбі з кіберзагрозами являють собою проблеми, які полягають у невідповідності законодавств у підходах до вирішення окремих питань інформаційної безпеки, що значно знижує ефективність правового регулювання в цій галузі.

Водночас підходи до інформаційної безпеки, поширені в Європейському Союзі, нині не є уніфікованими через геополітичну специфіку держав ЄС, отже, досвід країн Центрально-Східної Європи у процесі становлення та розвитку інформаційного суспільства є досить важливим. Тому дослідження, оцінка та реалізація позитивного досвіду кожної із цих країн важливі під час побудови системи інформаційної безпеки Європейського Союзу в контексті надійного захисту від кіберзагроз.

Результати аналізу наукових публікацій. Проблематику інформаційної безпеки у країнах Центрально-Східної Європи, зокрема в області кіберзахисту, досліджували у своїх працях вітчизняні та закордонні науковці: Т. Ткачук, О. Климчук,

Н. Ткачук, А. Ковалев, А. Балашов, Sevdalina Dimitrova, Stoyko Stoykov, Yosif Kochev, Marek Gorka, Tam s Szadeczky, Lszl Kovacs, Turo Mattila. Проте проведення комплексного дослідження з метою вивчення та порівняння нормативно-правового забезпечення інформаційної безпеки ЄС, зокрема в області кіберзахисту, у контексті можливої кореляції законодавств країн Центрально-Східної Європи у сфері кіберзахисту з метою оптимізації законодавчої бази ЄС поки що висвітлені в науковій літературі недостатньо.

Сучасні реалії політики національної безпеки країн Центрально-Східної Європи потребують комплексних досліджень у контексті забезпечення національних інтересів, розроблення ефективних механізмів захисту інформаційного простору, дослідження політичних та правових механізмів побудови інформаційної безпеки.

Мета статті – вивчення особливостей нормативно-правового гарантування інформаційної безпеки країн Центрально-Східної Європи в контексті дослідження їхніх національних кіберстратегій як іманентної складової частини національної безпеки з погляду диверсифікації зовнішніх відносин у багатовекторній системі міжнародної безпеки.

Презентація основного матеріалу. У процесі проведення аналізу національних законодавств держав ЄС у сфері гарантування інформаційної безпеки та протидії кіберзагрозам, а також дослідження їхньої практики в цьому напрямі А. Ковалев і А. Балашов у роботі «Международно-правовые аспекты политики кибербезопасности некоторых европейских стран бывшего советского блока» [5, с. 105–114], а також В. Панченко у праці «Зарубіжний досвід формування систем захисту критичної інфраструктури від кіберзагроз» [7, с. 91–100] зауважують, що поки не існує єдиної уніфікованої системи в цьому напрямі, кожна з держав має свої правові механізми щодо врегулювання цих питань, у кожній з них існує своя унікальна система захисту інформації.

Diego Acosta Arcarazo і Cian C. Murphy зазначають, що набрання чинності Лісабонським договором надало ЄС нові повноваження в галузі права міжнародної безпеки, водночас Стокгольмська програма – це остання рамкова програма дій ЄС у сфері юстиції та внутрішніх справ, зокрема в питаннях співпраці між національними системами кримінального правосуддя. І поєднання нового Договору та Програми зробило безпеку та правосуддя ключовими сферами законодавчого розвитку в ЄС [10, с. 17]. На цьому робить акцент і Raphael Bossong, який зазначає, що важливий елемент співробітництва в галузі безпеки між країнами Європейського Союзу – інтенсивний обмін інформацією між органами безпеки. Хоча в цій чутливій області не варто очікувати якихось особливих кроків на шляху інтеграції. Однак наявні підходи до розвідувальної підтримки політики безпеки ЄС мають бути поглиблені та краще контролюватися [14, с. 6].

Професор Udo Helmbrecht зазначає, що забезпечення мережевих та інформаційних систем Європейського Союзу у правовому полі має велике значення для підтримки інтернет-економіки на основі впровадження нових ініціатив щодо подальшого покращення кіберстійкості [17]. У цьому контексті Laszlo Kovacs у своїй роботі “Cyber Security Policy and Strategy in the European Union and NATO” [12, с. 16–24], а також Sevdalina Dimitrova, Stoyko Stoykov і Yosif Kochev у праці “National

Cybersecurity Strategies in Member States of the European Union” [15, с. 54–58] визначають стратегію кібербезпеки як базовий документ, створений в урядовому контексті, що відображає інтереси та правила безпеки роботи в кіберпросторі. Крім того, встановлює основу для майбутнього законодавства, політики / стандартів, керівних принципів та інших рекомендацій щодо безпеки та кібербезпеки.

У цьому ж контексті представляє інтерес досвід деяких країн Східної Європи, зокрема Польщі й Угорщини.

Польща. Кібербезпека є частиною системи національної безпеки Польщі. Уперше питання кібербезпеки країни було порушено у 2007 р., зокрема у Стратегії національної безпеки. У ній відзначався прямий зв'язок між кібербезпекою і здатністю держави функціонувати належним чином. У 2014 р. Стратегія була оновлена, у ній детально були висвітлені питання, пов'язані із захистом кіберпростору в Польщі.

О. Климчук і Н. Ткачук у роботі «Роль і місце спецслужб та правоохоронних органів провідних країн світу в національних системах кібербезпеки» [6, с. 75–83] зазначають, що основні функціональні повноваження в гарантуванні кібернетичної безпеки Польщі покладено на Агентство внутрішньої безпеки (ABW). У 2013 р. за участю даного органу розроблено Стратегію кібербезпеки Польщі (National Security Strategy of the Republic of Poland) [4] та створено при Міністерстві національної оборони Центр криптології, на який покладено завдання із захисту інформації, кібероборони та проведення наступальних кібероперацій. ABW також сформувало урядову команду реагування на комп'ютерні інциденти (CERT), головним завданням якої є забезпечення і розвиток можливостей органів державного управління щодо захисту від кіберзагроз. Під керівництвом ABW у 2015 р. розроблено Доктрину кібербезпеки Польщі (Cybersecurity doctrine of the Republic of Poland) [1], яка оперує ключовими поняттями теорії безпеки на кшталт «загроз», «викликів», «ризиків» тощо. У Доктрині визначені цілі щодо підвищення національної безпеки в області кіберпростору. У 2015 р. в Польщі розпочато роботу над Доктриною інформаційної безпеки.

У своїй роботі “Cybersecurity in Central Eastern Europe: from identifying risks to countering threats” Agnija Tumkevič [9, с. 73–88] зазначає, що Доктрина інформаційної безпеки Польщі розглядається як виконавчий документ до Стратегії національної безпеки. Іншою особливістю правового регулювання інформаційної безпеки в Польщі є безпосередній вплив на політику держави в інформаційній сфері. У цьому документі підкреслюється, що будь-які польські положення повинні бути сумісні зі стратегіями союзних держав та міжнародних організацій, як-от ЄС та НАТО.

Як зазначає Marek Gorka у своїй праці “The Cybersecurity Strategy of the Visegrad Group Countries” [13, с. 75–98], основна мета стратегії – гарантування безпеки Польщі в кіберпросторі. Стратегія окреслює деякі виклики, з якими Польща продовжує стикатися, і найважливіші завдання з кібербезпеки країни, що включає розроблення системного підходу, який матиме правовий, організаційний і технічний аспекти. У документі зазначено, що розширення кібербезпеки створює потенціал для значного наукового співробітництва. Отже, виникає потреба створити систему підтримки досліджень і розробок із кібербезпеки й освіти. Ще одним клю-

човим моментом є важливість постійного розвитку збройних сил. У даному документі звертається особлива увага на розвідувальні та контррозвідувальні служби.

Як видно, Польща робить акцент на розширення повноважень та можливостей спецслужб у кіберпросторі, оскільки це дозволить їм нейтралізувати діяльність зовнішньої розвідки. У цьому контексті політика кібербезпеки повинна запровадити безпечну систему нагляду, тобто незалежну комунікаційну мережу для управління національною безпекою (це можна зробити, наприклад, у межах урядової мережі зв'язку). Важливо також забезпечити національний контроль за системами ІКТ.

Угорщина. Правове забезпечення інформаційної сфери Угорщини, зокрема й кібербезпеки, втілено в Законі «Про електронну інформаційну безпеку державних та муніципальних органів» (2013 р.) та Стратегії національної безпеки Угорщини, затвердженої у 2012 р. (Hungary's National Security Strategy) [2]. Стратегія національної безпеки, зокрема, передбачає, що держава має бути готова управляти ризиками й загрозами, пов'язаними з національною безпекою, обороною, боротьбою проти злочинності, а також запобігати нештатним ситуаціям у кіберпросторі. Водночас основним завданням визнається систематичне визначення пріоритетів у сфері потенційних загроз і ризиків у кіберпросторі, а також підвищення поінформованості суспільства щодо них. Щодо міжнародного співробітництва, то основна мета – це розширити роль Угорщини в ініціативах і співробітництві в кібернетичному захисті ЄС та НАТО, а також у проєктах співробітництва в галузі кібербезпеки ООН і ОБСЄ.

Національна стратегія кібербезпеки Угорщини ухвалена у 2013 р. (National Cyber Security Strategy of Hungary) [3]. У ній чітко прописано, що захист суверенітету країни в кіберпросторі є національним інтересом. Уряд Угорщини вважає вкрай важливим, щоб кібербезпека стала питанням колективної оборони відповідно до ст. 5 основоположного договору НАТО. Це важливий крок на шляху міжнародно-правового гарантування кібербезпеки. Варто зазначити, що кіберзагрози також є пріоритетними у Стратегії національної безпеки Угорщини, ухваленої у 2012 р.

Угорська стратегія кібербезпеки в основному зосереджена на здійсненні національних інтересів у контексті самої держави. У ній встановлені цілі політики безпеки, зокрема, гарантування економічної безпеки, адаптація до технологічних інновацій та забезпечення міжнародного співробітництва в галузі кібербезпеки повинні бути сумісними з державними інтересами Угорщини, але водночас у контексті глобального кіберпростору. У документі також перелічені інструменти для підтримання та підвищення рівня кібербезпеки. Зокрема, безпечне використання кіберпростору залежить від чіткої й ефективної координації діяльності уряду.

У своїй роботі «Забезпечення інформаційної безпеки у країнах центральної Європи» Тарас Ткачук [8, с. 104–110] зазначає, що в документі визначено дві конкретні цілі для кіберстратегії, а саме: управляти загрозами та ризиками, що виникають у кіберпросторі, а також посилити координацію та ресурси уряду. Окрім того, також є посилення на такі цінності, як свобода, безпека та верховенство закону, а також необхідність міжнародного і європейського співробітництва. Угорська стратегія висвітлює міжнародні матеріали, які послужили показниками національного документа.

Також Стратегія відповідає рекомендаціям Європейського парламенту для держав ЄС, які включені до рішення № 2012/2096 (INI) про кібербезпеку й оборону, ухваленого 22 листопада 2012 р.; спільного повідомлення, опублікованого Європейською комісією та Верховним представником спільної зовнішньої політики та політики безпеки Європейського Союзу 7 лютого 2013 р. під назвою «Стратегія кібербезпеки Європейського Союзу: відкритість, безпечність та безпечний кіберпростір». Крім того, Стратегія відповідає Стратегічній концепції НАТО, ухваленій в листопаді 2010 р., Політиці кібербезпеки Організації, ухваленій у червні 2011 р., та її плану реалізації, а також принципам та цілям кіберзахисту, викладеним у документах самітів НАТО, які відбулися 19–20 листопада 2010 р. в Лісабоні та 20–21 травня 2012 р. в Чикаго.

Досить цікавий той факт, що Стратегія Угорщини запроваджує та визначає поняття «угорський кіберпростір», що включає як електронні інформаційні системи, розташовані на державній території, так і соціальні та фінансові процеси, що відбуваються всередині і через кіберпростір. Що стосується стандартів безпеки міжнародних організацій, кіберстратегія звертається до поняття оборони, що базується на загальному принципі оборони відповідно до ст. 5 Статуту НАТО. Отже, Угорщина визнає співпрацю з НАТО ключовою для кібербезпеки.

Стратегія також відзначає динамічний шлях розвитку нових технологій, як-от хмарні обчислення та мобільний інтернет, що призводить до постійної появи нових загроз безпеці. Також визначено кібербезпеку як постійний і запланований процес мінімізації кіберзагроз за допомогою політичних, правових, економічних, освітніх і технічних засобів. Варто зауважити, що у Стратегії також акцентовано наукові розробки в області кібербезпеки, системні взаємини з науковою спільнотою.

Також у національній кіберстратегії виділено потенційні загрози для держави, які можуть виникнути внаслідок витоку інформації. У цьому контексті звертається увага на безпеку ключової інфраструктури кіберпростору. У документі зосереджено увагу на співпраці й ефективному обміні інформацією із залученням наукових експертів різних профілів. Окрім того, у Стратегії також підкреслює важливість спеціалізованих інститутів політики безпеки.

Водночас, як зауважує Marek Gorka [13, с. 75–98], необхідно зазначити, що організації, відповідальні за політику кібербезпеки, чітко не вказані в документі, і на практиці це положення може спричинити багато суперечливих дій. І все ж, як зазначає у своїй праці “Cybersecurity in Central Eastern Europe: from identifying risks to countering threats” Agnija Tumkevi [9, с. 73–88], основним органом, відповідальним за координацію та реалізацію кіберзахисту в Угорщині, є Національна рада координації кібербезпеки. Окрім того, є додаткові установи, відповідальні за аспекти кібербезпеки, зокрема це: Національне управління кібербезпеки, яке створене при Міністерстві національного розвитку, Управління національної безпеки, яке створене при Міністерстві державного управління та юстиції, а також CERT. У своїй роботі “Information Security Law and Strategy in Hungary” Tamás Szadeczky [16, с. 281–289] зауважує, що Національне управління кібербезпеки, як спеціалізований орган, займається криміналістичним аналізом журналів та тестуванням кібервразливості, а урядова команда реагування на надзвичайні ситуації у сфері комп’ютерних ситуацій (GovCERT) була передана різним органам влади.

Висновки. Проблема гарантування інформаційної безпеки через поширення кіберзагроз різного типу стає питанням державної безпеки. Кіберзагрози можуть спричинити зниження ефективності установ, які значною мірою покладаються на інформаційні технології, зокрема й критичної інфраструктури. Це особливо важливо для економіки Центральної та Східної Європи, яка все ще перебуває у процесі модернізації і є набагато більш чутливою до кіберінцидентів різного типу. Тому співпраця в рамках політики безпеки є особливо важливою для країн у цьому регіоні.

У своїх стратегіях держави одноставні щодо своїх планів у намаганні розширити національні можливості кіберзахисту та розширити ресурси для протидії кібератакам. Кожна із цих країн також використовує міжнародне співробітництво для обміну інформацією про кібербезпеку та технічну допомогу. Нинішня політика кібербезпеки також відповідає їхнім обов'язкам як учасників НАТО та ЄС. Вони є частиною Європейської платформи безпеки в кіберпросторі і формують свою політику безпеки на співпраці з Європолом, Європейським центром кіберзлочинності (EC3) та Європейським агентством з питань мережевої та інформаційної безпеки (ENISA). Окрім того, важливо те, щоб під час цієї співпраці повною мірою діяло законодавство цих країн, регулювало нормативно-правові аспекти інформаційної безпеки, специфіка яких не завжди співвідноситься з особливостями нормативно-правової бази інших країн та ЄС загалом. Цей принцип є одним із найважливіших завдань у сфері застосування інформаційної безпеки.

Аналіз нормативно-правових і організаційних основ системи кібербезпеки країн Східної та Центральної Європи свідчить про домінуючу роль спецслужб, зокрема військових, у гарантуванні кібернетичної безпеки держави, що пов'язано з характером кібернетичних загроз сьогодення, протидія яким потребує інструментарію (повноваження, форми, методи), притаманного суто спеціальним, а саме контррозвідувальним, органам держави. Вказані вище органи наділяються функціями здійснення міжвідомчої координації суб'єктів кібербезпеки держави. У їхніх структурах із метою впровадження ефективного й оперативного механізму протидії кіберзагрозам створюються національні центри кібербезпеки, до складу яких також входять і команди швидкого реагування на кіберінциденти (CERT).

Література

1. Cybersecurity doctrine of the Republic of Poland. URL: <http://en.bbn.gov.pl/ftp/dok/01/DCB.pdf>.
2. Hungary's National Security Strategy (2012). URL: https://www.ecfr.eu/page/-/Hongrie_-_2012_-_National_Security_Strategy.pdf.
3. National Cyber Security Strategy of Hungary (2013). URL: https://www.enisa.europa.eu/topics/national-cyber-security-strategies/ncss-map/HU_NCSS.pdf.
4. National Security Strategy of the Republic of Poland (as amended in 2014). URL: <https://www.files.ethz.ch/isn/156796/Poland-2007-eng.pdf>.
5. Ковалев А., Балашов А. Международно-правовые аспекты политики кибербезопасности некоторых европейских стран бывшего советского блока. *Вестник Поволжского института управления*. 2018. № 5 (18). С. 105–114.
6. Климчук О., Ткачук Н. Роль і місце спецслужб та правоохоронних органів провідних країн світу в національних системах кібербезпеки. *Інформаційна безпека людини, суспільства, держави*. 2015. № 3 (19). С. 75–83.
7. Панченко В. Зарубіжний досвід формування систем захисту критичної інфраструктури від кіберзагроз. *Інформаційна безпека людини, суспільства, держави*. 2012. № 3 (10). С. 91–100.

8. Ткачук Т. Забезпечення інформаційної безпеки у країнах центральної Європи. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2017. № 5. С. 104–110.
9. Tumkevič Agnija. Cybersecurity in Central Eastern Europe: from identifying risks to countering threats. *Baltic journal of political science*. 2016. December 2016. № 5. P. 73–88.
10. Murphy C. Cian, Arcarazo Acosta. Rethinking Europe's Freedom, Security and Justice. *EU Security and Justice Law. After Lisbon and Stockholm* / Cian C. Murphy, Diego Acosta Arcarazo ed. Oxford and Portland, Oregon : Hart Publishing, 2014. P. 1–17.
11. Dimitrov N., Valentin Najdenov. National Security in Bulgaria – is it really a system? *Security & Future : International Scientific Journal*. 2019. P. 83–86.
12. Kovacs László. Cyber Security Policy and Strategy in the European Union and NATO. *Land Forces Academy Review*. 2018. Vol. XXIII. № 1 (89). P. 16–24.
13. Gorka Marek. The Cybersecurity Strategy of the Visegrad Group Countries. *Politics in Central Europe*. 2018. № 14 (2). P. 75–98.
14. Bossong Raphael. Intelligence Support for EU Security. Options for Enhancing the Flow of Information and Political Oversight. SWP Comment 2018/C51. December 2018. № 8. P. 1–8.
15. Dimitrova Sevdalina, Stoykov Stoyko, Kochev Yosif. National Cybersecurity Strategies in Member States of the European Union. *Administrattiva un Kriminala Justicija*. 2015. № 4. P. 54–58.
16. Szadeczky Tam s. Information Security Law and Strategy in Hungary. *AARMS*. 2015. № 14 (4). P. 281–289.
17. Helmbrecht Udo. Adequate and effective cybersecurity: state of play. *Speech by ENISA's Executive Director, Prof. Dr. Udo Helmbrecht – Cybersecurity Conference organised by the Austrian Presidency of the Council of the European Union*. European Union Agency For Network and Information Security Vienna, Austria. 3 December 2018. P. 1–6.

Анотація

Кавин С. Я. Правові засади забезпечення кібербезпеки в державах – членах Європейського Союзу. – Стаття.

Стаття присвячена дослідженню питань правового гарантування інформаційної безпеки, зокрема у сфері кіберзахисту в державах Центрально-Східної Європи в контексті аналізу їхніх національних стратегій кібербезпеки та відповідних нормативно-правових актів.

У процесі даного дослідження приділено увагу аналізу правових норм, які сприяють ефективному захисту кібербезпеки держави. Аналізуються особливості функціонування інституційно-правового механізму кіберзахисту в контексті законодавчої регламентації міжнародного співробітництва між державними інституціями та структурами національної безпеки. Обґрунтовується необхідність вироблення узгодженої політики кіберзахисту держав Європейського Союзу в контексті інформаційної політики Європейського Союзу з метою уніфікації підходів щодо забезпечення інформаційного захисту та вдосконалення нормативно-правової бази гарантування інформаційної безпеки. Особлива увага приділяється особливостям правового гарантування інформаційної безпеки країн Європейського Союзу в контексті дослідження їхніх національних кіберстратегій як іманентної складової частини національної безпеки, зокрема з погляду диверсифікації зовнішніх відносин у багатовекторній системі міжнародної безпеки.

Проведений аналіз нормативно-правових основ системи кібербезпеки країн Східної та Центральної Європи свідчить про домінуючу роль спецслужб у гарантуванні кібернетичної безпеки. У зв'язку із цим міжнародна співпраця стосовно уніфікованих підходів до боротьби з кіберзагрозами в інформаційному просторі має дещо обмежений характер.

Сучасні реалії політики національної безпеки країн Європейського Союзу потребують комплексних досліджень у контексті забезпечення розроблення ефективних механізмів захисту інформаційного простору, дослідження політичних та правових механізмів побудови інформаційної безпеки.

Водночас підходи до інформаційної безпеки, поширені в Європейському Союзі, нині не є уніфікованими. Тому дослідження, оцінка та реалізація позитивного досвіду кожної країни Європейського Союзу в цій сфері важливі під час побудови системи інформаційної безпеки Європейського Союзу.

Ключові слова: держави ЄС, інформаційна безпека, кібербезпека, інформаційний простір, норма права.

Summary

Kavin S. Y. Legal framework for cybersecurity in European Union member states. – Article.

The article is devoted to the study of legal issues of information security, in particular in the field of cyber security in Central and Eastern Europe in the context of the analysis of their national cyber security strategies and relevant regulations.

In the course of this study, attention is paid to the analysis of legal norms that provide effective protection of cybersecurity of the state.

There are analyzed the peculiarities of the functioning of the institutional and legal mechanism of cyber defense in the context of the legislative regulation of international cooperation between state institutions and national security structures. The necessity of developing a coordinated policy of cyber security of the EU country's in order to unify approaches provide to information security and improve the regulatory framework for cyber security is substantiated. Particular attention is paid to the study of regulatory and legal provision of information security in Central and Eastern Europe in the context of studying their national cyber strategies as an inherent component of national security, in particular in terms of diversification of external relations in a multi-vector system of international security.

The analysis of the legal framework of the cybersecurity system in Eastern and Central Europe shows the dominant role of intelligence services in ensuring the cyber security of the state. Therefore, international cooperation on unified approaches to combating cyber threats in the information space somewhat limited in nature.

Accordingly, the current realities of national security policy in EU country's require comprehensive research in the context of the development of effective mechanisms for protecting the information space, the study of political and legal mechanisms for building information security.

However, the approaches to information security adopted in the European Union are currently not unified. Therefore, research, evaluation and implementation of the positive experience of each EU country in this area are important in building the information security system of the European Union.

Key words: EU states, information security, cybersecurity, information space, rule of law.

УДК 342.9

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i87.2798>*М. В. Калатур*

ДО ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ІНФОРМАЦІЙНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ СЛІДЧИХ ОРГАНІВ В УКРАЇНІ

Постановка проблеми. Як проголошується у Стратегії розвитку інформаційного суспільства в Україні, нині загальносвітовою тенденцією є масштабне, глибинне та динамічне проникнення інформаційно-комунікаційних технологій у всі сфери життєдіяльності особи, суспільства, суб'єктів господарювання та держави [1]. Водночас важливу роль у будь-якій системі управління відіграє система моніторингу й інформаційно-аналітичного забезпечення, що дозволяє відстежувати поточний стан та прогнозувати можливі наслідки. Проте в Україні інформаційно-аналітичне забезпечення розвивається з певним запізненням, унаслідок інерційності змін в органах управління та його уповільненого адаптування до сучасних умов інформаційного світу [2]. Особливе значення інформаційне забезпечення має під час розслідування кримінальних справ в умовах дефіциту відомостей, коли слідчий відчуває брак даних, необхідних йому як для організації розслідування, так і для виявлення слідів злочину, з'ясування механізму злочинної діяльності, встановлення винних у вчиненні злочину тощо. Зокрема, це характерно для слідчих ситуацій, коли не встановлено особу, яка вчинила злочин, а також для розслідування окремих категорій злочинів, як-от терористичні акти, комп'ютерні злочини, злочини, учинені злочинними угрупованнями, іноземцями тощо [3, с. 280]. У зв'язку з наведеним наукова організація праці й інформаційне забезпечення, як одна з її складових частин, у слідчих підрозділах правоохоронних органів України є пріоритетним напрямом реформування, адже широке застосування інформаційно-комунікаційних технологій та інструментів наукової організації праці є важливою передумовою підвищення ефективності діяльності слідчих органів.

Стан дослідження. Інформаційне забезпечення та наукову організацію праці у правоохоронних органах на різних етапах їхнього становлення та розвитку досліджували І.В. Арістова, В.Г. Афанасьєв, О.М. Бандурка, Ю.М. Батурін, О.В. Бойченко, В.І. Галаган, Р.А. Калюжний, М.В. Колеснікова, С.С. Кудінов, М.М. Мазур, В.М. Плішкін, О.В. Сировой, Р.А. Усманов, В.С. Цимбалюк, М.Я. Швець, Г.М. Шорохова й інші правознавці. Проте внаслідок здійснюваних законодавчих та інституціональних реформ у системі слідчих органів, під впливом технічного прогресу та глобальної інформатизації суспільства інформаційне забезпечення та наукова організація праці у слідчих підрозділах правоохоронних органів України потребують подальшого теоретичного дослідження та вдосконалення.

Мета статті – надати визначення поняття інформаційного забезпечення діяльності слідчих органів в Україні.

Виклад основного матеріалу. Під час дослідження питання інформаційного забезпечення у слідчих підрозділах правоохоронних органів України варто спо-

чатку звернутися до термінологічного апарату. Так, відповідно до ст. 1 Закону України «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 р. № 2657–ХІІ зі змінами та доповненнями, інформація – це будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді. Під захистом інформації законодавець розуміє сукупність правових, адміністративних, організаційних, технічних та інших заходів, що забезпечують збереження, цілісність інформації та належний порядок доступу до неї [4]. У загальному розумінні інформація – це відомості про що-небудь, наприклад, про якісь предмети, навколишнє середовище тощо. Термін «інформація», як зазначає В.Л. Плєскач (лат. *informatio* означає «пояснення», «викладення», «повідомлення»), спочатку уживався лише щодо засобів зв'язку, а потім у більш широкому розумінні. Автор продовжує, що інформація – це сукупність відомостей про матеріальний і духовний світ, про закономірності й тенденції його розвитку, які можна відтворювати шляхом передачі усним, письмовим або електронним способом [5]. У своєму тлумачному словнику С.І. Ожегов дає таке визначення поняття «інформація»: 1) відомості про навколишній світ і процеси, що протікають у ньому, які сприймаються людиною чи спеціальним пристроєм; 2) повідомлення, які повідомляють про стан речей, про стан будь-чого [6, с. 457]. Згідно з визначеннями, наведеними у словнику іншомовних слів, інформація – це: 1. Відомості про навколишній світ та процеси, що в ньому протікають, які сприймаються людиною або спеціальним улаштуванням. 2. Повідомлення про стан справ, про стан чого-небудь. Якщо звернутися до філософського тлумачення, то під інформацією розуміють особливий атрибут матерії, пов'язаний з її здатністю до відображення [7, с. 311].

На думку Ю.І. Шемакіна, «інформація» – це семантична сутність матерії, яка має загальну властивість матерії та проявляється в кібернетичних комунікативних процесах. Поняття «матерія» ототожнюється з поняттям «система», складовими елементами якої є речовина, енергія, знання. Дані – це відомості, які не можуть виступати інформацією, вони використовуються як будь-який висновок, можливе рішення. А знання – це наслідок пізнавальної діяльності, система понять про дійсність, отриманих з її допомогою [8]. Намагаючись діалектично поєднати всі основні визначення інформації, О.В. Кохановська запропонувала визначити її як «нематеріальне немайнове благо особливого роду, яке нерозривно пов'язане із життям, з його виникненням і закінченням, яке проявляється як особисте немайнове благо, як результат впливу на людину й інших суб'єктів та об'єкти права, як результат інтелектуальної творчої діяльності і як документовані або публічно оголошені відомості про події та явища, які мали або мають місце в суспільстві, державі та навколишньому середовищі» [8, с. 172].

Необхідно вказати також думку В.С. Цимбалюка, О.М. Гальченка, О.О. Орехова та В.М. Брижко, які доводять, що з погляду загальносистемного уявлення про сутність поняття, «інформація» має два аспекти: 1) гносеологічний аспект – інформація розглядається як повідомлення, якісне значення його змісту (семантичний аспект значеннєвого змісту інформації). Отже, можна говорити про те, що інформація – це сукупність даних про дійсність, побудована на основі мислення і висновків людей або розв'язання завдань засобами з «інтелектуальними» можливостями.

Або інформація – це документальні чи публічні відомості незалежно від форми їх представлення; 2) онтологічний аспект – інформація розглядається як кількісне значення міри пропускнуї спроможності каналу зв'язку (визначеність і упорядкованість (інтенсивність) потоку повідомлення в мережах передачі даних, що зветься «трафік») й упорядкування повідомлень (організаційний аспект процесу кодування/декодування і передачі/прийому інформації). Інформація в даному аспекті розглядається як упорядкована система, яку можна описати математично. Водночас під упорядкованою системою мається на увазі будь-яка алгоритмізована система з об'єктивно заданим алгоритмом, що може бути пізнаний [9, с. 24].

Отже, інформація – це відповідні дані, які використовують уповноважені суб'єкти для здійснення відповідної діяльності. Поняття інформаційного забезпечення ані на законодавчому, ані на доктринальному рівнях не визначено. Так, інформаційне забезпечення являє собою сукупність форм документів, нормативної бази і реалізованих рішень щодо обсягу, розміщення і форм організації інформації, яка циркулює в системі автоматизованого оброблення інформації чи в інформаційній системі [10]. Р.А. Калюжний та В.О. Шамрай трактують поняття інформаційного забезпечення як: діяльність, пов'язану з організацією збору, реєстрації, передачі, зберігання, опрацювання і представлення інформації; забезпеченість системи управління відповідною множиною інформації [11, с. 39]; діяльність суб'єктів управління, яка спрямована на надання службам та підрозділам відомостей, необхідних їм для здійснення покладених на них завдань і функцій, та задоволення відповідних вимог [12, с. 124].

Також під інформаційним забезпеченням розуміють сукупність інформаційних ресурсів, засобів, методів і технологій, які сприяють ефективним комунікаціям у контурі управління й ухваленню оперативних і своєчасних рішень у правоохоронній діяльності [13, с. 168]. Е.Д. Лук'янчиков, у свою чергу, інформаційним забезпеченням називає систему напрямів оптимізації кримінально-процесуальної діяльності у формах дізнання і досудового слідства, які включають постійне узагальнення слідчої практики, виявлення недоліків, проблем, їх наукове розроблення і практичне вирішення [14, с. 339]. Проте, на наш погляд, даний підхід не відображає сутності власне інформаційного забезпечення поряд з іншими видами забезпечення, організації, управління тощо.

Більш детально підходить до даної проблеми В.Л. Синчук, що розглядає інформаційне забезпечення у трьох його аспектах:

1) як компонент дослідницької пізнавальної процедури одержання інформації, відсутньої в адресата;

2) як попередню процедуру одержання необхідної інформації суб'єктом досудового слідства перед провадженням слідчої дії або оцінюванням її результатів, перед ухваленням процесуального рішення почати діяти;

3) як створення умов реалізації принципів інформації: відкритості, доступності, об'єктивності, повноти, точності та вільного обміну; діяльність зі здійснення принципу наочності, що забезпечує єдність сприйняття й абстрактного мислення [15, с. 139]. Проте ми не можемо погодитися з автором, адже вважаємо, що інформаційне забезпечення охоплює не лише «попередню процедуру одержання необхідної інформації», але й усі етапи роботи з нею.

На відміну від указаних науковців, Є.П. Іщенко слушно зазначає, що змістом інформаційного забезпечення є створення, функціонування та вдосконалення інформаційних систем, які являють собою апаратно-програмні комплекси засобів, що дозволяють здійснювати збір, обробку, накопичення криміналістично значущих даних, їх видачу на запити споживача [16, с. 12].

У свою чергу, М.В. Колеснікова під інформаційним забезпеченням правоохоронних органів розуміє комплексний процес узагальнення практики діяльності правоохоронних органів, що здійснюється за допомогою організаційних, правових, технічних і технологічних заходів, засобів та методів, які забезпечують функціонування системи інформаційних зв'язків між слідчими й іншими учасниками правоохоронної діяльності щодо збирання, оброблення й аналізу інформації [17, с. 117]. Із цим ми також не можемо погодитися, адже інформаційне забезпечення може включати не лише «узагальнення практики діяльності», але й обробку якісно нових інформаційних масивів.

Висновки. Отже, підсумовуючи вищевказане, пропонуємо під інформаційним забезпеченням діяльності слідчих органів розуміти складову частину механізму організації слідчої діяльності, що в адміністративно-правовому плані передбачає одержання, збирання, реєстрацію, обробку, передачу, збереження та надання інформації шляхом створення інформаційних ресурсів, баз і систем, автоматизованих робочих місць із використанням новітніх методів і технологій.

Література

1. Про схвалення Стратегії розвитку інформаційного суспільства в Україні : розпорядження Кабінету Міністрів України від 15 травня 2013 р. № 386-р. *Верховна Рада України* : вебсайт. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/386-2013-%D1%80>.
2. Щорічна доповідь про стан інформатизації та розвиток інформаційного суспільства в Україні. *Державне агентство з питань електронного урядування України* : вебсайт. URL: <https://old.e.gov.ua/content/shchorichna-dopovid-pro-rozvytok-informatsiyogo-suspilstva>.
3. Кудінов С.С. Інформаційне забезпечення розслідування злочинів: сучасний стан та шляхи вдосконалення. *Вісник Луцького державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка*. 2011. № 1. С. 280–285.
4. Про інформацію : Закон України від 2 жовтня 1992 р. № 2657–ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 48. Ст. 650.
5. Плєскач В.Л., Затонацька Т.Г. Інформаційні системи і технології на підприємствах : підручник. Київ : Знання, 2011. 718 с.
6. Ожегов С.И. Словарь русского языка. Москва, 1991. 915 с.
7. Державне управління : навчальний посібник / А.Ф. Мельник та ін. ; за ред. А.Ф. Мельник. Київ : Знання-Прес, 2003. 343 с.
8. Шемакин Ю.И. Теоретическая информатика. Москва : МГУ, 1995.
9. Е-будущее и информационное право / В.М. Брыжко и др. Киев : Интеграл, 2002. 264 с.
10. Загальна характеристика інформаційного забезпечення *Інформаційні системи і технології в статистиці* : навчальний посібник / В.М. Годун, Н.С. Орленко, М.А. Сендзюк ; за ред. В.Ф. Ситника. Київ : КНЕУ, 2003. 267 с. URL: <https://library.if.ua/book/80/5658.html>.
11. Інформаційне забезпечення управлінської діяльності в умовах інформатизації: організаційно-правові питання теорії і практики : монографія / Р.А. Калюжний та ін. ; за ред. Р.А. Калюжного, В.О. Шамрая. Київ : Акад. ДПС України, 2002. 296 с.
12. Административная деятельность органов внутренних дел. Часть общая : учебник для образовательных учреждений высшего профессионального образования Министерства внутренних дел России / С.Н. Бочаров и др. ; под. ред. А. П. Коренева. Москва : Моск. юрид. ин-т, 1996. 335 с.

13. Приймак В.М. Прийняття управлінських рішень : навчальний посібник. Київ : Атіка, 2008. 240 с.
14. Лук'янчиков Е.Д. Інформаційне забезпечення розслідування злочинів (правові і тактико-криміналістичні аспекти) : дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2005. 429 с.
15. Синчук В.Л. Інформаційне забезпечення досудового слідства : теоретичний аспект. *Вісник Академії педагогічних наук України*. 2003. № 1 (32). С. 134–140.
16. Ищенко Е.П. Понятие и структура информационного обеспечения следственной деятельности. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка*. 2008. Спец. вип. № 5. Ч. 1. С. 3–12.
17. Колеснікова М.В. Поняття, сутність та значення інформаційного забезпечення правоохоронних органів України. *Право і безпека*. 2011. № 5 (42). С. 116–119.

Анотація

Калатур М. В. До проблеми визначення поняття інформаційного забезпечення діяльності слідчих органів в Україні. – Стаття.

Актуальність статті полягає в тому, що наукова організація праці й інформаційне забезпечення як одна з її складових частин у слідчих підрозділах правоохоронних органів України є пріоритетним напрямом реформування, адже широке застосування інформаційно-комунікаційних технологій та інструментів наукової організації праці є важливою передумовою підвищення ефективності діяльності слідчих органів. Метою статті є надання визначення поняття інформаційного забезпечення діяльності слідчих органів в Україні. У статті, на основі аналізу наукових поглядів учених та нормативного законодавства щодо тлумачення понять «інформація» й «інформаційне забезпечення», запропоновано авторське визначення терміна «інформаційне забезпечення діяльності слідчих органів в Україні», яке варто розуміти як складову частину механізму організації слідчої діяльності, що в адміністративно-правовому плані передбачає одержання, збирання, реєстрацію, обробку, передачу, збереження та надання інформації шляхом створення інформаційних ресурсів, баз і систем, автоматизованих робочих місць із використанням новітніх методів і технологій. Наголошено, особливе значення інформаційне забезпечення має під час розслідування кримінальних справ в умовах дефіциту відомостей, коли слідчий відчуває брак даних, необхідних йому як для організації розслідування, так і для виявлення слідів злочину, з'ясування механізму злочинної діяльності, встановлення винних у вчиненні злочину тощо. З'ясовано, що змістом інформаційного забезпечення є створення, функціонування та вдосконалення інформаційних систем, які являють собою апаратно-програмні комплекси засобів, що дозволяють здійснювати збір, обробку, накопичення криміналістично значущих даних, їх видачу на запити споживача. Визначено, що під інформаційним забезпеченням діяльності слідчих органів варто розуміти складову частину механізму організації слідчої діяльності, що в адміністративно-правовому плані передбачає одержання, збирання, реєстрацію, обробку, передачу, збереження та надання інформації шляхом створення інформаційних ресурсів, баз і систем, автоматизованих робочих місць із використанням новітніх методів і технологій.

Ключові слова: інформація, інформаційне забезпечення, діяльність, слідчі органи в Україні.

Summary

Kalatur M. V. On the problem of defining the concept of informational support of the activities of investigative bodies in Ukraine. – Article.

The relevance of the article is that the scientific organization of labor and information support, as one of its components, in the investigative units of law enforcement agencies of Ukraine is a priority area of reform, because the widespread use of information and communication technologies and tools of scientific organization of labor is an important prerequisite body. The purpose of the article is to provide a definition of the concept of information support for the activities of investigative bodies in Ukraine. The article, based on the analysis of scientific views of scientists and current legislation on the interpretation of the concepts of "information" and "information support", proposes the author's definition of "information support of investigative bodies in Ukraine", which should be understood as part of the mechanism in the administrative and legal plan provides for the receipt, collection, registration, processing, transmission, storage and provision of information by creating information resources, databases and systems, automated workplaces using the latest methods and technologies. It is emphasized that information support is especially important during the investigation of criminal cases in conditions of lack of information, when the investigator lacks the data he needs, both to organize the investigation

and to identify traces of the crime, to clarify the mechanism of criminal activity, to establish perpetrators. etc. It was found that the content of information support is the creation, operation and improvement of information systems, which are hardware and software systems that allow the collection, processing, accumulation of forensic data, their issuance at the request of the consumer. It is determined that under the information support of the investigative bodies to understand a component of the mechanism of organization of investigative activities, which in administrative law provides for obtaining, collecting, registering, processing, transmitting, storing and providing information by creating information resources, databases and systems, automated workplaces. using the latest methods and technologies.

Key words: information, information support, activity, investigative bodies in Ukraine.

УДК 342.9 (004.9) + 34.096

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i87.2799>*К. О. Клименко, В. В. Костенко*

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ФУНКЦІОНУВАННЯ ІНФРАСТРУКТУРИ ЕЛЕКТРОННИХ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПОСЛУГ

Розвиток інформаційно-комунікаційних технологій, сучасні виклики та загрози цивілізації дають поштовх створенню нових суспільних відносин в Україні. Реальністю стала цифровізація багатьох сфер життєдіяльності людини. Швидкими темпами створюються нові електронні сервіси, які мають на меті спростити взаємодію держави і громадянина та надати можливість отримувати державні послуги та необхідні відкриті дані й інформаційні ресурси. Водночас стрімке запровадження новітніх технологій потребує своєчасного реагування законодавства, що є нині найбільш актуальним.

Метою статті є науковий аналіз нормативно-правової бази України, що регулює застосування електронних довірчих послуг та електронних адміністративних послуг, а також визначення проблем і розроблення пропозицій з удосконалення чинного законодавства України.

Результати аналізу наукових публікацій. Натепер немає комплексних наукових досліджень стосовно правового регулювання сучасних технологій із використанням електронних послуг та електронних довірчих послуг у процесі надання державних електронних адміністративних послуг.

Виклад основних положень. Сучасний світ визначається процесами глобалізації, розвитку світової економіки, а також політичних, економічних, наукових, бізнесових, торговельних, інформаційних суспільних відносин, які безпосередньо впливають не тільки на міжнародну систему відносин, а й на будь-які процеси в конкретних країнах, а також на забезпечення прав, задоволення інтересів і потреб їхніх громадян та державних інституцій.

Одними з основних складових частин сучасних суспільних відносин є швидкий обмін цифровою інформацією та забезпечення її актуальності, надійності, цілісності, оперативності, ідентичності, достовірності й повноти.

Комп'ютерні технології дозволили започаткувати нові суспільні відносини між суб'єктами правовідносин під час обміну інформацією у формі електронних (цифрових) документів або електронних послуг, а надійність передачі інформації забезпечується застосуванням технології електронного підпису з використанням алгоритмів цифрового криптографічного захисту.

Досвід законодавчого регулювання використання електронного підпису й електронних послуг у системах масового обслуговування в режимі онлайн практично не вивчався, оскільки ці питання зараз регулюються численними юридичними та технічними нормативними актами, стандартами, порядками тощо. Для забезпечення застосування електронних довірчих послуг у таких системах необхідно модернізувати правове регулювання.

Нині в Україні функціонують масштабні електронні системи, які забезпечують цифровими даними суб'єктів правовідносин під час електронного обміну інформацією (Electronic Data Interchange); руху капіталу (Electronic Funds Transfer); торгівлі (e-Trade); використання електронних грошей (e-cash); маркетингу (e-market); банкінгу (e-banking); системи здоров'я (e-health), технологічні рішення Mobile ID, ID-Card, BankID, Єдиного державного вебпорталу електронних послуг «Портал Дія», різноманітні електронні реєстри, у яких застосовуються або можуть застосовуватися кваліфіковані електронні довірчі послуги (електронний підпис) [1].

Так, натеper в Україні діють 21 кваліфікований постачальник електронних довірчих послуг, серед яких Засвідчувальний центр Національного банку України та Центральний засвідчувальний орган Міністерства цифрової трансформації України. Технічне та юридичне регулювання сфери кваліфікованих електронних довірчих послуг здійснюється європейськими та міжнародними стандартами, що регламентують найбільш поширені у світі криптографічні алгоритми та протоколи, як-от RSA, DSA, KCDSA, ECDSA, EC-KCDSA і EC-GDSA. Також застосовуються і два національні стандарти: ДСТУ 7624:2014 «Інформаційні технології. Криптографічний захист інформації. Алгоритм симетричного блокового перетворення» та ДСТУ 7564:2014 «Інформаційні технології. Криптографічний захист інформації. Функція хешування», алгоритм симетричного блокового перетворення на функції хешування.

7 листопада 2018 р. набрав чинність Закон України «Про електронні довірчі послуги», який дає можливість запровадити в Україні сучасні електронні методи ідентифікації особи [2]. Ухвалення нового Закону створило сприятливі умови для технічного розвитку галузі, що надало можливість значно розширити категорії користувачів (підписанти) електронного підпису та розробити нові електронні послуги.

У межах реалізації Комплексної програми розвитку фінансового сектора України до 2020 р. Національний банк затвердив порядок функціонування Єдиної національної системи електронної дистанційної ідентифікації фізичних і юридичних осіб BankID [3], що спрямований на розвиток електронної ідентифікації громадян під час надання державних адміністративних електронних послуг. За останніми даними, громадянам України видано більше 4 млн ID-Card, зокрема й з електронним підписом.

Нині органи державної влади забезпечуються понад 150 електронними адміністративними послугами онлайн, які надаються на порталах ЦОВВ та через електронні кабінети органів влади.

Натеper одним із найбільш популярних став Єдиний державний вебпортал електронних послуг «Портал Дія», створений за ініціативи Президента України «Країна у смартфоні» та за сприяння Міністерства цифрової трансформації України. Єдиний державний вебпортал електронних послуг «Портал Дія» натеper дозволяє використовувати електронне відображення водійського посвідчення, свідоцтва про реєстрацію авто, яке належить користувачу додатка, студентського квитка, паспорта громадянина України у вигляді ID-картки, біометричного закордонного паспорта. Також є можливість авторизації користувача через Єдину наці-

ональну систему електронної дистанційної ідентифікації фізичних і юридичних осіб BankID, здійснювати перевірку дійсності цифрових документів через тимчасовий QR-код, отримувати онлайн-підтримку та термінові загальнодержавні інформаційні повідомлення, а також отримувати низку адміністративних послуг.

Водночас запровадження новітніх технологій у сфері електронних послуг значно випереджає правове регулювання даної галузі, що створює низку ризиків, до яких ні суспільство, ні законодавство нині не готові. Так, застосування державного вебпорталу «Дія» створює низку правових ризиків, які натеper законодавчо не врегульовані і можуть генерувати небезпечні правові інциденти. Спостерігається неузгодженість численних правових норм та нормативно-правових актів, що регулюють сфери інформаційних технологій. Отже, виникає потреба об'єднання нових сучасних правових норм за єдиними сукупностями ознак, а також розроблення і застосування єдиного термінологічного апарату.

Наприклад, вітчизняне законодавство по-різному трактує поняття «електронна послуга»:

електронна послуга (або е-послуга) – це адміністративна або інша публічна послуга, що надається громадянину або юридичній особі в електронній формі. Завдяки цьому громадянин має змогу отримати послугу від держави (оформлення ліцензії, соціальної допомоги, особистого документа тощо) без особистого відвідування органів влади. Е-послуги надаються через Інтернет, тож доступні з дому чи офісу 24 години на добу та сім днів на тиждень. Таким чином, вони є зручнішими та швидшими за особисті візити та мінімізують ризики корупції [4];

– електронна послуга – послуга, надана громадянам та організаціям в електронному вигляді за допомогою інформаційно-комунікаційних технологій (далі – е-послуга) [5];

– електронна послуга – передача до відділів державної реєстрації актів цивільного стану наданих користувачами заяв у сфері державної реєстрації актів цивільного стану з накладенням електронного цифрового підпису користувача або звернень з інформацією, необхідною для формування таких заяв, що підписуються під час особистого звернення фізичної особи до відділу, отримання повідомлень про результати їх розгляду [6];

– електронна послуга – надання інформації та/або документів із метою вирішення порушених особою, яка звертається до органів Пенсійного фонду, питань за допомогою засобів вебпорталу [7];

– електронна послуга – адміністративна й інша публічна послуга, що надається суб'єкту звернення в електронній формі за допомогою засобів інформаційних, телекомунікаційних, інформаційно-телекомунікаційних систем [8];

– електронна послуга – будь-яка послуга, що надається через інформаційно-телекомунікаційну систему.

Уведення так званих «електронних паспортів та посвідчень» виявило низку правових прогалин. Застосування «електронних паспортів» регламентоване лише одним документом, а саме постановою Кабінету Міністрів України від 15 квітня 2020 р. № 278 «Про реалізацію експериментального проєкту щодо застосування відображення в електронному вигляді інформації, що міститься у паспорті грома-

дянина України, у формі картки, та відображення в електронному вигляді інформації, що міститься у паспорті громадянина України для виїзду за кордон» [9].

Так, е-паспорт – відображення в електронному вигляді інформації, що міститься в паспорті громадянина України у формі картки, оформленому особі засобами Єдиного державного демографічного реєстру (далі – Реєстр), разом з унікальним електронним ідентифікатором (QR-код), який забезпечує отримання інформації з Реєстру інформаційними ресурсами єдиної інформаційної системи Міністерства внутрішніх справ (далі – МВС) на запит Єдиного державного вебпорталу електронних послуг «Дія».

Е-паспорт для виїзду за кордон – відображення в електронному вигляді інформації, що міститься в паспорті громадянина України для виїзду за кордон, оформленому особі засобами Реєстру, разом з унікальним електронним ідентифікатором (QR-код), який забезпечує отримання інформації з Реєстру інформаційними ресурсами єдиної інформаційної системи МВС на запит Єдиного державного вебпорталу електронних послуг «Портал Дія».

Варто зазначити, що дані електронні відображення діють протягом періоду реалізації експериментального проєкту і не застосовуються для вчинення юридично значущих правочинів або дій. Закон України «Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус» містить вичерпний перелік таких документів та їхню форму. Цим Законом електронні відображення не передбачені. Твердження Міністерства цифрової трансформації України про те, що електронні відображення паспортів «офіційно є цифровими аналогами паперових та пластикових документів і мають таку саму юридичну силу», є передчасними і не містять правових наслідків. Тобто фактично електронні відображення паспортів, посвідчень, квитків у чинному національному правовому полі – це тільки графічні світлинки без правового статусу [10].

Водночас залишаються неврегульованими і техніко-юридичні проблеми, пов'язані із захистом персональних даних та захистом інформації в системі кваліфікованих електронних довірчих послуг та електронних послуг.

Варто враховувати й те, що натепер немає будь-якої офіційної інформації щодо правового статусу «Єдиного державного вебпорталу електронних послуг «Портал Дія». Постановою Кабінету Міністрів України від 15 квітня 2020 р. № 278 «Про реалізацію експериментального проєкту щодо застосування відображення в електронному вигляді інформації, що міститься у паспорті громадянина України, у формі картки, та відображення в електронному вигляді інформації, що міститься у паспорті громадянина України для виїзду за кордон» узагалі не передбачено такого суб'єкта як Єдиний державний вебпортал електронних послуг «Портал Дія», а також не надано його визначення.

Невідома і доля комплексної системи захисту інформації, яку мали впровадити відповідно до вимог ст. 8 Закону України «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах», оскільки Єдиний державний вебпортал електронних послуг «Портал Дія» вважається та фактично є державним інформаційним ресурсом.

Крім того, зараз невизначеність існує і з комплексною системою захисту інформації Центрального засвідчувального органу Міністерства цифрової трансформації України, адміністратором інформаційно-телекомунікаційної системи якого визначено державне підприємство «ДІА». Також натепер атестат КСЗІ ДП «ДІА» відсутній, що згідно зі ст. 8 Закону України «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах» є порушенням чинного законодавства. Відповідно до Закону України «Про електронні довірчі послуги», цей факт може вважатися подією, що призводить або може призвести до несанкціонованого доступу до особистого ключа, тобто компрометації особистого ключа ЦЗО.

Отже, наявні суттєві «білі плями» та суперечності в законодавстві України у правовому регулюванні багатьох аспектів функціонування систем та процедур надання електронних послуг, а саме в частині юридичної відповідальності за створення, надання та поширення електронних послуг, електронних довірчих послуг, електронного підпису тощо.

Усі вищевказані ризики не підвищують рівень довіри громадян до електронних сервісів. Недовіра сформувалася через недостатню захищеність інформаційних систем від несанкціонованого втручання, передусім від неправомірних дій посадовців, наприклад, незаконних дій із даними Державного реєстру прав на нерухоме майно.

Варто окремо зазначити, що і громадяни через неналежну поінформованість або особливості ментальності, що склалася на пострадянському просторі, асоціюють електронні підписи й електронні сервіси як простий інструментарій або технічний гаджет, що виконує суто технічну функцію. Натомість електронний підпис натепер є єдиним засобом, визнаним законодавством усіх країн світу, який не тільки є електронним еквівалентом власноручного підпису але й наділений правом підтверджувати волевиявлення фізичної особи під час учинення електронних правочинів. Тобто глобально електронний підпис можна ототожнювати з електронним відображенням у цифровому просторі особи, яка вчиняє електронні юридично значущі дії.

Отже, усі ці перелічені чинники зумовлюють недовіру, бар'єри та проблеми на шляху розвитку електронних послуг, електронних довірчих послуг, використання електронних підписів у сучасних державних інформаційно-комунікаційних системах держави.

Висновки. Українська законодавча система, що регулює юридичну і технічну сфери застосування електронних послуг, електронних довірчих послуг та електронних підписів, є досить розвиненою та насиченою нормативно-правовими актами. Неузгодженість численних правових норм та нормативно-правових актів, що регулюють сфери інформаційних технологій, стимулювала модернізацію багатьох напрямів правового регулювання. Отже, нині у структурі даного законодавства йде активне формування нової нормативно-правової бази. Розвиток інфраструктури електронних послуг потребує кореляції з відповідною нормативно-правовою базою. У цьому сенсі українські правознавці та фахівці інформаційного права й інших галузей права повинні забезпечити ефективну модернізацію національного законодавства у сфері регулювання електронних послуг.

Література

1. Костенко О.В., Вискуб О.А., Костенко В.В. Окремі аспекти правового регулювання процесів цифровізації України. *Право та державне управління*. 2019. № 3 (36). Т. 1. С. 172–179.
2. Про електронні довірчі послуги : Закон України від 5 жовтня 2017 р. № 2155–VIII. *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2155-19> (дата звернення: 14.05.2020).
3. Про затвердження Положення про Систему BankID Національного банку України : постанова НБУ від 30 серпня 2016 р. № 378. *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0378500-16> (дата звернення: 14.05.2020).
4. Усі питання по е-послугах. *Урядовий портал* : єдиний вебпортал органів виконавчої влади України. URL: <https://www.kmu.gov.ua/ua/usi-pitannya-po-e-poslugam/sho-take-elektronna-posluga> (дата звернення: 14.05.2020).
5. Про схвалення Стратегії розвитку інформаційного суспільства в Україні : розпорядження Кабінету Міністрів України від 15 травня 2013 р. № 386-р. *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/386-2013-%D1%80/ed20130515/sp:max100#n16> (дата звернення: 14.05.2020).
6. Про запровадження пілотного проекту щодо подання заяв у сфері державної реєстрації актів цивільного стану через мережу Інтернет : наказ Міністерства юстиції України від 9 липня 2015 р. № 1187/5. *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0812-15/sp:max100> (дата звернення: 14.05.2020).
7. Про організацію прийому та обслуговування осіб, які звертаються до органів Пенсійного фонду України : постанова Пенсійного фонду України від 30 липня 2015 р. № 13–1. *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0991-15/sp:max100> (дата звернення: 14.05.2020).
8. Про схвалення Концепції розвитку систем електронних послуг в Україні : розпорядження Кабінету Міністрів України від 16 січня 2016 р. № 918-р. *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/918-2016-%D1%80/ed20161116/sp:max100#n15> (дата звернення: 14.05.2020).
9. Про реалізацію експериментального проекту щодо застосування відображення в електронному вигляді інформації, що міститься у паспорті громадянина України, у формі картки, та відображення в електронному вигляді інформації, що міститься у паспорті громадянина України для виїзду за кордон : постанова Кабінету Міністрів України від 15 квітня 2020 р. № 278. *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/278-2020-%D0%BF?fbclid=IwAR2OmkmJiXv_nAcPCc0Eoy8V_zdvemRnBwrEcrOaBJ_Qy52ZON-Me9yLGBY#n25 (дата звернення: 14.05.2020).
10. Хімич Роман. Про електронне казна-щої «державу» у смартфоні. URL: <https://www.facebook.com/notes/roman-khimich/%D0%BF%D1%80%D0%BE-%D0%B5%D0%BB%D0%B5%D0%BA%D1%82%D1%80%D0%BE%D0%BD%D0%B5-%D0%BA%D0%B0%D0%B7%D0%BD%D0%B0-%D1%89%D0%BE-%D1%96-%D0%B4%D0%B5%D1%80%D0%B6%D0%B0%D0%B2%D1%83-%D0%B2-%D1%81%D0%BC%D0%B0%D1%80%D1%82%D1%84%D0%BE%D0%BD%D1%96/2999585593413689/> (дата звернення: 14.05.2020).

Анотація

Клименко К. О., Костенко В. В. Проблеми правового забезпечення функціонування інфраструктури електронних адміністративних послуг. – Стаття.

У статті розглянуто перспективи розвитку цифровізації України, створення системи державних електронних послуг та проблеми правового регулювання у сфері електронних послуг. Проаналізовано законодавство України, що регулює правовідносини, які виникають під час використання електронних сервісів.

У процесі порівняльного аналізу з'ясовано, що вітчизняне законодавство по-різному трактує поняття «електронна послуга» у нормативних документах Кабінету Міністрів України, Міністерстві юстиції України, Пенсійного фонду України та Законі України «Про електронні довірчі послуги».

Зазначено, що, за оцінками фахівців, нині спостерігається недовіра громадян до електронних сервісів через низький рівень правової обізнаності й інформаційної гігієни більшості населення. Недовіра сформувалася через недостатню захищеність інформаційних систем від несанкціонованого втручання, передусім від неправомірних дій посадовців, наприклад, незаконних дій з даними Державного реєстру прав на нерухоме майно.

Українська законодавча система, що регулює юридичну і технічну сфери застосування електронних послуг, електронних довірчих послуг і електронних підписів, є досить розвинутою та насиченою

нормативно-правовими актами. Неузгодженість численних правових норм та нормативно-правових актів, що регулюють сфери інформаційних технологій, стимулювала модернізацію багатьох напрямів правового регулювання. Отже, нині у структурі даного законодавства йде активне формування нової нормативно-правової бази. Розвиток інфраструктури електронних послуг потребує кореляції з відповідною нормативно-правовою базою. У цьому сенсі українські правознавці та фахівці інформаційного права й інших галузей права повинні забезпечити ефективну модернізацію національного законодавства у сфері регулювання електронних послуг.

Запропоновано рекомендації та пропозиції щодо вирішення проблем, пов'язаних із застосуванням електронних послуг та електронних довірчих послуг.

Ключові слова: електронний підпис, електронні довірчі послуги, електронні адміністративні послуги, довіра, Портал Дія, норма закону.

Summary

Klimenko K. O., Kostenko V. V. Problems of legal support of functioning of infrastructure of electronic administrative services. – Article.

The article considers the prospects for the development of digitalization of Ukraine, the creation of a system of state electronic services and the problems of legal regulation in the field of electronic services. The legislation of Ukraine regulating legal relations that arise during the use of electronic services is analyzed.

The comparative analysis revealed that domestic legislation interprets the definition of “electronic service” differently in the regulations of the Cabinet of Ministers of Ukraine, the Ministry of Justice of Ukraine, the Pension Fund of Ukraine and the Law of Ukraine “On Electronic Trust Services”.

It is noted that according to experts, there is currently a lack of public confidence in electronic services due to the low level of legal awareness and information hygiene of the vast majority of the population. Distrust was formed due to insufficient protection of information systems from unauthorized interference and, most of all, from illegal actions of officials, such as illegal actions with data from the State Register of Real Estate Rights.

The Ukrainian legislative system regulating the legal and technical spheres of application of electronic services, electronic trust services and electronic signatures is quite developed and saturated with normative legal acts. The inconsistency of numerous legal norms and normative-legal acts regulating the spheres of information technologies stimulated the modernization of many directions of legal regulation. Thus, currently in the structure of this legislation is the active formation of a new regulatory framework. The development of e-services infrastructure needs to be correlated with the relevant regulatory framework. In this sense, Ukrainian jurists and specialists in information law and other branches of law must ensure the effective modernization of national legislation in the field of regulation of electronic services.

Recommendations and proposals for solving problems related to the use of electronic services and electronic trust services have been developed.

Key words: electronic signature, electronic trust services, electronic administrative services, trust, Portal Action, rule of law.

УДК 336.221.4

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i87.2800>

Д. І. Кліменко

СТАНОВЛЕННЯ ТА ФУНКЦІОНУВАННЯ ПОДАТКОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ

Державні доходи виконують незмінну роль у забезпеченні економічного розвитку країни. Проблеми становлення та функціонування податкової системи завжди перебувають у центрі уваги як науковців, так і практиків. Розвиток податкової системи тотожний формуванню держави й безпосередньо пов'язаний з усіма його складниками: монополізацією права на використання сили, створенням безособового апарату управління, відокремленого від інших соціальних груп, створенням інститутів громадянства і права.

Однією з ознак високого ступеня державного й економічного розвитку є наявність ефективної податкової системи, формування якої потребувало значного часу. Оскільки для появи сучасних податків, крім безпосередньо досить розвиненої державності, необхідними були перехід від натуральної форми відносин до товарно-грошових, перехід до ринкової економіки, також варто зазначити, що на становлення вплинув період великих географічних відкриттів. Згодом податки стали основним джерелом державних доходів. Водночас, коли відбувся процес демократизації та легітимізації суспільства, потрібно було обґрунтувати встановлення податків. Зокрема, першим, хто розробив чотири основні канони оподаткування, одним із перших визначив поняття податку, був Адам Сміт («податок – це тягар, що накладається») [1, с. 344].

Треба наголосити, що запропоновані А. Смітом принципи оподаткування не втратили свого значення в сучасних умовах, а зберігають неабияку актуальність. Однак час від часу їх потрібно інтерпретувати. Нині держави використовують принципи як допоміжний механізм під час розроблення принципів податкових систем на різних етапах розвитку національної економіки. Відомий французький юрист, один із найвпливовіших політичних філософів епохи Просвітництва Шарль Луї де Монтеск'є розробив теорію суспільного договору. Відповідно до якої «податок – це доля в майні, що виокремлюється кожним індивідумом на користь держави з тією метою, щоб під захистом останньої спокійно користуватись рештою майна» [2].

Для наукового обґрунтування поняття «податкова система» необхідно передусім з'ясувати, який зміст вкладають у нього юристи, економісти, учені та практики. Насамперед розглянемо дефініцію терміна «система» (від грец. *systema* – «утворення», «складення»). Система – це порядок, зумовлений правильним розташуванням частин, стрункий ряд, зв'язане ціле [3, с. 617]. Існують різні підходи до визначення поняття «податкова система» як ученими юристами, так і економістами, але нині його визначення не викликає труднощів. Дана позиція підтверджена твердженням, яке наводить М. Кучерявенко: «Поняття «податкова система» не викликає особливих спорів у спеціальній літературі. Багато понять визначають сутність податкової системи як сукупності «податків, зборів, платежів»» [3, с. 617].

В Україні термін «податкова система» став застосовуватися з ухваленням Податкового кодексу України. У приписах ст. 92 Конституції України вказано, що виключно законами України встановлюється система оподаткування, податки і збори [4]. Можливо, це пов'язано насамперед із чинним на той момент Законом України «Про систему оподаткування», який встановлював систему оподаткування. Так, ст. 2 Закону України «Про систему оподаткування» закріплювала визначення податку і збору (обов'язковий платіж). Згідно з даною статтею, «під податком і збором (обов'язковим платежем) до бюджетів та до державних цільових фондів слід розуміти обов'язковий внесок до бюджету відповідного рівня або державного цільового фонду, здійснюваний платниками в порядку і на умовах, що визначаються законами України» [5]. Отже, до ухвалення Податкового кодексу України (далі – ПК України) не було розмежування податку, збору, платежів, що було не тільки теоретичною проблемою, а й проблемою практики застосування.

Податкова система залишається малоефективною, оскільки головним критерієм ефективного функціонування податкової системи є частка податкових надходжень у формуванні дохідної частини бюджету. Ефективною податкова система буде тільки тоді, коли стане стимулювати розвиток і зростання економіки, що зумовлює формування необтяжливих умов для бізнесу. Такі умови визначаються не тільки рівнем податкових ставок, але і процедурами розрахунку і сплати податків, упорядкуванням проведення податкових перевірок та надання податкової звітності, що забезпечується за допомогою податкового адміністрування.

Варто зазначити, що відповідно до приписів чинного податкового законодавства класифікація податків і зборів є законодавчо закріпленою в Україні, усі обов'язкові платежі розподілені на категорії загальнодержавних податків і зборів та місцевих податків і зборів. Так, відповідно до п. 8.1 ст. 8 Податкового кодексу України, установлюються загальнодержавні та місцеві податки і збори, згідно з п. 6.3 ст. 6 Податкового кодексу України, податкова система являє собою сукупність загальнодержавних та місцевих податків і зборів, що справляються в установленому Податковим кодексом України порядку [6]. На наш погляд, легальне визначення, яке безпосередньо формалізоване, є завузьким, адже не розкриває весь діапазон відносин, які виникають.

З позиції широкого підходу податкова система являє собою сукупність податків, зборів та платежів, законодавчо закріплених у даній державі; принципів, форм та методів їх встановлення, зміни або скасування; дій, які забезпечують їх сплату, контроль і відповідальність за порушення податкового законодавства [3, с. 285–286]. Важливо те, що в запропонованій концепції податкової системи М. Кучерявенко водночас висвітлює вузький підхід до визначення податкової системи [7, с. 125].

Даний підхід до тлумачення податкової системи багато в чому характерний і для В. Андрущенка, у його розумінні податкова система – це «сукупність податків і зборів; механізмів і способів їхніх розрахунку та сплати, а також суб'єктів податкової роботи, які забезпечують адміністрування й надходження податків і зборів до бюджету та інших державних цільових фондів» [8, с. 218]. У даному разі стягування податків і зборів здійснюється за допомогою податкового адміні-

стрування як частини управління податковою системою. Близька до даної позиція О. Замасло, яка визначає «податкову систему» як систему з багаторівневою структурою, яка регламентується нормами фінансового права і складається з податків та зборів, які справляються у визначеному чинним законодавством порядку, платників податків і уповноважених державних органів, які здійснюють діяльність щодо забезпечення повного та своєчасного надходження обов'язкових платежів до бюджетів різних рівнів [9, с. 114].

Н. Пришвою запропоноване визначення поняття «податкова система» як складової частини «системи оподаткування» [10, с. 35]. Тобто за визначенням ученої вбачається, що «система оподаткування» є ширшим поняттям. Н. Хімічева обґрунтовує своє бачення податкової системи та визначає, що поняття «система податків і зборів» є більш вдалим порівняно з не зовсім точним терміном «податкова система», оскільки останній може тлумачитися більш широко, ніж сукупність платежів, або взагалі в іншому аспекті, наприклад, як система податкових органів [11, с. 380]. Однак, на наш погляд, «система податків і зборів» є більш абстрактним терміном. Під час дослідження податкової системи Л. Сідельникова та Н. Костіна, крім податкової системи, у своїх працях виділяють систему оподаткування та систему податків і зборів [12, с. 130]. Такий підхід ми вважаємо не зовсім правильним через те, що податкова система виступає частиною системи оподаткування. Оскільки система оподаткування включає ширший діапазон відносин.

Яскравим підтвердженням цього служить позиція М. Кучерявенка, який стверджує, що податкова система в даному сенсі являє собою сукупність податків і зборів як обов'язкових податкових платежів, тобто законодавчо закріплених та обов'язкових до сплати на території держави. Система ж оподаткування, крім податкової системи, включає до свого складу і широкий спектр відносин, який пов'язаний із реалізацією процесів оподаткування. Передусім це відносини з установлення, зміни та скасування податків і зборів, забезпечення їх сплати й організації податкового контролю [13, с. 38].

Українські вчені-економісти О. Олійник та І. Філон, навпаки, визначають податкову систему як сукупність податків і зборів (обов'язкові платежі) до бюджетів та до державних цільових фондів, що справляються у встановленому законами України порядку. У більш широкому розумінні податкова система включає правові основи оподаткування, виконавчо-контролюючі органи, порядок розроблення та законодавчого закріплення формальних правил оподаткування, неформальні правила оподаткування [14, с. 25].

Дещо ширше розуміння, але все ж з акцентом на ототожнення податкової системи та системи оподаткування має місце в тлумаченні, яке наводить Н. Деева. Так, податкова система (система оподаткування) – сукупність законодавчо встановлених у державі різних видів податків і зборів, а також принципів, форм, методів оподаткування й організація податкової роботи і контролю за дотриманням податкового законодавства. Із цього погляду податкова система тісно пов'язана із системою оподаткування, до останньої входять такі складові частини, як: процес установлення і впровадження в дію податків; види податків; права й обов'язки платників податків; порядок розподілу податків між бюджетами різних рівнів; відповідальність учасників податкових відносин [15, с. 73–74].

У разі застосування у вузькому сенсі поняття податкової системи може відбуватись змішання з терміном «система оподаткування». Наприклад, у Законі України «Про систему оподаткування» від 25 червня 1991 р. № 1251–ХІІ система оподаткування визначалась як «сукупність податків і зборів (обов'язкових платежів) до бюджетів та до державних цільових фондів, що справляються у встановленому законами України порядку» [5]. Аналогічний підхід також характерний для В. Нагребельного, який наводить таку дефініцію системи оподаткування: «взаємопов'язана сукупність законодавчо встановлених податків, зборів, інших обов'язкових платежів до бюджетів і державних цільових фондів, а також складників правових механізмів їх справляння» [16, с. 487; 17].

Обов'язковою умовою ефективності податкової системи є дотримання принципів. Принципи побудови податкової системи значною мірою визначають податкову концепцію держави, її податкову політику. Принципи податкового права мають загальну основу із принципами оподаткування, повертаючись до питання чотирьох основних принципів оподаткування Адама Сміта, що дозволяє їм визначати вихідні положення в податкових правовідносинах. Так, у приписах ст. 4 Податкового кодексу України закріплено 11 принципів, на яких ґрунтується податкове законодавство України, а також деякі визначено опосередковано в окремих положеннях ст. 12 Податкового кодексу України, якою закріплено основні повноваження органів державної влади й органів місцевого самоврядування під час встановлення податків та зборів. Аналогічно розуміє опосередковані принципи права і М. Кучерявенко. Учений характеризує їх як «принципи, що впливають із норм права» [18, с. 253].

Визначення принципів побудови податкової системи має велике значення для створення ефективної, дієвої податкової системи. Водночас у науковій літературі та дослідженнях, присвячених реалізації принципів, єдиної думки, що визначає їхній склад, не сформувалося. Принципи податкового законодавства, беззаперечно, мають відноситися до числа його основних механізмів. Проте в сучасних умовах порушується реалізація принципів податкового законодавства. Згідно з думкою таких вчених, як О. Дмитрик, А. Котенко та Є. Смичок, головною проблемою під час реалізації принципів податкового законодавства є їхня необов'язковість. Учені дійшли висновку, що окремі принципи порушуються щороку, відповідно до зробленого аналізу змін чинного податкового законодавства [19, с. 105–113].

Принцип стабільності передбачає заборону внесення змін до будь-яких елементів податків та зборів пізніше як за шість місяців до початку нового бюджетного періоду, у якому будуть діяти нові правила та ставки. Податки та збори, їх ставки, а також податкові пільги не можуть змінюватися протягом бюджетного року. На наше переконання, у запропонованому Податковому кодексі України для визначення принципу стабільності наявні три перепони, які значно ускладнюють його коректне застосування. Перша перепона, на нашу думку, криється в тому, що принцип стабільності начебто стосується суто внесення змін до вже наявних податків та зборів. Начебто цей принцип не стосується таких змін, які передбачають встановлення нового податку. Однак це не так. Законом України від 28 грудня 2014 р. № 71–VIII «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законо-

давчих актів України щодо податкової реформи» з 1 січня 2015 р. в Україні було встановлено транспортний податок. Фактично новий податок було запроваджено за три дні до початку періоду, за який він повинен був сплачуватися. Варто звернути увагу на те, що новий податок змінює елементи податку шляхом закріплення таких елементів (платник, об'єкт оподаткування, ставка тощо) [19, с. 109–110].

Наприклад, транспортний податок став одним із найбільш обговорюваних податків у нашій країні. Його застосування, обчислення, адміністрування були дискусійними. Платники податку незадоволені податковими повідомленнями-рішеннями, зверталися до судів і заперечували законність ухвалених рішень. У місцевих і апеляційних судах спостерігалася різна практика щодо дотримання принципу стабільності, однак Верховний Суд поставив остаточну крапку в застосуванні судової практики. Правова позиція Верховного Суду полягає в тому, що в такому разі порушується принцип стабільності, у зв'язку із запровадженням нового податку за три дні до настання нового бюджетного періоду. Розмови про реформування транспортного податку не припиняються й досі.

Недоопрацьованість підходів до змісту і сфери застосування принципів податкового законодавства зумовлює необхідність подальшого концептуального пошуку в даному напрямі. Вищезазначене дозволяє зробити висновок про те, що з метою забезпечення ефективного функціонування та результативності податкової системи необхідно не нехтувати принципами. Їх неухильне дотримання дозволяє забезпечити необхідні якість і ефективність податкової системи України.

Література

1. Смит А. Исследования о природе и причинах богатства народов. Москва : Экономика, 1962. 718 с.
2. Иловайский С. Учебник финансового права. Одесса, 1904.
3. Податкове право України : підручник / О. Головашевич та ін. ; за ред. М. Кучерявенка, Н. Маринів. Харків : Право, 2019. 440 с
4. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР, дата оновлення: 1 січня 2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 09.10.2020).
5. Про систему оподаткування : Закон України від 25 червня 1991 р. № 1251–ХІІ, дата оновлення: 1 січня 2011 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1251-12> (дата звернення: 09.10.2020).
6. Податковий кодекс України : Закон України від 2 грудня 2010 р. № 2755–VІ, дата оновлення: 13 серпня 2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17> (дата звернення: 09.10.2020).
7. Воронова Л., Кучерявенко Н. Финансовое право : учебное пособие для студентов юридических вузов и факультетов. Харьков : Легас, 2003. 360 с.
8. Андрущенко В. Податкова система : навчальний посібник / за заг. ред. В. Андрущенка. Київ : ЦУЛ, 2015. 416 с.
9. Замасло О. Податкова система України: теорія, методологія, практика : монографія. Львів : ЛНУ імені Івана Франка, 2017. 420 с.
10. Пришва Н. Податкове право : навчальний посібник. Київ : Юрінком-Інтер, 2010. 368 с.
11. Финансовое право : учебник / отв. ред. Н. Химичева. Москва : БЕК, 1995. 525 с.
12. Сідельникова Л., Костіна Н. Податкова система : навчальний посібник. Київ, 2012. 576 с.
13. Кучерявенко Н. Курс налогового права : в 6-ти т. Харьков : Легас ; Право, 2005. Т. 3 : Учение о налоге. 600 с.
14. Трофімова Л. Податкова політика і податкова система. *Форум права*. 2010. № 1. С. 364–370.
15. Оподаткування в Україні : навчальний посібник / Н. Деєва та ін. ; за ред. Н. Редіної. Київ : Центр учбової літератури, 2009. 544 с.
16. Юридична енциклопедія / за ред. Ю. Шемшученка. Київ. : Вид-во «Українська енциклопедія» ім. М.П. Бажана, 2003. Т. 5. 736 с.

17. Словник іншомовних слів / за ред. О. Мельничука. Київ : Гол. ред. УРЕ, 1977. 968 с.
18. Кучерявенко М. Податкові процедури : правова природа і класифікація. Київ : Правова єдність ; Алерта ; КНТ ; ЦУЛ, 2009. 460 с.
19. Дмитрик О., Котенко А., Смичок Є. Вплив принципів податкового законодавства на ведення бізнесу в Україні. *Фінансово-кредитна діяльність : проблеми теорії та практики*. 2019. Т. 1. № 28. С. 105–113.

Анотація

Кліменко Д. І. Становлення та функціонування податкової системи України. – Стаття.

Стаття присвячена дослідженню актуальних проблем становлення та розвитку сучасної податкової системи України, а також шляхів їх вирішення. Особливу увагу приділено аналізу різних підходів до дефініцій понять «податкова система» та «система оподаткування». Зазначено, що дані категорії не є синонімами, а співвідносяться одна з одною. У разі вживання у вузькому сенсі поняття податкової системи може відбуватись змішання з терміном «система оподаткування». Обґрунтовано перспективні напрями розвитку податкової системи держави. Проаналізовано та визначено можливі напрями реформування податкової системи України. Так, ефективною податкова система буде тільки тоді, коли стане стимулювати розвиток і зростання економіки, що зумовлює формування необтяжливих умов для бізнесу. Такі умови визначаються не тільки рівнем податкових ставок, але і процедурами розрахунку і сплати податків, упорядкуванням проведення податкових перевірок та надання податкової звітності, що забезпечується за допомогою податкового адміністрування.

Також у статті аналізуються принципи побудови податкової системи, які мають велике значення для створення ефективної, дієвої податкової системи. У публікації акцентовано увагу на тому, що головною проблемою під час реалізації принципів податкового законодавства є їхня необов'язковість. Встановлено, що запропоновані Адамом Смітом принципи оподаткування не втратили свого значення в сучасних умовах, а зберігають неабияку актуальність. Однак час від часу їх потрібно інтерпретувати. Проведений аналіз дозволив сформулювати висновки щодо недоопрацьованості підходів до змісту і сфери застосування принципів податкового законодавства, що зумовлює необхідність подальшого концептуального пошуку в даному напрямі. На прикладі транспортного податку автором у статті проаналізовано принципи стабільності, який передбачає заборону внесення змін до будь-яких елементів податків та зборів пізніше як за шість місяців до початку нового бюджетного періоду, у якому будуть діяти нові правила та ставки.

Ключові слова: податок, податкова система, система оподаткування, принципи податкового законодавства, принципи стабільності, транспортний податок.

Summary

Klimenko D. I. Becoming and functioning tax system of Ukraine. – Article.

The article is devoted to the study of topical problems of the formation and development of the modern tax system in Ukraine, as well as ways to solve them. Particular attention is paid to the study on the analysis of various approaches to the definition of “tax system” and “taxation system”, that these categories are not synonyms, but correlate with each other. The author noted that when applied in a narrow sense, the concept of the tax system can be confused with the term “taxation system”. Substantiated promising directions of development of the state tax system. Possible directions of reforming the tax system of Ukraine are analyzed and identified. Thus, the tax system will be effective only when it stimulates the development and growth of the economy, determines the formation of non-burdensome conditions for business. Such conditions are determined not only by the level of tax rates, but also by the procedures for calculating and paying taxes, streamlining the conduct of tax audits and submitting tax reports, and is provided with the help of tax administration.

Also, the article analyzes the principles of building a tax system, which are important for creating an effective, efficient tax system. The publication focuses on the fact that the main problem in the implementation of the principles of tax legislation is their non-binding nature. It has been established that the principles of taxation proposed by Smith have not lost their significance in modern conditions, but remain highly relevant. However, from time to time they need to be interpreted. The analysis carried out by made it possible to draw conclusions regarding the lack of coordination of approaches to the content and scope of the principles of tax legislation, which necessitates further conceptual search in this direction. Using the transport tax as an example, the author analyzed the principle of stability, which provides for the prohibition of making changes to any elements of taxes and fees later than six months before the start of the new budget period, in which the new rules and rates will be in effect.

Key words: tax, tax system, taxation system, principles of tax legislation, principle of stability, transport tax.

УДК 347.91/95:347.615

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i87.2801>*Ю. Ю. Коломієць, С. Р. Сулейманова*

АНАЛІЗ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ТА ПРОПОЗИЦІЇ ДО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ЩОДО ВИДІВ ДОХОДІВ, З ЯКИХ УТРИМУЮТЬСЯ АЛІМЕНТИ

Постановка проблеми. Питання визначення видів доходів, які враховуються під час визначення розміру аліментів, регулюється ст. 81 Сімейного кодексу України (далі – СК). Диспозиція ч. 1 наведеної статті СК є бланкетною, оскільки вона відсилає до іншого нормативно-правового акта, а саме до Переліку видів доходів, які враховуються при визначенні розміру аліментів на одного з подружжя, дітей, батьків, інших осіб, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 26 лютого 1993 р. № 146 (далі – постанова КМУ № 146). З моменту ухвалення зазначеної постанови пройшло двадцять шість років, норми її є застарілими і не враховують сучасні зміни в суспільному житті. Так, у судовій практиці дискусійним є питання про нарахування аліментів з отриманих доходів із процентів за розміщення коштів на депозитних рахунках.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання щодо нарахування аліментів досліджували у своїх працях відомі українські і закордонні цивілісти, а саме: Л. Афанасьєва, І. Апопій, Н. Бахмані, М. Вербіцька, Н. Волкова, І. Жилінкова, М. Мамедова, Л. Сапейко, С. Фурса, Ю. Червоний та інші. Однак питання нарахування аліментів з отриманих доходів із процентів за розміщення коштів на депозитних рахунках ніким не досліджувалося. Отже, окреслене питання потребує ґрунтовного наукового осмислення.

Метою статті є аналіз питання нарахування аліментів з отриманих доходів із процентів за розміщення коштів на депозитних рахунках на основі судової практики.

Виклад основного матеріалу. Натепер сформувалися дві позиції щодо окресленого питання:

1) проценти, отримані заявником від банківського вкладу, повинні враховуватися до видів доходів, з яких утримуються аліменти, оскільки п. 19 ч. 1 постанови КМУ № 146 визначено, що утримання аліментів із працівників провадиться з усіх видів заробітку і додатково винагороди як за основною роботою, так і за роботою за сумісництвом, зокрема й з інших видів заробітку [1];

2) види доходів, які враховуються під час обчислення суми аліментів, чітко визначені в постанові КМУ № 146 (відсотки за розміщення коштів на депозитних рахунках до переліку видів доходів, які враховуються під час визначення розміру аліментів, не входять) [2].

Якщо керуватися принципом законності, то правозастосовувачі у своїй діяльності мають дотримуватися другої позиції, що відсотки за розміщення коштів на депозитних рахунках до переліку видів доходів, які враховуються під час визначення розміру аліментів, не входять. Зі змісту постанови КМУ № 146 вбачається,

що законодавець, коли визначає, з яких видів заробітку стягуються аліменти, розділяє джерела надходження: якщо особа отримує грошові кошти як працівник за трудовим договором – це заробіток, якщо особа не працює за трудовим договором, а отримує кошти з інших джерел (стипендія, пенсія, прибуток від підприємницької діяльності тощо) – це дохід. Наведений у постанові Кабінету Міністрів України перелік має невичерпний характер і підлягає розширеному тлумаченню. Але розширеному тлумаченню підлягає термін «заробіток», а не «дохід». Заробіток є різновидом доходу. Доходи можуть формуватися з оплати праці, підприємницької діяльності, доходів від власності, від особистого підсобного господарства й індивідуальної трудової діяльності, інших доходів (аліменти, гонорари, спадщина, благодійна допомога тощо). З огляду на розмаїття джерел формування доходів Кабінет Міністрів України затвердив чіткий перелік доходів, з яких проводиться утримання аліментів (доходів у вигляді відсотків за розміщення коштів на депозитних рахунках в переліку немає).

Якщо керуватися принципом верховенства права, необхідно зазначити таке. Якість закону в контексті верховенства права є одним із головних пріоритетів його забезпечення. Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях підкреслював, що якість закону вимагає, щоб він був доступний для даної особи і вона також могла передбачити наслідки його застосування до неї, а також закон не має суперечити принципам верховенства права. Це означає, що в національному праві має існувати засіб правового захисту від свавільного втручання з боку державних органів у права, гарантовані Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод. Небезпека свавілля є особливо очевидною, коли виконавча влада виконує свої функції закрито. Закон має містити досить зрозумілі й чіткі формулювання, які давали б громадянам належне уявлення стосовно обставин та умов, за якими державні органи уповноважені вдаватися до втручання у право (справа «Гавенда проти Польщі» від 14 березня 2002 р.; справа «Аманн проти Швейцарії» від 16 лютого 2000 р.).

З огляду на те, що право має йти в ногу з обставинами, що змінюються, положення Сімейного кодексу та постанови КМУ № 146 потребують термінового перегляду та внесення змін. Термін «заробіток (дохід)» у СК України є своєрідним спадком, який залишився від Кодексу про шлюб та сім'ю України від 20 червня 1969 р. Ст. 84 цього Кодексу, у якій передбачено, що види заробітку (доходу), що підлягає облікові в разі відрахування аліментів, визначаються в порядку, встановлюваному Кабінетом Міністрів України, майже ідентична ст. 81 СК України. Ототожнення заробітку та доходу з боку радянського законодавця було виправданим, адже найвагомішим джерелом доходів населення у колишньому Радянському Союзі була заробітна плата. Її частка в сукупному доході сімей робітників становила приблизно 80%, а сімей колгоспників – приблизно 60%. Другим джерелом доходів були виплати з так званих суспільних фондів споживання (найбільшою статтею соціальних трансферів у плановій економіці були пенсії). Ще одним джерелом доходів населення були надходження від особистого підсобного господарства. Надходження від продажу продуктів сільського господарства в Радянському Союзі становили 3–6% від сукупного доходу сімей [3].

З переходом до ринкової економіки ситуація в Україні суттєво змінилася. За даними вибіркового обстеження домогосподарств в Україні у 2018 р., наданими Державною службою статистики України, із 3 034,4 домогосподарств з однієї особи працюють 23,6%, не працюють 76,4%; із 4 905,4 домогосподарств із двох осіб працюють: одна особа – 32,7%, дві особи – 22,4%, немає тих, хто працює, – 44,9%; із 3 852,5 домогосподарств із трьох осіб працюють: одна особа – 38,5%, дві особи – 43,8%, три особи – 5,7%, немає тих, хто працює, – 12%; із 2 034,8 домогосподарств із чотирьох осіб ті, хто працюють: одна особа – 34,4%, дві особи – 42,5%, три особи – 10,9%, чотири особи – 2,2%, немає тих, хто працює, – 10%; з 1 107,8 домогосподарств із п'яти осіб та більше ті, хто працюють: одна особа – 27,7%, дві особи – 34,1%, три особи – 21,8%, чотири особи – 6%, п'ять осіб і більше – 1%, немає таких – 9,4% [4]. Отже, трудова діяльність уже не є основним джерелом доходів громадян України.

За офіційними даними, доходи сучасних домогосподарств формуються завдяки: оплаті праці, прибутку та змішаним доходам, доходам від власності, соціальній допомозі й іншим одержаним поточним трансфертам. За неофіційними даними, суттєву частину доходів сучасних домогосподарств становить тіньова економіка та доходи, отримані від злочинної діяльності. Факт наявності нелегальних доходів визнаний на державному рівні. Про це свідчить ст. 164 ПК України, згідно з якою кошти або майно, отримані платником податку як хабар, викрадені чи знайдені як скарб, не зданий державі згідно із законом, належать до бази оподаткування доходів фізичних осіб. Перелік доходів фізичних осіб, що підлягають оподаткуванню, за ст. 164 ПК України досить широкий. Серед них, наприклад, є доходи у вигляді вигравів, призів, вартості успадкованого чи отриманого в дарунок майна, доходи у вигляді неустойки (штрафи, пеня), компенсування матеріальної або немайнової (моральної) шкоди тощо. Суди під час вирішення справ про стягнення аліментів виходять із того, що у ПК України міститься загальне визначення доходу для цілей оподаткування, а не в розумінні того доходу, з якого стягуються аліментні платежі [5]. Постає питання, чи відповідає соціальній справедливості позиція держави, згідно з якою перелік доходів, які підлягають оподаткуванню, набагато ширший, ніж перелік доходів, з яких стягуються аліменти?

Ратифікацією Конвенції про права дитини (далі – Конвенція) Україна взяла на себе обов'язок у всіх діях щодо дітей, незалежно від того, здійснюються вони державними чи приватними установами, що опікуються питаннями соціального забезпечення, судами, адміністративними чи законодавчими органами, приділяти першочергову увагу якнайкращому забезпеченню інтересів дитини (ч. 1 ст. 3 Конвенції). Держави – учасниці Конвенції зобов'язалися забезпечити дитині такий захист і піклування, які необхідні для її благополуччя, беручи до уваги права й обов'язки її батьків, опікунів чи інших осіб, які відповідають за неї за законом, і із цією метою вживають усіх відповідних законодавчих і адміністративних заходів (ч. 2 ст. 3 Конвенції). З метою виконання міжнародних зобов'язань Україна має створити законодавчу базу щодо стягнення аліментів на одного з подружжя, дітей, батьків та інших осіб, яка відповідає б потребам сучасного суспільства та досягненням сучасної юридичної науки.

З огляду на наявність різних джерел доходів населення України, ототожнювати поняття «заробіток» і «дохід» у сімейному законодавстві некоректно. Терміном «заробіток» можна об'єднати доходи у вигляді плати, яку особа отримує за виконану роботу. Водночас варто розуміти, що поняття «заробіток» за змістом ширше, ніж поняття «заробітна плата». Відповідно до ст. 1 Закону України «Про оплату праці», заробітна плата – це винагорода, обчислена зазвичай у грошовому виразі, яку за трудовим договором роботодавець виплачує працівникові за виконану ним роботу. Плату за виконану роботу особа може отримувати не тільки за трудовим договором, але й за цивільно-правовим договором.

Згідно з п. 16 ч. 1 постанови КМУ № 146, доходи від підприємницької діяльності, селянських (фермерських) господарств, кооперативів, об'єднань громадян, а також доходи, що припадають на частку платника аліментів від присадибної ділянки або підсобного господарства, належать до доходів, які враховуються під час визначення розміру аліментів. Зазначений пункт не відповідає основам здійснення підприємницької діяльності. За ч. 1 ст. 42 Господарського кодексу України підприємництво – це самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку. У Національному положенні (стандарті) бухгалтерського обліку 1 «Загальні вимоги до фінансової звітності» надане таке визначення прибутку: прибуток – сума, на яку доходи перевищують пов'язані з ними витрати. За ст. 44 Господарського кодексу України підприємництво здійснюється на основі вільного розпорядження прибутком, що залишається в підприємця після сплати податків, зборів та інших платежів, передбачених законом. З метою збалансованості інтересів усіх суб'єктів правових відносин утримання аліментів з осіб, що займаються підприємницькою діяльністю, селянських (фермерських) господарств, кооперативів, об'єднань громадян, а також осіб, що займаються підсобним господарством, має відбуватися не з доходу, а із прибутку після сплати ними податків, зборів та інших платежів, передбачених законом.

Згідно з п. 17 ч. 1 постанови КМУ № 146, утримання аліментів здійснюється з усіх видів заробітку, одержуваного адвокатами за роботу в юридичних консультаціях. Термінологічні звороти цього пункту не відповідають чинному законодавству. За ч. 3 ст. 4 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокат може здійснювати адвокатську діяльність індивідуально або в організаційно-правових формах адвокатського бюро чи адвокатського об'єднання. Адвокат, який здійснює адвокатську діяльність індивідуально, є самозайнятою особою, яка проводить незалежну професійну діяльність. Незалежна професійна діяльність – участь фізичної особи в науковій, літературній, артистичній, художній, освітній або викладацькій діяльності, діяльність лікарів, приватних нотаріусів, приватних виконавців, адвокатів, арбітражних керівників (розпорядники майна, керуючі санацією, ліквідатори), аудиторів, бухгалтерів, оцінщиків, інженерів чи архітекторів, особи, зайнятої релігійною (місіонерською) діяльністю, іншою подібною діяльністю за умови, що така особа не є працівником або фізичною особою – підприємцем та використовує найману працю не більш як чотирьох фізичних осіб

(пп. 14.1.226 п. 14.1 ст. 14 ПК України). За ст. 178 ПК України фізичні особи, які провадять незалежну професійну діяльність, зобов'язані вести облік доходів і витрат від такої діяльності. Оподатковуваним доходом таких осіб вважається сукупний чистий дохід, тобто різниця між доходом і документально підтвердженими витратами, необхідними для провадження певного виду незалежної професійної діяльності. Заробіток, який отримує адвокат, згідно зі ст. 30 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», називається гонораром. Утримання аліментів потрібно здійснювати не з гонорару (заробіток), а із чистого доходу, після сплати податків, зборів та інших платежів, передбачених законом. Окрім адвокатів, за законодавством України незалежною професійною діяльністю займаються інші особи. Утримання аліментів із таких осіб має відбуватися в тому ж порядку, що і з адвокатів, що здійснюють адвокатську діяльність індивідуально.

Згідно з п. 18 ч. 1 постанови КМУ № 146, аліменти утримуються із плати, отриманої за передачу в оренду земельної ділянки або земельної частки (пай). Зазначений пункт ураховує не всі доходи, які особа отримує від власності. За ч. 3 Методичних вказівок щодо складання рахунку розподілу первинного доходу, затверджених наказом Держкомстату від 8 листопада 2004 р. № 609, доходи від власності – це первинні доходи, які одержують власники фінансових активів і матеріальних невикористаних активів (земля, запаси корисних копалин тощо) від надання їх у користування іншим інституційним одиницям. Вони включають: проценти, дивіденди й аналогічні доходи, які одержують власники фінансових активів; ренту, яку одержують власники землі, надр та інших матеріальних невикористаних активів від здачі їх в оренду іншим інституційним одиницям. У ст. 164 ПК України передбачені такі види доходів від власності, які можна враховувати під час визначення розміру аліментів: доходи від продажу об'єктів майнових і немайнових прав, зокрема інтелектуальної (промислової) власності, та прирівняні до них права, доходи у вигляді сум авторської винагороди, іншої плати за надання права на користування або розпорядження іншим особам нематеріальним активом (твори науки, мистецтва, літератури або інші нематеріальні активи); дохід від надання майна в лізинг, оренду або суборенду (строкове володіння та/або користування); дохід у вигляді дивідендів, відсотків за розміщення коштів на депозитних рахунках у банках та кредитних організаціях; інвестиційний прибуток від проведення операцій із цінними паперами, деривативами та корпоративними правами, випущеними в інших, ніж цінні папери, формах.

Види соціальної допомоги, перелічені в Переліку, затвердженому постановою КМУ № 146, можна залишити без змін. До вказаного Переліку не можна включати доходи від тіньової економіки й іншої протиправної діяльності. І хоча законодавець включив до бази оподаткування кошти або майно, отримані платником податку як хабар, викрадені чи знайдені як скарб, не зданий державі згідно із законом (ст. 164 ПК України), зазначені кошти та майно за ст. ст. 96–1, 96–2 Кримінального кодексу України підлягають примусовому безоплатному вилученню у власність держави.

У Переліку, затвердженому постановою КМУ № 146, перелічені доходи, з яких утримання аліментів не провадиться. Уважаємо, що перелік зазначених доходів

можна розширити такими доходами, як: суми компенсування шкоди, завданої життю та здоров'ю особи, суми компенсування моральної шкоди; суми відшкодування витрат, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрат, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права; доходів у вигляді вартості успадкованого чи отриманого в дарунок майна; доходів від відчуження майна, яке є власністю особи. Суми компенсування матеріальної або немайнової (моральної) шкоди, які отримує особа, мають компенсаційний характер і спрямовані на відновлення порушених особистих прав, свобод та інтересів. Це правило не поширюється на суми відшкодування упущеної вигоди, адже упущеною вигодою є доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (п. 2 ч. 2 ст. 22 Цивільного кодексу України). Суми відшкодування упущеної вигоди можна включити до переліку доходів, які враховуються під час визначення розміру аліментів. Доходи у вигляді вартості успадкованого чи отриманого в дарунок майна, а також доходи від відчуження майна, яке є власністю особи, недоцільно включати до переліку доходів, які враховуються під час визначення розміру аліментів, через те, що зазначені доходи отримуються в результаті реалізації права власності, яке є правом особи на річ (майно), яке вона здійснює відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі інших осіб (ст. 316 Цивільного кодексу України).

Недоцільність включення до Переліку, затвердженому постановою КМУ № 146, доходів у вигляді вартості успадкованого чи отриманого в дарунок майна, а також доходи від відчуження майна, яке є власністю особи, не означає, що майно не може бути об'єктом стягнення. Необхідно розрізняти правовідносини, які виникають у зв'язку зі стягненням аліментів, і правовідносини, які виникають у зв'язку із заборгованістю зі сплати аліментів. Заборгованість зі сплати аліментів може утворитися тільки після набрання чинності рішенням суду про стягнення аліментів або укладення договору між сторонами про сплату аліментів, коли фактично сплата аліментів за вказаними документами не здійснювалася. Відповідно до ч. 2 ст. 71 Закону України «Про виконавче провадження», за наявності заборгованості зі сплати аліментів, сукупний розмір якої перевищує суму платежів за три місяці, стягнення може бути звернено на майно боржника. Звернення стягнення на заробітну плату не перешкоджає зверненню стягнення на майно боржника, якщо існує непогашена заборгованість щодо сплати аліментів, сукупний розмір якої перевищує суму платежів за три місяці.

Висновки. На підставі викладеного вважаємо доцільним в ч. 1 ст. 80, назві та ч. ч. 1, 2, 5 ст. 183, ч. 1 ст. 200, ч. 1 ст. 272 СК України замість словосполучення «заробітку (доходу)» використовувати словосполучення «заробітку, прибутку від підприємницької діяльності, селянських (фермерських) господарств, кооперативів, об'єднань громадян, а також осіб, що займаються підсобним господарством, доходу від незалежної професійної діяльності, доходу від власності, суми відшкодування упущеної вигоди, соціальної допомоги».

Перелік видів доходів, які враховуються під час визначення розміру аліментів на одного з подружжя, дітей, батьків, інших осіб, який затверджується Кабінетом Міністрів України, має включати такі види доходів:

1) усі види заробітку і додаткової винагороди як за трудовим договором (основною роботою та роботою за сумісництвом), так і за цивільно-правовим договором:

а) заробітну плату, нараховану (виплачена) відповідно до умов трудового договору (контракту);

б) усі види доплат і надбавок до заробітної плати;

в) грошові і натуральні премії;

г) оплати за надурочну роботу, за роботу у святкові, неробочі та вихідні дні;

г) заробітну плату, що зберігається під час відпустки, а також з одержуваної в разі звільнення компенсації за невикористану протягом кількох років відпустку;

д) заробітну плату, що зберігається під час виконання державних і громадських обов'язків, та в інших випадках збереження середньої заробітної плати;

е) винагороди за загальні річні підсумки роботи підприємств і організацій;

є) одноразові винагороди (відсоткові надбавки) за вислугу років;

ж) суми винагород та інших виплат, нарахованих (виплачених) відповідно до умов цивільно-правового договору;

2) прибуток від підприємницької діяльності, селянських (фермерських) господарств, кооперативів, об'єднань громадян, а також осіб, що займаються підсобним господарством, після сплати ними податків, зборів та інших платежів, передбачених законом;

3) чистий дохід від незалежної професійної діяльності, після сплати податків, зборів та інших платежів, передбачених законом;

4) дохід від власності:

а) дохід від продажу об'єктів майнових і немайнових прав, зокрема інтелектуальної (промислової) власності, та прирівняні до них права, дохід у вигляді сум авторської винагороди, іншої плати за надання права на користування або розпорядження іншим особам нематеріальним активом (твори науки, мистецтва, літератури або інші нематеріальні активи);

б) дохід від надання майна в лізинг, оренду або суборенду (строкове володіння та/або користування);

в) дохід у вигляді дивідендів, відсотків за розміщення коштів на депозитних рахунках у банках та кредитних організаціях;

г) інвестиційний прибуток від проведення операцій із цінними паперами, деривативами та корпоративними правами, випущеними в інших, ніж цінні папери, формах;

б) суму відшкодування упущеної вигоди – доходу, який особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушено;

б) соціальну допомогу:

а) одержувані пенсії, за винятком надбавок до пенсії, що виплачуються особам з інвалідністю першої групи на догляд за ними;

б) допомогу з державного соціального страхування, а також допомогу через тимчасову непрацездатність, крім допомоги з догляду за хворою дитиною віком до 14 років;

в) доплати до допомоги з державного соціального страхування, що виплачуються коштом підприємств, установ, організацій;

г) суми, виплачуваних для відшкодування збитків у зв'язку з утратою працездатності внаслідок каліцтва або іншого пошкодження здоров'я, за винятком сум для відшкодування витрат на догляд за ними, на додаткове харчування, санаторно-курортне лікування (зокрема, оплата проїзду) і протезування потерпілих;

г) допомогу з безробіття;

д) державну соціальну допомогу особам з інвалідністю з дитинства, призначену відповідно до Закону України «Про державну соціальну допомогу особам з інвалідністю з дитинства та дітям з інвалідністю»;

е) стипендії, що виплачуються студентам у період навчання у вищих навчальних закладах, учням професійних навчально-виховних закладів та слухачам навчальних закладів підвищення кваліфікації та перепідготовки кадрів.

Література

1. Ухвала у справі № 760/4569/18 від 29 березня 2018 р. Солом'янського районного суду міста Києва. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73501999> (дата звернення: 12.03.2020).
2. Постанова у справі № 760/4569/18 від 5 вересня 2018 р. Апеляційного суду міста. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76302715> (дата звернення: 12.03.2020).
3. Сенів Л. Особливості джерел доходів населення України. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. 2011. № 720. С. 444–445.
4. Соціально-демографічні характеристики домогосподарств України у 2018 р. (за даними вибіркового обстеження умов життя домогосподарств України) : статистичний збірник / *Державна служба статистики України*. С. 26, 86. URL: https://ukrstat.org/en/druk/publicat/kat_u/2018/zb/07/zb_sdhdu2018pdf.pdf (дата звернення: 12.03.2020).
5. Постанова у справі № 640/537/14-ц від 7 травня 2018 р. / Верховний Суд. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73837478> (дата звернення: 13.03.2020).

Анотація

Коломієць Ю. Ю., Сулейманова С. Р. Аналіз судової практики та пропозиції до законодавства України щодо видів доходів, з яких утримуються аліменти. – Стаття.

У статті проаналізовано проблемні питання щодо визначення видів доходів, які враховуються під час утримання аліментів на основі прецедентної практики та наукових досліджень. Так, у судовій практиці дискусійним є питання про нарахування аліментів з отриманих доходів із процентів за розміщення коштів на депозитних рахунках. Натепер сформувався дві позиції щодо окресленого питання: 1) проценти, отримані заявником від банківського вкладу, повинні враховуватися до видів доходів, з яких утримуються аліменти, оскільки пунктом 19 частини 1 постанови Кабінету Міністрів України № 146 визначено, що утримання аліментів із працівників провадиться з усіх видів заробітку і додатково винагороди як за основною роботою, так і за роботою за сумісництвом, зокрема з інших видів заробітку; 2) види доходів, які враховуються під час обчислення суми аліментів, чітко визначені в постанові Кабінету Міністрів України № 146 (відсотки за розміщення коштів на депозитних рахунках до переліку видів доходів, які враховуються під час визначення розміру аліментів, не входять). Отже, не всі відповіді, що виникають у судовій практиці, передбачені Переліком видів доходів, які враховуються під час визначення розміру аліментів на одного з подружжя, дітей, батьків, інших осіб, затвердженому Постановою Кабінету Міністрів України від 26 лютого 1993 року № 146. Зазначене питання висвітлюється з погляду принципу законності та верховенства права. Зважаючи на наявність різних джерел доходів населення України, ототожнювати поняття «заробіток» і «дохід» у сімейному законодавстві некоректно. Терміном «заробіток» можна об'єднати доходи у вигляді плати, яку особа отримує за виконану роботу. Водночас варто розуміти, що поняття «заробіток» за змістом ширше, ніж поняття «заробітна плата». Відповідно до статті 1 Закону України «Про оплату праці», заробітна плата – це винагорода, обчислена зазвичай у грошовому виразі, яку за трудовим договором роботодавець виплачує працівникові за виконану ним роботу. Плату за виконану роботу особа може отримувати не тільки за трудовим договором, але й за цивільно-правовим договором.

Стверджується, що ці проблеми деякою мірою зумовлені недосконалістю чинного законодавства, пропонуються шляхи їх подолання. На підставі викладеного пропонується в частині 1 статті 80, назві

та частинах 1, 2, 5 статті 183, частині 1 статті 200, частині 1 статті 272 Сімейного кодексу України замість словосполучення «заробітку (доходу)» використовувати словосполучення «заробітку, прибутку від підприємницької діяльності, селянських (фермерських) господарств, кооперативів, об'єднань громадян, а також осіб, що займаються підсобним господарством, доходу від незалежної професійної діяльності, доходу від власності, суми відшкодування упущеної вигоди, соціальної допомоги». Також у висновках пропонується внести зміни у Перелік видів доходів, які враховуються під час визначення розміру аліментів на одного з подружжя, дітей, батьків, інших осіб, який затверджується Кабінетом Міністрів України, і пропонується перелік відповідних видів доходів.

Ключові слова: судова практика, заробіток, дохід, аліменти, відсотки, депозитний рахунок, Верховний Суд.

Summary

Kolomiets Yu. Yu., Suleimanova S. R. Analysis of legal practice and suggestions to the legislation of Ukraine regarding the types of income from aliments. – Article.

This article analyzes the problematic issues that arise in determining the types of income that are taken into account in the formulation of alimony on the basis of case law and scientific research. Thus, not all the answers that arise in court practice are provided by the List of types of income, which are taken into account when determining the amount of alimony for one of the spouses, children, parents, other persons, approved by the Cabinet of Ministers of Ukraine of February 26, 1993 № 146. Twenty-six years have passed since the adoption of this Resolution, its norms are outdated and do not take into account modern changes in public life. Thus, in judicial practice, the issue of accrual of alimony from interest income for the placement of funds on deposit accounts is debatable. To date, two positions have been formed on this issue: 1) interest received by the applicant from the bank deposit must be taken into account in the types of income from which alimony is withheld, as paragraph 19 of part 1 of the Resolution of the Cabinet of Ministers № 146 stipulates that alimony is deducted from all types of earnings and additional remuneration part-time work, including other types of earnings; 2) types of income that are taken into account when calculating the amount of alimony, clearly defined in the Resolution of the Cabinet of Ministers № 146 (interest on the placement of funds on deposit accounts in the list of types of income that are taken into account when determining the amount of alimony is not included). Attention is being argued that the problems in question are to some extent caused by the imperfection of the current legislation and suggest ways of overcoming them. Given the existence of different sources of income for the population of Ukraine, it is incorrect to equate the concepts of “earnings” and “income” in family law. The term “earnings” can be combined into income in the form of payment that a person receives for work performed. It should be understood that the concept of “earnings” in content is broader than the concept of “wages”. According to Article 1 of the Law of Ukraine “On Remuneration of Labor” wages – a remuneration, calculated, as a rule, in monetary terms, which under the employment contract the employer pays the employee for the work performed by him. A person may receive payment for work performed not only under an employment contract, but also under a civil contract. It is argued that these problems are to some extent caused by the imperfection of the current legislation and suggest ways to overcome them. Based on the above, it is proposed in Part 1 of Article 80, title and part 1, 2, 5 of Article 183, part 1 of Article 200, part 1 of Article 272 of the IC of Ukraine instead of the phrase “earnings (income)” to use the phrase “earnings, income from entrepreneurial activities, peasant (farmer) farms, cooperatives, associations of citizens, as well as persons engaged in subsidiary farming, income from independent professional activity, income from property, the amount of compensation for lost profits, social assistance”. Also, the conclusions propose to amend the List of types of income that are taken into account when determining the amount of alimony for one of the spouses, children, parents, other persons, which is approved by the Cabinet of Ministers of Ukraine, and proposes a list of relevant types of income.

Ker words: judicial practice, earnings, income, alimony, interest, deposit account, Supreme Court.

УДК 342.9 (477)

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i87.2802>*Р. І. Лемеха*

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ МИТНИХ РЕЖИМІВ ЗА МИТНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ЙОГО ВДОСКОНАЛЕННЯ

Україна розвивається як демократична соціальна держава, яка прагне набути повноправного членства в Європейському Союзі. Законом № 2680–VIII від 7 лютого 2019 р. преамбула Конституції України була доповнена абзацом такого змісту: «Піклуючись про зміцнення громадянської злагоди на землі України та підтверджуючи європейську ідентичність Українського народу і незворотність європейського та євроатлантичного курсу України». Визначення європейського курсу України в Основному законі орієнтує органи публічної адміністрації на активне продовження узгодження національного законодавства із правом Європейського Союзу, у якому ключовими є принципи верховенства права, належного урядування та правової визначеності. Особлива увага в контексті євроінтеграційних процесів приділяється реформуванню й удосконаленню митного законодавства та митної системи України. Ефективне правове регулювання митних відносин має велике значення для забезпечення розвитку міжнародної торгівлі, надходження до бюджету митних платежів у повному обсязі та спрощення порядку переміщення товарів і транспортних засобів через митний кордон України, що в сукупності повинно привести до зростання національного валового внутрішнього продукту та забезпечення позитивного торговельного балансу.

Особливе значення для вдосконалення правового регулювання митних відносин має чітка й однозначна правова регламентація митних режимів, які є комплексом взаємопов'язаних правових норм, що відповідно до заявленої мети переміщення товарів через митний кордон України визначають митну процедуру щодо цих товарів, їхній правовий статус, умови оподаткування, обумовлюють порядок їх використання після належного митного оформлення. Для української економіки важливе поступове збільшення імпорту / експорту товарів, а також забезпечення транзиту, з урахуванням геополітичного положення України та її статусу як транзитної держави.

Сучасний стан правового регулювання митних режимів є задовільним, адже їх визначення та класифікація в Митному кодексі України має загальний характер, на практиці часто виникають випадки неоднозначного тлумачення відповідних норм митного права, про що свідчить судова практика, зокрема й останні постанови Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду [1].

Питання адміністративно-правового регулювання митних відносин в Україні досліджуються в роботах фахівців у сфері адміністративного права, серед яких праці О. Бандурки, В. Бевзенка, Н. Білак, М. Віхляєва, Н. Губерської, С. Гусарова, Р. Калюжного, Т. Коломонець, В. Колпакова, А. Комзюка, О. Кузьменко, В. Курила, Д. Лук'янця, Д. Лученка, П. Лютікова, М. Мельника, Р. Мельника, О. Миколенка,

Я. Назарової, Н. Нижник, Д. Приймаченка, С. Стеценко, М. Тищенко, О. Чуприни, А. Школика й інших учених-адміністративістів. З останніх досліджень варто відзначити дисертаційні роботи М. Мельника «Інститут митних режимів у митному праві України» [2], Н. Білак «Особливості переміщення об'єктів інтелектуальної власності через митний кордон України» [3], Я. Назарової «Правове регулювання митних режимів тимчасового ввезення та тимчасового вивезення» [4], О. Чуприни «Правове регулювання митних режимів переробки» [5] та його наукову публікацію «Класифікація митних режимів у юридичній науці та законодавстві» [6]. Проте питання правового регулювання митних режимів за Митним кодексом України та перспектив його вдосконалення досліджено фрагментарно, більшою мірою в рамках більш загальних тем, що актуалізує проведення даного дослідження.

Методологія даного дослідження ґрунтується на комплексному поєднанні філософських (закони діалектики та метафізики), загальнонаукових (системний та структурно-функціональний методи, прийоми логічного методу, методу порівняння тощо) та спеціально-юридичних методів дослідження (метод юридичної догматики, методологія порівняльного правознавства, метод юридичного моделювання тощо), принципів об'єктивності й історизму. Особлива увага в контексті євроінтеграційних процесів приділяється методології порівняльного правознавства, а саме використанню напрацювань у сфері правової компаративістики.

Постановка завдання. Метою наукової публікації є дослідження правового регулювання митних режимів за Митним кодексом України та перспектив його вдосконалення в контексті євроінтеграційних процесів.

Результати дослідження. У Митному кодексі (далі – МК) України митним режимам присвячено розд. V. Відповідно до ст. 70 МК України, з метою застосування законодавства України з питань митної справи запроваджуються такі митні режими: імпорт (випуск для вільного обігу); реімпорт; експорт (остаточне вивезення); реекспорт; транзит; тимчасове ввезення; тимчасове вивезення; митний склад; вільна митна зона; безмитна торгівля; переробка на митній території; переробка за межами митної території; знищення або руйнування; відмова на користь держави [7].

Отже, Митний кодекс України встановлює чотирнадцять митних режимів, з яких основними є режими імпорту, експорту та транзиту, адже саме за ними визначаються основні показники зовнішньоекономічної діяльності суб'єктів господарювання та формується загальний торговельний баланс України. Для ефективного розвитку економіки будь-якої країни важливе домінування експорту високотехнологічних товарів із доданою вартістю над імпортом аналогічних товарів, що є показником розвитку національного виробництва та забезпечує стабільне надходження у країну іноземної валюти, що, у свою чергу, забезпечує стабільність національної валюти, а також стимулює залучення нових іноземних інвестицій. На жаль, в Україні кожен рік традиційно фіксується негативне сальдо торговельного балансу, тобто перевага імпорту над експортом, що зумовлює необхідність удосконалення адміністративно-правового забезпечення та стимулювання митного режиму експорту та транзиту з акцентом на експорт товарів із високою доданою вартістю.

Також варто відзначити, що відповідно до ч. 2 ст. 70 МК України митні режими встановлюються виключно цим Кодексом, тобто встановлення інших митних режимів на рівні підзаконних, відомчих нормативно-правових актів не допускається, що є важливим для дотримання принципу правової визначеності та недопущення зловживань із боку публічної адміністрації в разі казуального тлумачення норм митного права. Дотримання принципів верховенства права та правової визначеності є критерієм належної адміністративної практики органів публічної адміністрації в особі посадових осіб Державної митної служби України, правильного застосування норм Митного кодексу України у процесі здійснення митного оформлення та митного контролю переміщення товарів і транспортних засобів через митний кордон України, адміністрування сплати митних платежів суб'єктами господарської діяльності.

Відповідно до ст. 71 Митного кодексу України, декларант має право обрати митний режим, у який він бажає помістити товари, з дотриманням умов такого режиму та в порядку, що визначені цим Кодексом. Поміщення товарів у митний режим здійснюється шляхом їх декларування та виконання митних формальностей, передбачених цим Кодексом. Митний режим, у який поміщено товари, може бути змінено на інший, обраний декларантом відповідно до частини першої цієї статті, за умови дотримання заходів тарифного та нетарифного регулювання зовнішньоекономічної діяльності, встановлених відповідно до закону для товарів, що поміщуються в такий інший митний режим [7].

У вищезазначеній статті фактично закріплений принцип диспозитивності, тобто права суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності самостійно обирати вид митного режиму, що гарантує вільний розвиток міжнародної торгівлі та свободу підприємницької діяльності загалом. Митна служба України як орган публічної адміністрації повинна виконувати більшою мірою сервісні функції, здійснювати адміністрування митних процедур, а також функцію контролю дотримання митного законодавства учасниками митних відносин. У цьому контексті позитивною тенденцією є автоматизація процесів митного оформлення товарів і транспортних засобів.

За митним статусом товари поділяються на українські й іноземні (ст. 72 Митного кодексу України). Усі товари на митній території України (за винятком територій вільних митних зон) вважаються такими, що мають статус українських товарів, якщо відповідно до Митного кодексу України не встановлено, що такі товари не є українськими. Товари, поміщені в митний режим вільної митної зони, протягом усього строку перебування в цьому режимі перебувають під митним контролем.

У ст. 73 Митного кодексу України визначається порядок регулювання питань, пов'язаних із митним режимом. У ній зазначається, що умови перебування товарів, транспортних засобів комерційного призначення у відповідному митному режимі, обмеження щодо їх використання, застосування заходів тарифного та нетарифного регулювання зовнішньоекономічної діяльності визначаються цим Кодексом, іншими законодавчими актами України з питань митної справи та у сфері зовнішньоекономічної діяльності. Отже, законодавець у Митному кодексі України наділив органи публічної адміністрації дискреційними повноваженнями щодо визначення умов перебування товарів, транспортних засобів комерційного призначення

у відповідному митному режимі. Дискреційні повноваження пов'язані з високим ступенем корупційних ризиків, тому більш доцільним убачається регулювання всіх означених питань тільки нормами Митного кодексу України.

Тому позитивним є положення ч. 2 ст. 73 Митного кодексу України, відповідно до якого питання, пов'язані з виконанням необхідних митних формальностей та здійсненням митного контролю товарів, поміщених у відповідний митний режим, регулюються цим Кодексом [7].

З огляду на викладене одним із перспективних напрямів удосконалення правового регулювання митних режимів в Україні є концентрація всіх правових норм, якими врегульовано порядок переміщення товарів через митний кордон України та порядок їх використання після належного митного оформлення, виключно в межах Митного кодексу України, з урахуванням останньої практики Верховного Суду, чим буде забезпечено дотримання принципу правової визначеності й однозначне розуміння норми митного права суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності.

Крім того, у контексті перспективи набуття Україною повноправного членства в Європейському Союзі (далі – ЄС), існує необхідність узгодження національного законодавства із правом ЄС, що передусім стосується внесення змін до чинного Митного кодексу України.

У Митному кодексі ЄС митні режими мають назву митних процедур. Так, відповідно до ст. 210 розд. VII «Спеціальні процедури» Регламенту Європейського парламенту і Ради (ЄС) № 952/2013 від 9 жовтня 2013 р. про встановлення Митного кодексу Союзу, товари може бути поміщено під будь-яку з таких категорій спеціальних процедур: (а) транзит, що включає зовнішній та внутрішній транзит; (б) зберігання, що включає митний склад та вільні зони; (с) спеціальне використання, що включає тимчасовий ввіз і кінцеве використання; (д) перероблення, що включає перероблення на митній території та перероблення за межами митної території [8; 9].

Крім того, згідно зі ст. 5 вказаного Регламенту, у Митному кодексі Союзу вживаються такі терміни й означення:

– «загальна декларація прибуття» означає акт, яким особа повідомляє митні органи у встановленій формі та визначеним способом і протягом визначеного строку про те, що товари буде переміщено на митну територію Союзу;

– «загальна декларація вибуття» означає акт, яким особа повідомляє митні органи у встановленій формі та визначеним способом і протягом визначеного строку про те, що товари буде переміщено за межі митної території Союзу;

– «декларація тимчасового зберігання» означає акт, яким особа повідомляє у встановленій формі та визначеним способом про те, що товари перебувають на тимчасовому зберіганні;

– «митна декларація» означає акт, яким особа повідомляє у встановленій формі та визначеним способом про своє бажання помістити товари під певну митну процедуру і зазначає водночас, якщо необхідно, про будь-які особливі умови, що їх потрібно застосувати;

– «декларація зворотного вивозу» означає акт, яким особа повідомляє у встановленій формі та визначеним способом про своє бажання перемістити товари із

третіх країн, за винятком тих, що перебувають під процедурою вільної зони або на тимчасовому зберіганні, за межі митної території Союзу;

– «повідомлення про зворотний вивіз» означає акт, яким особа повідомляє у встановленій формі та визначеним способом про своє бажання перемістити товари із третіх країн, що перебувають під процедурою вільної зони або на тимчасовому зберіганні, за межі митної території Союзу;

– «декларант» означає особу, яка подає від свого імені митну декларацію, декларацію тимчасового зберігання, загальну декларацію прибуття, загальну декларацію вибуття, декларацію зворотного вивозу або повідомлення про зворотний вивіз, чи особу, від імені якої подається така декларація або повідомлення;

– «митна процедура» означає будь-яку з таких процедур, під яку можна помістити товари згідно з Кодексом: (а) випуск для вільного обігу; (б) спеціальні процедури; (с) вивіз;

– «тимчасове зберігання» означає ситуацію, коли товари із третіх країн тимчасово зберігаються під митним наглядом у період між їх пред'явленням митниці та їх поміщенням під митну процедуру або їх зворотним вивозом [8].

Отже, окрім зазначених у ст. 210 Регламенту митних процедур, Митний кодекс Союзу (ЄС) передбачає традиційні: експорт (процедура вибуття товарів), імпорт (процедура прибуття товарів), реімпорт (процедура зворотного вивозу), тимчасове зберігання та процедуру вільної зони.

Транзит товарів згідно з Митним кодексом Союзу (ЄС) може бути як внутрішнім, так і зовнішнім. Внутрішній транзит передбачає вільне пересування товарів через митні кордони країн – членів ЄС, адже сутність Європейського Союзу полягає в реалізації чотирьох свобод – свободи переміщення товарів, робіт, послуг та капіталів. Митні кордони між державами – членами ЄС є умовними, проте Європейська комісія може встановлювати квоти у сфері виробництва певних товарів в окремих державах – членах ЄС, обмежувати таким чином імпорт або експорт у рамках ЄС із виплатою адекватних компенсацій виробникам продукції.

У відносинах з іншими країнами митна політика ЄС є досить жорсткою, адже головною метою інституцій ЄС є захист національних виробників у державах – членах ЄС, забезпечення їх виходу на зовнішні ринки, зокрема й на ринок України.

Так, наприклад, для частини сільськогосподарської та харчової продукції ЄС і Україна застосовують безмитні тарифні квоти. Встановлення безмитних тарифних квот не означає заборону на експорт понад квоти. Зокрема, українські компанії можуть без обмежень постачати товари і понад тарифну квоту, проте ці обсяги підпадають під загальний режим імпорту в ЄС. Тобто експорт у межах квоти обкладається митом 0%, експорт понад квоту – ввізним митом, визначеним Митним тарифом ЄС. Тарифні квоти (основні та додаткові) адмініструються за двома принципами:

– «перший прийшов – перший отримав» (для меду, обробленого зерна та борошна, оброблених томатів, виноградного соку, вівса тощо);

– через систему імпорتنих ліцензій (для пшениці, кукурудзи, ячменю, ін.).

Українські експортери активно використовують можливості безмитного експорту в рамках тарифних квот. У 2019 р. вони використали можливості 32 із 40 тарифних квот, 11 з яких використані в повному обсязі та 2 використані більш

ніж на 95% (у 2018 р. використовувались можливості в рамках 32 тарифних квот, у 2017 р. – у рамках 29 тарифних квот, а у 2016 р. – у рамках 26 тарифних квот)[10].

Повністю використано 11 тарифних квот на кукурудзу, пшеницю, ячмінь, мед, цукор, виноградний та яблучний соки, оброблені томати, оброблений крохмаль, вершкове масло, м'ясо птиці та крохмаль.

У 2019 р. було внесено зміни до Додатка I-A до Угоди про асоціацію в частині зміни зобов'язань Європейського Союзу щодо обсягів тарифних квот на м'ясо птиці в бік збільшення, що зробить можливим забезпечення збереження інтересів українських виробників м'яса птиці (Закон України «Про ратифікацію Угоди у формі обміну листами між Україною та Європейським Союзом про внесення змін до торговельних преференцій щодо м'яса птиці та переробленого м'яса птиці, передбачених Угодою про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони» від 5 грудня 2019 р. № 345–IX).

17 січня 2020 р. в офіційному журналі ЄС опубліковано інформацію про набуття чинності Угодою у формі обміну листами між Європейським Союзом і Україною про внесення змін до торговельних преференцій щодо м'яса птиці та переробленого м'яса птиці, передбачених Угодою про асоціацію. Вона набула чинності 1 лютого 2020 р., як це передбачено зазначеною Угодою у формі обміну листами.

Українські компанії постачають зазначену продукцію і понад тарифну квоту. Україна встановила безмитні тарифні квоти для 3-х видів сільськогосподарських товарів із ЄС (м'ясо свинини, м'ясо птиці та цукор), а також передбачила додаткові обсяги для 2-х із них [10].

Отже, митна політика Європейського Союзу щодо України демонструє позитивні тенденції, що зумовлює необхідність подальшого вдосконалення національного законодавства у сфері адміністративно-правового забезпечення митних режимів, автоматизації процесів митного оформлення товарів, які переміщуються через митний кордон України, а також підвищення рівня професійної підготовки співробітників Державної митної служби України відповідно до стандартів та принципів Європейського Союзу. Ключовим завданням у сфері гармонізації й адаптації національного законодавства у сфері правового регулювання митних відносин до права ЄС є усунення корупційних ризиків у законах та відомчих нормативно-правових актах, а також встановлення дієвих механізмів контролю дотримання антикорупційного законодавства суб'єктами владних повноважень.

Одним із найважливіших аспектів адаптації українського законодавства до вимог ЄС є впровадження численних змін у митній сфері. До очікуваних результатів процесу адаптації Підкомітетом Україна – ЄС з питань митного співробітництва та Міністерством фінансів України (яке є відповідальним органом публічної адміністрації за процес адаптації митного законодавства України до права ЄС) віднесено: спрощення митних процедур та сприяння торгівлі; упровадження сучасних технологій митного контролю, спрощених процедур відпуску товарів та контролю після розмитнення; передачу відповідальності за видачу сертифікатів EUR. 1 від Української торгової палати до українського митного органу; суттєве спрощення

митних формальностей для підприємств із високим ступенем довіри закладе передумови визнання статусу Уповноваженого економічного оператора (далі – УЕО), що надається митними органами України, органами країн ЄС; спрощення руху товарів між Україною та ЄС; приєднання України до Конвенції про єдиний режим транзиту.

Імплементация змін митного законодавства здійснюється на основі таких ключових актів ЄС: Регламенту (ЄС) № 952/2013, яким встановлюється Митний кодекс Союзу; Конвенції про спрощення формальностей у торгівлі товарами та Конвенції про єдиний режим транзиту (з метою подальшого приєднання); Регламенту (ЄС) № 1186/2009, що встановлює систему Співтовариства для звільнення від сплати мит (розд. I, II); Регламенту (ЄС) № 608/2013 Європейського парламенту та Ради про митний контроль за дотриманням прав інтелектуальної власності й Імплементацийного регламенту Комісії (ЄС) № 1352/2013, яким встановлюються форми документів, передбачені Регламентом (ЄС) № 608/2013 Європейського парламенту та Ради про митний контроль за дотриманням прав інтелектуальної власності.

Серед основних досягнень процесу адаптації національного законодавства у сфері правового регулювання митних відносин варто віднести такі:

– Законом України від 8 листопада 2017 р. № 2187-VIII «Про приєднання України до Регіональної конвенції про пан-євро-середземноморські преференційні правила походження» визначено, що Конвенція набирає чинності для України в перший день другого місяця після внесення Україною депозитарію Конвенції документа про приєднання (Конвенція набрала чинності для України 1 лютого 2018 р., що дозволить збільшити можливості для преференційного експорту вітчизняних товарів на перспективні зовнішні ринки країн – учасниць Конвенції);

– у 2018 р. ухвалено Дорожню карту приєднання України до спільної транзитної процедури ЄС/ЄАВТ, яка включає етапи та необхідні кроки для цілковитої імплементации правил спільного транзиту, зокрема й застосування Нової комп'ютеризованої транзитної системи (NCTS). Досягнуто домовленість про закупівлю європейською стороною для потреб України програмного забезпечення “Minimum Common Core”, яке розроблене Єврокомісією для NCTS;

– у вересні 2018 р. Верховною Радою України ухвалено Закон України «Про внесення змін до Митного кодексу України та деяких інших законів України щодо запровадження механізму «єдиного вікна» та оптимізації здійснення контрольних процедур при переміщенні товарів через митний кордон України»). Здійснено перший важливий крок для узгодження транзитних процедур України з умовами Конвенції про єдиний режим транзиту;

– з метою запровадження в Україні інституту авторизованого економічного оператора (АЕО) очікується ухвалення Верховною Радою України проекту закону України «Про внесення змін до Митного кодексу України щодо деяких питань виконання гл. 5 розд. IV Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони», який ухвалено Верховною Радою України в першому читанні 28 лютого 2019 р. Законопроект передбачає спрощення

митних формальностей для підприємств із високим ступенем довіри, створює передумови для визнання статусу українських АЕО в ЄС, участь українських АЕО у формуванні ланцюгів простежуваності постачання товарів відповідно до Рамкових стандартів Всесвітньої митної організації, що в підсумку значно підвищить конкурентоспроможність українських підприємств;

– у рамках виконання зобов'язань України щодо застосування міжнародних документів, що використовуються в митній справі і торгівлі, та керівних принципів Європейського Союзу, як-от Митні прототипи (Customs Blueprints), у грудні 2018 р. Уряд своєю постановою від 18 грудня 2018 р. № 1200 ухвалив рішення про реорганізацію Державної фіскальної служби України шляхом її поділу на дві служби: Державну податкову службу України та Державну митну службу України. Новостворені служби є центральними органами виконавчої влади з питань забезпечення реалізації державної політики в податковій та митній сферах відповідно;

– імplementовано до національного законодавства України положення Конвенції про процедуру спільного транзиту та Конвенції про спрощення формальностей у торгівлі товарами шляхом ухвалення Закону України «Про режим спільного транзиту та запровадження національної електронної транзитної системи» (від 12 вересня 2019 р. № 78–ІХ);

– ухвалений Закон України «Про внесення змін до Митного кодексу України щодо захисту прав інтелектуальної власності під час переміщення товарів через митний кордон України» (№ 202–ІХ від 17 жовтня 2019 р.) на виконання ст. ст. 84, 250 та Додатка XV «Наближення митного законодавства» до Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, яким передбачено розширення переліку об'єктів права інтелектуальної власності, сприяння захисту яких здійснюється під час переміщення товарів через митний кордон України, встановлення особливостей призначення митного оформлення та знищення невеликих партій товарів, що переміщуються (пересилаються) через митний кордон України в міжнародних поштових і експрес-відправленнях;

– ухвалений Закон України «Про внесення змін до Митного кодексу України щодо деяких питань функціонування авторизованих економічних операторів» (2 жовтня 2019 р.), який передбачає спрощення митних формальностей для підприємств із високим ступенем довіри, створює передумови для визнання статусу українських АЕО в ЄС, участь українських АЕО у формуванні ланцюгів простежуваності постачання товарів відповідно до Рамкових стандартів Всесвітньої митної організації, що в підсумку значно підвищить конкурентоспроможність українських підприємств [11].

Отже, процес адаптації національного законодавства у сфері правового регулювання митних відносин відбувається поступово, проте очевидні факти гальмування законодавчого врегулювання означених питань. Зокрема, натепер не ухвалений Закон України «Про внесення змін до Митного кодексу України щодо деяких питань виконання гл. 5 розд. IV Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони». У першому читанні відповідний законопроект ухвалений Верховною Радою України ще 28 лютого 2019 р. Отже, є необхідність активізації законодавчої діяльності в цьому напрямі.

Висновки. Проведене дослідження правового регулювання митних режимів за Митним кодексом України та перспектив його вдосконалення дозволяє сформулювати висновок про те, що одним із перспективних напрямів удосконалення правового регулювання митних режимів в Україні є концентрація всіх правових норм, якими врегульовано порядок переміщення товарів через митний кордон України та порядок їх використання після належного митного оформлення, виключно в межах Митного кодексу України, з урахуванням останньої практики Верховного Суду, чим буде забезпечено дотримання принципу правової визначеності й однозначне розуміння норм митного права суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності.

Не менш важливим напрямом удосконалення правового регулювання митних відносин є адаптація українського законодавства до вимог ЄС, що пов'язано із впровадженням численних змін у митній сфері. До очікуваних результатів процесу адаптації належать: спрощення митних процедур та сприяння торгівлі; упровадження сучасних технологій митного контролю, спрощених процедур відпуску товарів та контролю після розмитнення; суттєве спрощення митних формальностей для підприємств із високим ступенем довіри; спрощення руху товарів між Україною та ЄС; приєднання України до Конвенції про єдиний режим транзиту.

Вищезазначене зумовлює перспективність подальшого наукового дослідження даної тематики з метою формулювання конкретних пропозицій щодо внесення змін до чинного Митного кодексу України та формування перспективного законодавства України у сфері правового регулювання митних відносин.

Література

1. Верховний суд розмежував поняття «митний контроль» та «митне оформлення». *Судова влада України* : офіційний портал. URL: <https://court.gov.ua/press/news/512072/>.
2. Мельник М. Інститут митних режимів в митному праві України : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2016. 251 с.
3. Білак Н. Особливості переміщення об'єктів інтелектуальної власності через митний кордон України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Одеса, 2019. 25 с.
4. Назарова Я. Правове регулювання митних режимів тимчасового ввезення та тимчасового вивезення: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Харків, 2016. 20 с.
5. Чуприна О. Правове регулювання митних режимів переробки: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Харків, 2015. 20 с.
6. Чуприна О. Класифікація митних режимів у юридичній науці та законодавстві. *Право та інновації*. 2015. № 2 (10). С. 133–139.
7. Митний кодекс України від 13 березня 2012 р. № 4495–VI. Дата оновлення: 19 червня 2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4495-17#Text>.
8. Регламент Європейського парламенту і Ради (ЄС) № 952/2013 від 9 жовтня 2013 р. про встановлення Митного кодексу Союзу. Дата оновлення: 9 жовтня 2013 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/984_009-13#Text.
9. European Commission. Taxation and Custom Union. URL: https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/customs-procedures_en.
10. Безмитні тарифні квоти та їх використання. *Євроінтеграційний портал*. URL: <http://eu-ua.org/zona-vilnoi-torhivli/bezmytni-taryfni-kvoty-ta-yihnie-vykorystannia>.
11. Митні питання та сприяння торгівлі. *Євроінтеграційний портал*. URL: <http://eu-ua.org/jevointehratsiia/mytni-pytannia-ta-spryannia-torhivli>.

Анотація

Лемеха Р. І. Правове регулювання митних режимів за Митним кодексом України та перспективи його вдосконалення. – Стаття.

У науковій публікації досліджується сучасний стан правового регулювання митних режимів за митним кодексом України та визначаються перспективні напрями його вдосконалення з урахуванням глобалізаційних процесів та необхідності узгодження національного законодавства із правом Європейського Союзу.

Зазначається, що митні режими є комплексом взаємопов'язаних правових норм, що відповідно до заявленої мети переміщення товарів через митний кордон України визначають митну процедуру щодо цих товарів, їхній правовий статус, умови оподаткування й обумовлюють порядок їх використання після належного митного оформлення. Для української економіки важливе поступове збільшення імпорту й експорту товарів, а також забезпечення транзиту, з урахуванням геополітичного положення України та її статусу як транзитної держави. Сучасний стан правового регулювання митних режимів є задовільним, адже їх визначення та класифікація в Митному кодексі України має загальний характер, на практиці часто виникають випадки неоднозначного тлумачення відповідних норм митного права, про що свідчить судова практика, зокрема й останні постанови Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду.

Одним із перспективних напрямів удосконалення правового регулювання митних режимів в Україні названо зосередження всіх правових норм, якими врегульовано порядок переміщення товарів через митний кордон України та порядок їх використання після належного митного оформлення, виключно в межах Митного кодексу України, з урахуванням останньої практики Верховного Суду, чим буде забезпечено дотримання принципу правової визначеності й однозначне розуміння норм митного права суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності.

Формулюється висновок про необхідність узгодження положень Митного кодексу України з Митним кодексом Європейського Союзу, з огляду на перспективи набуття Україною повноправного членства в Європейському Союзі.

Ключові слова: засади, митні режими, митний кодекс, митний кордон, митна справа, переміщення, товари, правовий статус, митні процедури, митні відносини, адміністративне право, публічна адміністрація.

Summary

Lemekha R. I. Legal regulation of customs regimes under the Customs Code of Ukraine and perspectives for its improvement. – Article.

The scientific publication is devoted to the current state of legal regulation of customs regimes under the Customs Code of Ukraine and identifies promising areas for improvement, taking into account globalization processes and the need to bring national legislation in line with European Union law.

It is noted that customs regimes are a set of interrelated legal norms that, in accordance with the stated purpose of moving goods across the customs border of Ukraine, determine the customs procedure for these goods, their legal status, tax conditions and determine their use after proper customs clearance. It is important for the Ukrainian economy to gradually increase the import and exports of goods, as well as to ensure transit, given the geopolitical position of Ukraine and its status as a transit country. The current state of legal regulation of customs regimes is satisfactory, as their definition and classification in the Customs Code of Ukraine is general and in practice there are often cases of ambiguous interpretation of relevant customs law, as evidenced by case law, including recent rulings of the Administrative Court of Cassation.

One of the promising areas for improving the legal regulation of customs regimes in Ukraine is the concentration of all legal norms governing the movement of goods across the customs border of Ukraine and their use after proper customs clearance, exclusively within the Customs Code of Ukraine, taking into account the latest practice of the Supreme Court, that observance of the principle of legal certainty and unambiguous understanding of the norm of customs law by the subjects of foreign economic activity will be ensured.

An equally important area of improving the legal regulation of customs relations is the adaptation of Ukrainian legislation to EU requirements, which is associated with the introduction of numerous changes in the customs sphere. The expected results of the adaptation process include: simplification of customs procedures and trade facilitation; introduction of modern technologies of customs control, simplified procedures for release of goods and control after customs clearance; significant simplification of customs formalities for enterprises with a high degree of confidence; simplification of the movement of goods between Ukraine and the EU; Ukraine's accession to the Convention on a Single Transit Procedure.

The conclusion is formulated on the need to bring the provisions of the Customs Code of Ukraine in line with the Customs Code of the Union (EU Customs Code), taking into account the prospects of Ukraine's full membership in the EU.

Key words: principles, customs regimes, customs code, customs border, customs business, movement, goods, legal status, customs procedures, customs relations, administrative law, public administration.

УДК 342.9

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i87.2803>*А. Б. Маслова*

ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ У ПРАЦЯХ УЧЕНИХ-АДМІНІСТРАТИВІСТІВ: УЗАГАЛЬНЕНИЙ ОГЛЯД ПІДХОДІВ

Постановка проблеми. Незважаючи на те, що вже майже тридцять років тому із проголошенням незалежності України відбулися фундаментальні зміни в державо-та правотворенні, сутнісна перебудова всієї системи публічної влади на теренах нашої держави досі триває. Можливо, такий дещо неквапливий поступ розвитку концептуально нових відносин у сфері публічної влади пов'язаний не тільки з певними організаційними та ресурсними складнощами державотворчих процесів, але й із чинниками ментального характеру – закоснілістю в розумінні суті та призначення публічної адміністрації, підсвідомого, кристалізованого за тоталітарного режиму, несприйняття демократичних засад існування суспільства та держави або гіпертрофованого уявлення про них, низьким рівнем правової культури та правосвідомості не тільки в широких верств населення та пересічних громадян, але й у представників публічної влади, непрофесійністю останніх, соціально безвідповідальністю досить значної частини населення тощо. Звісно, цей перелік передумов явно не є вичерпним, а серед них є й деякі інші чинники, які лише підкреслюють одну загальну проблему сучасного існування нашої держави – несформованість громадянського суспільства та його інститутів, що фактично є квінтесенцією недоліків функціонування сучасної системи публічної адміністрації загалом [1, с. 119–120].

Окремо варто звернути увагу на те, що неоднозначність у визначенні правової природи публічної адміністрації в середовищі вчених-адміністративістів (і не тільки), яка нами буде проаналізована в межах вказаної публікації, також не дає змоги сформувати уніфікований погляд на розуміння цієї правової категорії як серед населення, так і серед представників самої публічної адміністрації.

Мета статті – здійснити узагальнений огляд підходів до визначення правової природи публічної адміністрації у працях учених-адміністративістів та сформулювати власне бачення цього питання.

Аналіз останніх досліджень і публікацій та виклад основного матеріалу. Правова природа публічної адміністрації протягом усього періоду формування та розвитку адміністративно-правової доктрини завжди привертала увагу вчених-адміністративістів, а також представників інших галузевих як юридичних, так і неюридичних наук. Предметом дослідження зазвичай є окремі аспекти або ж загальна проблематика публічного адміністрування, публічної адміністрації та її суб'єктів тощо. Так, зокрема, Ю.І. Цвіркун, який ґрунтовно аналізує правову природу публічної адміністрації та звертає увагу на історіографію дослідження цього питання, стверджує, що бачення вказаної проблематики кристалізувалось у двох підходах, які умовно можна назвати консервативним та «проєвропейським» розумінням суті та призначення державного управління [2, с. 57].

Представники так званого консервативного уявлення про державне управління загалом розвивали наукові тези, сформовані радянськими вченими, намагалися

їх пристосувати до нових суспільно-політичних і економічних реалій. На противагу їм, інші вчені-адміністративісти акцентували увагу на необхідності відмови від дещо застарілого розуміння державного управління, порушували питання про якісне оновлення адміністративного права, його ознак, системи та термінологічного ряду, зокрема й такої його базової категорії, як «державне управління», у результаті чого на шпальтах адміністративно-правової літератури почали активно обговорювати так звану «дихотомію» адміністративного права з його управлінською та неуправлінською складовими частинами, та дедалі частіше почала з'являтися нова для юридичної науки категорія «публічна адміністрація» («публічне адміністрування») [3, с. 31–32].

Сам Ю.І. Цвіркун стверджує, що нині досить значна кількість учених-адміністративістів цілком логічно намагаються розробити такий понятійно-категоріальний апарат адміністративного права, що повною мірою відповідав би новій «людноцентристській» концепції адміністративного права й адміністративно-правової доктрини, яка, на думку В.Б. Авер'янова, має полягати в утвердженні справжньої спрямованості цієї галузі на забезпечення реалізації та захисту прав громадян, а держава має «служити» людині, забезпечувати пріоритет її прав, свобод та інтересів [4, с. 156; 3, с. 41–42]. З таким якісно новим (порівняно з багато в чому догматичним радянським) розумінням адміністративного права Ю.І. Цвіркун і пов'язує стратегічне призначення публічної адміністрації – забезпечення реалізації та захисту прав приватних осіб у публічній сфері, обслуговування потреб та інтересів людини, громадянина, суспільства загалом [3, с. 42].

На переконання вченого, термін «публічне адміністрування» («публічна адміністрація») ¹ найбільш перманентно відображає «людноцентристську» ідеологію адміністративного права і за етимологією обох слів («публічне» й «адміністрування»), і за суб'єктною ознакою (дозволяє не обмежувати коло уповноважених суб'єктів лише державними органами), і за змістовим наповненням (яке відображає переважно сервісний, а не суто владно-організуючий характер такої форми державної діяльності) [2, с. 71–72].

На думку В.Б. Авер'янова, під терміном «публічна адміністрація» варто розуміти сукупність органів виконавчої влади й органів виконавчого самоврядування, підпорядкованих політичній владі, які забезпечують дотримання закону та виконують інші публічно-управлінські функції [6, с. 117]. А.А. Пухтецька й А.М. Школик цілком слушно розмірковують про зміст категорії «публічна адміністрація» крізь призму аналізу європейської наукової думки. Зокрема, А.А. Пухтецька зазначає, що термін «публічна адміністрація» розуміється європейськими вченими як: 1) сукупність органів, установ та організацій, які виконують адміністративні функції; 2) адміністративна діяльність, яка здійснюється цією адміні-

¹ На думку Ю.І. Цвіркуна, є два розуміння категорії «публічне адміністрування»: функціональне – урегульована нормами адміністративного права діяльність уповноважених суб'єктів (органи державної влади, органи місцевого самоврядування, інші недержавні суб'єкти, яким делеговано владні повноваження), спрямована на забезпечення прав та інтересів приватних осіб у публічній сфері; організаційне (публічна адміністрація) – сукупність уповноважених суб'єктів, пріоритетом діяльності яких є забезпечення, реалізація та захист прав фізичних і юридичних осіб у публічній сфері [5, с. 6].

страцією в інтересах суспільства; 3) сфера управління публічним сектором тією ж публічною адміністрацією [7, с. 13, 14; 8, с. 9–11].

Т.М. Кравцова й А.В. Солонар також цілком слушно звертають увагу на те, що загалом сучасна наука адміністративного права оперує двома вимірами розуміння цієї категорії – широким та вузьким. Водночас, на думку вчених-адміністративістів, формування саме такого підходу не має «вітчизняного коріння», а походить суто від законодавства Європейського Союзу. Так, Т.М. Кравцова й А.В. Солонар зазначають, що у вузькому сенсі під «публічною адміністрацією» розуміються «регіональні органи, місцеві й інші органи публічної влади», «центральні уряди» та «публічна служба». Під органами публічної влади водночас розуміються: «інституції регіонального, місцевого або іншого характеру, інші органи, діяльність яких регулюється нормами публічного права або діями держав-членів; органи, наділені достатніми суверенними повноваженнями країни, які з формальної точки зору не є частиною адміністративного апарату держави-члена, але структура та завдання яких визначені в законі (причому ці завдання належать сфері функціонування держави)».

У широкому сенсі, як вказують дослідниці, у європейському праві до «публічної адміністрації», крім органів публічної влади, відносять ті органи, які не входять до неї організаційно, але виконують делеговані нею функції. Водночас, як зазначається в Резолюції щодо публічної (державної) відповідальності, під «публічною владою», або органами публічної влади, треба розуміти: будь-яку установу публічного права (зокрема, державу, регіональні та місцеві органи державної влади, незалежні публічні підприємства) та будь-які фізичні особи під час виконання ними повноважень офіційних органів [9, с. 11; 10, с. 522].

Таке припущення шановних учених щодо «двовимірності» наукового розуміння публічної адміністрації є абсолютно виправданим, оскільки, окрім наведених нами вище суджень щодо правової природи публічної адміністрації, те чи інше бачення порушеної проблематики (широке або вузьке) є характерним для більшості сучасних адміністративно-правових досліджень.

Що цікаво, Т.М. Кравцова й А.В. Солонар перед пошуком оптимальної формули визначення цієї категорії звертають увагу на необхідність окреслення принципів діяльності публічної адміністрації². До них вчені відносять такі засади: верховен-

Такий підхід також використовується І.Б. Коліушом і В.П. Тимощуком, на думку яких, до принципів функціонування публічної адміністрації варто відносити такі засади: 1) верховенства права як пріоритету прав та свобод людини і громадянина, гуманізму та справедливості в діяльності публічної адміністрації; 2) законності як діяльності публічної адміністрації відповідно до повноважень і в порядку, визначених законом; 3) відкритості як оприлюднення та доступності для громадян інформації про діяльність та рішення публічної адміністрації, а також надання публічної інформації на вимогу громадян; 4) пропорційності як вимоги щодо обмеження рішень публічної адміністрації метою, якої необхідно досягти, умовами її досягнення, а також обов'язку публічної адміністрації зважати на наслідки своїх рішень, дій та бездіяльності; 5) ефективності як обов'язку публічної адміністрації забезпечувати досягнення необхідних результатів у вирішенні покладених на неї завдань за оптимального використання публічних ресурсів; 6) підконтрольності як обов'язкового внутрішнього та зовнішнього контролю за діяльністю публічної адміністрації, зокрема й судового; 7) відповідальності як обов'язку публічної адміністрації нести юридичну відповідальність за ухвалені рішення, дії та бездіяльність [11, с. 26–27].

ства права; законність; пропорційність; підконтрольність; відповідальність; ієрархічність; демократизм методів і стилю роботи; професійну компетентність; поєднання виборності і призначуваності; плановість (визначення конкретних спільних завдань, планів діяльності, виконання яких покладено саме на ці державні органи); науковість; взаємодію між органами державної влади, органами місцевого самоврядування, об'єднаннями громадян, населенням; організаційно-правову зв'язаність діяльності державних органів і посадових осіб [10, с. 524–525]. Зауважимо, що деякі із вказаних принципів є досить спірними, оскільки вони, з урахуванням описаного авторами їхнього зміст, явно тяжіють до засад функціонування державного управління, ще й з «елементами ідеологічного забарвлення» радянської адміністративно-правової науки.

У підсумку свого дослідження Т.М. Кравцова й А.В. Солонар зазначають, що публічна адміністрація – це певним чином побудована система органів державної виконавчої влади та виконавчих органів місцевого самоврядування, підприємства, установи, організації й інші суб'єкти, наділені адміністративно-управлінськими функціями, які діють із метою забезпечення як інтересів держави, так і інтересів суспільства загалом [10, с. 525]. Також ми схильні підтримати критичні висловлювання щодо думок Т.М. Кравцової й А.В. Солонар, висловлені Н.П. Каменською, яка досить аргументовано стверджує, що трактування поняття «публічна адміністрація» на сторінках тих самих наукових доробків водночас у «широкому» і «вузькому» розумінні свідчить про неоднозначність та нечіткість позиції фахівців у цих питаннях [12, с. 30]. Натомість Н.П. Каменська вважає, що позиція прихильників саме «вузької» теорії розуміння публічної адміністрації як системи органів виконавчої влади та місцевого самоврядування, які відповідно до закону, у межах компетенції здійснюють управління публічними справами, видається досить аргументованою та переконливою [12, с. 31]. Учена-адміністративіст із посиланнями на праці М.С. Міхровської та В.Б. Авер'янова стверджує, що «<...> термін «публічна адміністрація» є симбіозом: максимум системи органів виконавчої влади, місцевого самоврядування, мінімум суб'єктів виконавчої влади (у тому числі виконавчих органів місцевого самоврядування)» [13, с. 92; 6, с. 117].

Також про широке та вузьке розуміння публічної адміністрації висловлюються Ю.Г. Кальниш, Т.М. Лозинська та В.І. Тимцуник, але в їхньому баченні вказані виміри розуміння мають дещо інше значення: дослідниками враховуються кількісні характеристики. Так, учені зазначають, що публічна адміністрація в широкому розумінні охоплює сукупність органів, що здійснюють публічне адміністрування, а у вузькому – розглядається як конкретний публічний орган (наприклад, адміністрація міської ради). Відправним пунктом діяльності адміністрації є конституційні засади правоздатності, згідно з якими кожен адміністративний орган діє на підставі принципів права, дотримання яких висуває сукупність вимог до адміністрації [14, с. 54].

У свою чергу, В.К. Колпаков ґрунтовно аналізує передумови перегляду призначення адміністративного права та порушує питання про необхідність перегляду і його ключових категорій, що «<...> зумовлюється новими реаліями правової дійсності (відродження інституту приватної власності, нове за своєю суттю місцеве само-

врядування, виникнення публічної служби, легалізація підприємницької діяльності)» [15; 16, с. 16]. Зокрема, учений-адміністративіст наполягає на тому, що саме поняття публічної адміністрації стало базовим у формуванні адміністративно-правових відносин. Водночас однією із системоутворювальних категорій предмета адміністративного права є категорія «відносини адміністративних зобов'язань». Сутність цих відносин учений-адміністративіст пов'язує зі змістом норм Конституції України щодо відповідальності держави перед людиною, визнання головним обов'язком держави ствердження і забезпечення прав і свобод людини, верховенства права, обмеження повноважень і дій публічної адміністрації Конституцією та законами України [17, с. 30]. Варто звернути увагу на те, що визначає публічну адміністрацію як правову категорію вчений крізь призму вимірів розуміння іншої суміжної з нею категорії – «публічне адміністрування». Так, дослідник стверджує, що публічне адміністрування – це сукупність органів і установ, які реалізують публічну владу шляхом дотримання закону, підзаконних актів та вчинення інших дій у публічних інтересах. Водночас вказана категорія має два виміри: функціональний – це діяльність відповідних структурних утворень із виконання функцій, спрямованих на реалізацію публічного інтересу; організаційно-структурний – сукупність органів, які створюються для здійснення (реалізації) публічної влади [18, с. 13, 14; 19, с. 28–31]. Ідентичну ідею та формулу визначення публічної адміністрації пропонують на сторінках «Словника термінів з адміністративного права України» і Д.В. Приймаченко та Р.В. Ігонін [20, с. 338]. У свою чергу, Т.О. Мацелик пов'язує зміст категорії «публічна адміністрація» з іншими, суміжними з нею, категоріями, як-от «владні повноваження», «публічна влада», «публічний інтерес», «управлінські функції», «адміністративні функції» [21, с. 135], але й вона, як і вищезгадані вчені, пропонує розглядати публічну адміністрацію як правову категорію у двох вимірах: функціональному й організаційно-структурному [21, с. 137].

Однак І.В. Патерило не погоджується з тезами В.К. Колпакова, формулює питання так: «<...> По-перше, а чи дійсно лише «органи» входять до складу публічної адміністрації, по-друге, а чи дійсно публічна адміністрація задіяна у здійсненні (реалізації) публічної влади у всіх формах її прояву?» [22, с. 83]. На думку вченої, помилковими є твердження про те, що публічна адміністрація представлена лише органами влади та займається реалізацією публічної влади. Більш точною буде характеристика публічної адміністрації як системного утворення, до складу якого входять як органи державної, насамперед виконавчої, влади, органи місцевого самоврядування, так і приватні особи (фізичні та юридичні), задіяні в реалізації лише частини функцій, які покладаються на публічну владу. Водночас І.В. Патерило звертає увагу на те, що публічна адміністрація іноді може діяти або як суб'єкт публічного управління, або як суб'єкт політичної діяльності. Урахування названої специфіки діяльності публічної адміністрації, як пише дослідниця, є досить принциповим, оскільки, по-перше, це пов'язано з особливостями відповідальності політичних діячів та державних службовців, а по-друге, процедури діяльності державних службовців визначаються нормами адміністративного права, тоді як у підґрунтя дій та рішень політичних осіб покладено норми конституційного права або політики; по-третє, рішення, дії чи бездіяльність державних службовців завжди

можуть бути переварені адміністративним судом на предмет їхньої правомірності, тоді як діяльність політиків та її результати досить часто вилучені з-під юрисдикції суду [22, с. 84].

Як висновок власних тез І.В. Патерило підкреслює, що категорія «публічна адміністрація» є складним системним утворенням, у межах якого об'єднується велика кількість суб'єктів, задіяних у реалізації Конституції та законів України, а також актів Президента України, що має на меті задоволення публічного інтересу [22, с. 85]. Загалом підтримуємо тези вченої про системність публічної адміністрації та відзначимо, що не досить виваженим є обмеження норм права, що реалізується публічною адміністрацією лише Конституцією, законами України й актами Президента України. До вказаного «пакета реалізаційних правових норм» цілком логічно можна додати й нормативно-правові акти Кабінету Міністрів України, центральних органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування. Так само не варто називати власне публічною адміністрацією й тих приватних осіб, яким делеговано її повноваження.

У широкому розумінні трактують зміст цієї категорії й у деяких енциклопедично-довідникових виданнях, де, наприклад, зазначається, що публічна адміністрація – це сукупність державних і недержавних суб'єктів публічної влади, ключовими структурними елементами якої є: а) органи виконавчої влади; б) виконавчі органи місцевого самоврядування [23, с. 168–169]. Широке уявлення про публічну адміністрацію також характерне для Н.О. Армаш, В.В. Галунька, Н.Т. Гончарука, П.В. Діхтієвського, І.Б. Коліушка, П.С. Лютікова, Р.С. Мельник, С.О. Мосьондза, Г.Р. Нижник, О.Р. Радишевської, В.П. Тимошука, Ю.П. Фоміна, Ю.І. Цвіркуна й інших [24, с. 24; 25, с. 89; 26, с. 13; 27; 28, с. 47–50; 29, с. 38; 30; 31; 32, с. 62].

Дещо суперечливе визначення публічної адміністрації пропонує Ю.В. Делія, якому вона уявляється як новий суб'єкт локального управління, що являє собою систему територіальних утворень виконавчих органів державної виконавчої влади на місцях і відповідних органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, обраних громадами, наділених правом самостійно або через утворювані ними органи вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції, законів України [33, с. 6]. Можливо, автор цього твердження вкладав інший зміст у його розуміння, але висновок про те, що публічна адміністрація обмежена лише територіальними органами та посадовими особами, є явно помилковим.

Водночас варто зауважити, що досить значна кількість учених-адміністративістів не формулюють окремо визначення поняття «публічна адміністрація», а розглядають її правову природу суто через ознаки публічного адміністрування. Так, В.М. Бевзенко та Р.С. Мельник цілком слушно звертають увагу на те, що термін «публічне адміністрування» застосовується переважно на теоретичному рівні, оскільки в текстах вітчизняних нормативних актів він не вживається. Варто підкреслити, що, на думку вчених, його синонімом є категорія «управління», необхідність заміни якої на термін «адміністрування» пов'язана зі зміною призначення адміністративного права, яке формується, виходячи з так званої «людиноцентристської ідеології» [34, с. 39]. У баченні В.М. Бевзенка та Р.С. Мельника, законодавча влада здійснюється у формі законотворчості, судова влада – правосуддя, а публічне

адміністрування є формою реалізації виконавчої влади. Водночас, як підкреслюється дослідниками, у межах виконавчої влади поряд зі здійсненням публічного адміністрування реалізуються також і політичні рішення, які становлять зміст політичної діяльності, яка не входить до змісту публічного адміністрування, отже, не регулюється нормами адміністративного права [34, с. 39–40].

Досить цікава думка колективу авторів підручника «Загальне адміністративне право», які пов'язують виникнення категорії «публічна адміністрація» з теорією юридичних фікцій. На думку вчених-адміністративістів, публічна адміністрація (public administration), яка представлена численними суб'єктами, є «штучною» фіктивною особою. У цьому контексті вчені наголошують, що поняття «публічна адміністрація» нині тлумачиться неоднозначно і в європейській адміністративно-правовій доктрині, має ширше значення, ніж його узвичаєний переклад українською мовою – державне управління, а також відповідне звужене розуміння в радянській та пострадянській науці [35, с. 121].

Колектив авторів монографії «Державне управління: європейські стандарти, досвід та адміністративне право» наголошує, що функціонування публічної адміністрації, з огляду на її переважно обслуговуючий характер, поділяється на управлінську (владно-організуючий вплив керівних суб'єктів на спільну діяльність людей із метою її впорядкування, координації та спрямування для ефективного досягнення загальних (спільних) цілей і завдань цієї діяльності [36, с. 243]) та публічно-сервісну діяльність (розгляд і вирішення різних індивідуальних звернень приватних (фізичних і юридичних) осіб щодо реалізації їхніх суб'єктивних прав і охоронюваних законом інтересів; надання конкретним приватним особам адміністративних послуг; ухвалення індивідуальних зобов'язувальних рішень щодо приватних осіб із питань виконання ними різного роду обов'язків, передбачених законом, а також розв'язання так званих «публічних» справ; здійснення поза-судового розгляду адміністративно-правових спорів у порядку адміністративного розгляду скарг приватних осіб; ужиття щодо громадян заходів адміністративного примусу, передусім заходів адміністративної відповідальності) [36, с. 243, 244].

Висновки. Отже, вітчизняна доктрина адміністративного права в питаннях про сутність та призначення публічної адміністрації не має однозначних відповідей ані щодо поняття й ознак публічної адміністрації, ані щодо її суб'єктного складу та його функціонального навантаження. Окремо варто звернути увагу на те, що деякі джерела і надалі використовують дещо застарілу термінологію або взагалі припускаються у визначенні правової природи публічної адміністрації «сліпого» калькування ознак та вихідних засад державного управління, чим занадто звужують розуміння публічної адміністрації як окремого інституту публічної влади.

У нашому баченні, публічна адміністрація є системним утворенням, якому притаманні такі ознаки:

- наявність розгалуженого складу компонентів, первинним елементом якого є суб'єкт публічної адміністрації або його посадова особа;
- ієрархічність і упорядкованість компонентів системи;
- структурність, яка забезпечує цілісність системи та її інтеграцію в інші системи (публічна влада, суспільство, держава тощо);

– наявність спільної мети функціонування її елементів, яка тісно пов'язана із загальним призначенням публічної адміністрації й існуванням держави загалом.

Отже, публічна адміністрація як система – це побудована на стійких внутрішніх і зовнішніх зв'язках вертикального та горизонтального характеру об'єктивно зумовлена сукупність її суб'єктів, метою якої є досягнення такого збалансованого стану її компонентів та їхньої стабільної взаємодії один з одним, який має забезпечити належне гарантування суб'єктами публічної адміністрації прав, свобод та законних інтересів, фізичних і юридичних осіб у публічній сфері, а також ефективну реалізацію приватними особами свого адміністративно-правового статусу [37, с. 26].

Відзначимо, що у вузькому розумінні публічна адміністрація розглядається як конкретний суб'єкт, наділений відповідними повноваженнями, що забезпечує виконання покладених на нього завдань, які загалом відповідають загальному призначенню публічної адміністрації.

Література

1. Маслова А.Б. Концепція людиноцентризму в адміністративному праві: передумови виникнення, зміст та нормативна основа. *Jurnalul juridic național: teorie și practică*. 2020. № 4. С. 118–128.
2. Цвіркун Ю.І. Розгляд та вирішення в адміністративному судочинстві справ щодо оскарження рішень, дій та бездіяльності колегіальних суб'єктів публічної адміністрації: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.07. Запоріжжя, 2020. 548 с.
3. Цвіркун Ю.І. Оскарження в адміністративному судочинстві рішень, дій та бездіяльності колегіальних суб'єктів публічної адміністрації : проблеми теорії і практики. Херсон, 2019. 464 с.
4. Принцип верховенства права : проблеми теорії та практики : у двох кн. / за заг. ред. Ю.С. Шемчушенка ; відп. ред. В.Б. Авер'янов. Київ : Конус-Ю, 2008. Кн. 2 : Принцип верховенства права у діяльності держави та в адміністративному праві. 314 с.
5. Цвіркун Ю.І. Розгляд та вирішення в адміністративному судочинстві справ щодо оскарження рішень, дій та бездіяльності колегіальних суб'єктів публічної адміністрації : автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.07. Запоріжжя, 2020. 30 с.
6. Авер'янов В.Б. Реформування українського адміністративного права: ґрунтовний привід для теоретичної дискусії. *Право України*. 2003. № 5. С. 117–122.
7. Пухтецька А.А. Європейський адміністративний простір і принципи верховенства права / відп. ред. В.Б. Авер'янов. Київ : Юридична думка, 2010. 140 с.
8. Школик А.М. Порівняльне адміністративне право : навчальний посібник для юридичних факультетів і факультетів міжнародних відносин. Львів : ЗУКЦ, 2007. 208 с.
9. Білозерська Т.О. Реформування публічної адміністрації в Україні як крок до європейської інтеграції. *Форум права*. 2007. № 2. С. 11–19.
10. Кравцова Т.М., Солонар А.В. Поняття та принципи діяльності публічної адміністрації. *Форум права*. 2010. № 4. С. 522–525.
11. Коліушко І.Б., Тимошук В.П. Ефективна публічна адміністрація : довідник для міністрів. Київ, 2006. 32 с.
12. Каменська Н.П. Публічна адміністрація: логіко-методологічний аналіз дефініції. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2014. № 6. С. 29–32.
13. Міхровська М.С. Державне управління та публічна адміністрація: шлях до демократії. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія «Юридичні науки»*. 2011. № 88. С. 90–93.
14. Кальниш Ю.Г., Лозинська Т.М., Тимцуник В.І. Публічне управління та адміністрування : навчальний посібник. Полтава : РВВ ПДАА, 2015. 280 с.
15. Колпаков В.К. Людиноцентризм у доктрині адміністративного права. *Стан та перспективи розвитку адміністративного права та процесу* : матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції, м. Одеса, 9–10 жовтня 2015 р. Одеса : ОДУВС, 2015. С. 75–77.
16. Юровська В.В. Методи адміністративного права : питання теорії та практики : монографія. Запоріжжя : Видавничий дім «Гельветика», 2018. 344 с.

17. Коломоець Т.О., Колпаков В.К. Вступ до навчального курсу «Адміністративне право України»: навчальна лекція. Київ: Ін Юре, 2014. 240 с.
18. Колпаков В.К. Адміністративна відповідальність (адміністративно-деліктне право): навчальний посібник. Київ: Юрінком-Інтер, 2008. 256 с.
19. Колпаков В.К. Про публічні адміністрації. *Право України*. 2003. № 5. С. 28–31.
20. Адміністративне право України: словник термінів / за заг. ред. Т.О. Коломоець, В.К. Колпакова; Держ. вищ. навч. закл. «Запорізький національний університет». Київ, 2014. 520 с.
21. Мацелик Т.О. Публічна адміністрація: питання понятійно-категоріального апарату. *Часопис Київського університету права*. 2012. № 1. С. 135–138.
22. Патерило І.В. До розуміння сутності та змісту категорії «публічна адміністрація». *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція»*. 2014. № 9–1. С. 83–85.
23. Малиновський В.Я. Словник термінів і понять з державного управління. Київ: Центр сприяння інституційному розвитку державної служби, 2005. 254 с.
24. Публічна адміністрація в Україні: становлення та розвиток: монографія / за заг. ред. А.В. Толстоухова, Н.Р. Нижник, Н.Т. Гончарук. Дніпро: Моноліт, 2010. 400 с.
25. Мосьондз С.О. Адміністративне право України (у визначеннях та схемах): навчальний посібник. Київ: Атіка, 2008. 272 с.
26. Фомін Ю.В. Органи внутрішніх справ України в системі публічної адміністрації: адміністративно-правові засади: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Запоріжжя, 2012. 18 с.
27. Адміністративне право України. Повний курс: підручник / В.В. Галунько та ін. Видання т рете. Херсон: Олді-Плюс, 2020. 584 с.
28. Мельник Р.С. Адміністративне право і процес: теорія та практика право-застосування: монографія. Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2019. 210 с. С. 47–50.
29. Мельник Р.С. Загальне адміністративне право в питаннях і відповідях: навчальний посібник. Київ: Юрінком-Інтер, 2019, 308 с.
30. Лютіков П.С. Юридичні особи як суб'єкти адміністративного права (до реформування вітчизняного адміністративного законодавства). *Право України*. 2014. № 11. С. 170–177.
31. Лютіков П.С. Феномен юридичних осіб як суб'єктів адміністративного права: монографія. Херсон, 2013. 252 с.
32. Цвіркун Ю.І. Правова природа та призначення публічної адміністрації: узагальнений історіографічний аналіз доктринальних підходів та сучасне її розуміння. *Jurnalul juridic național: teorie și practică*. 2018. № 4 (32). Ч. 1. С. 57–63.
33. Делія Ю.В. Адміністративно-правові аспекти нормотворчості публічної адміністрації в Україні: автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2014. 35 с.
34. Мельник Р.С., Бевзенко В.М. Загальне адміністративне право: навчальний посібник / за заг. ред. Р.С. Мельника. Київ: Ваіте, 2014. 376 с.
35. Гриценко І.С., Мельник Р.С., Пухтецька А.А. Загальне адміністративне право: підручник; за заг. ред. І.С. Гриценка. Київ: Юрінком-Інтер, 2014. 568 с.
36. Авер'янов В.Б., Дерезь В.А., Школик А.М. Державне управління: європейські стандарти, досвід та адміністративне право / за заг. ред. В.Б. Авер'янова. Київ: Юстиніан, 2007. 288 с.
37. Маслова А.Б. Алгоритм системного дослідження публічної адміністрації як наукової категорії. *Юридичний вісник*. 2020. № 3. С. 18–28.

Анотація

Маслова А. Б. Визначення правової природи публічної адміністрації у працях учених-адміністративістів: узагальнений огляд підходів. – Стаття.

У статті на підставі узагальненого аналізу наукових та публіцистичних джерел визначено правову природу публічної адміністрації. Встановлено, що вітчизняна доктрина адміністративного права в питаннях про сутність та призначення публічної адміністрації не має однозначних відповідей ані щодо поняття й ознак публічної адміністрації, ані щодо її суб'єктного складу та його функціонального навантаження. Особливо звернуто увагу на те, що деякі джерела і надалі використовують дещо застарілу термінологію або взагалі припускаються у визначенні правової природи публічної адміністрації «сліпого» калькування ознак та вихідних засад державного управління, чим занадто звужують розуміння публічної адміністрації як окремого інституту публічної влади.

Доведено, що публічна адміністрація є системним утворенням, якому притаманні такі ознаки: наявність розгалуженого складу компонентів, первинним елементом якого є суб'єкт публічної адміністрації або його посадова особа; ієрархічність та упорядкованість компонентів системи; структурність, яка забезпечує цілісність системи та її інтеграцію в інші системи (публічна влада, суспільство, держава тощо); наявність спільної мети функціонування її елементів, яка тісно пов'язана із загальним призначенням публічної адміністрації й існуванням держави загалом.

Аргументовано, що публічна адміністрація як система – це побудована на стійких внутрішніх і зовнішніх зв'язках вертикального та горизонтального характеру об'єктивно зумовлена сукупність її суб'єктів, метою якої є досягнення такого збалансованого стану її компонентів та їхньої стабільної взаємодії один з одним, який має забезпечити належне гарантування суб'єктами публічної адміністрації прав свобод та законних інтересів фізичних і юридичних осіб у публічній сфері, а також ефективну реалізацію приватними особами свого адміністративно-правового статусу.

Ключові слова: правова природа, призначення, публічна адміністрація, система, суб'єкт.

Summary

Maslova A. B. Defining the legal nature of public administration in the works of scholars-administrators: a generalized review of approaches. – Article.

The article, based on a generalized analysis of scientific and journalistic sources, defines the legal nature of public administration. It is established that the domestic doctrine of administrative law in matters of the nature and purpose of public administration does not have unambiguous answers either to the concept and characteristics of public administration, or to its subjective composition and its functional load. Special attention is paid to the fact that some sources continue to use somewhat outdated terminology or even assume in determining the legal nature of public administration “blind” tracing of signs and basic principles of public administration, which narrows the understanding of public administration as a separate institution of public authority.

It is proved that public administration is a systemic entity, which has the following features: the presence of an extensive composition of components, the primary element of which is the subject of public administration or its official; hierarchy and orderliness of system components; structure that ensures the integrity of the system and its integration into other systems (public authorities, society, state, etc.); the existence of a common purpose for the functioning of its elements, which is closely related to the general purpose of public administration and the existence of the state as a whole.

It is argued that public administration as a system is an objectively determined set of its subjects built on stable internal and external connections of vertical and horizontal character, the purpose of which is to achieve such a balanced state of its components and their stable interaction with each other. to ensure proper guarantee by the subjects of public administration of the rights, freedoms and legitimate interests of individuals and legal entities in the public sphere, as well as the effective realization by individuals of their administrative and legal status.

Key words: legal nature, purpose, public administration, system, subject.

UDC 340.132.6

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i87.2806>*Yu. I. Matat*

THE ROLE OF INTERPRETATION OF LAW IN THE MECHANISM OF BRIDGING GAPS IN LAW

Formulation of the problem. In the legal systems of continental European law, the interpretation of law plays a very important and sometimes crucial role. This is due to the special role of the judge, which consists not only in his activities in relation to formal, pre-established regulations, but also in the application of the latter in the context of the legal system based on its fundamental values.

The state of scientific research. Problems of interpretation of law and its role in bridging gaps in the law were studied by such scientists as O.V. Averin, O.T. Bonner, O.N. Vereshchagin, M.S. Kelman, D.O. Tumanov, S.P. Pogrebniak, P.M. Rabinovych, Yu.M. Todyka, H.O. Khrystova, S.P. Cherednychenko, S.V. Shevchuk and others. However, some aspects of the above issues related to the relationship between gaps in the law and the interpretation of law, such as: (a) the study of specific types of gaps and the role of clarification of legal norms in the process of overcoming existing gaps; (b) disclosure of the essence of the disseminating interpretation of the law and its application by analogy; (c) determining the specifics of the interpretation of the rules applied by analogy, as well as the role of official interpretation in the process of bridging gaps, remain insufficiently studied, which, given the great practical importance of these issues, determines the relevance of their research.

The purpose of the article is to clarify the legal nature of the interpretation of law, its features, as well as the role in the process of bridging gaps in law, in particular, the study of the specifics of the interpretation of norms applied by analogy, in the case of gaps in law, as well as disclosing the meaning of interpretation activities for the implementation of completion paths (development) of law.

Statement of basic materials. Regulating the procedure for exercising the rights and fulfilling the responsibilities of the participants in legal relations, the rules of law are characterized by the high degree of formalism, which largely determined the specifics of the gaps that occur in them. The gap in law in the theory of law is understood as the absence of the appropriate regulatory and legal prescription, which is necessary for the regulation of specific social relations that are in the sphere of legal regulation [1, p. 378]. We are talking, in particular, not only about cases when there is no rule of law at all, but also about the situation where it (or part of it) is not clearly formulated, as a result of which we have the formal gap. According to O.T. Bonner, the formal gap is the situation associated with the absence of the law that would directly answer the question. However, this does not mean that there is no corresponding legal norm, and in this case, the law enforcement body has to create it to the certain extent, taking into account various methods of interpreting law [2, p. 39]. Agreeing with the opinion of the scientist, D.O. Tumanov defines this concept as the situation in which the law

enforcement agency should not create a rule, but reconstruct its true logical meaning [3, p. 99]. This can be achieved only through the interpretation of the law, which, according to the apt statement of O.V. Averin, is “the most complex intellectual procedure that requires at least 2 conditions: the deep knowledge of not only the current law, but also quite complex rules of legal hermeneutics” [4, p. 172].

By its nature, the interpretation is aimed at clarifying the true meaning of the law. It should be borne in mind that the latter, due to the property of human speech, can admit the existence of several variants of its understanding. Therefore, the interpretation does not change or abolish the law, but only concretizes it, gives it the meaning that is embedded in it.

The need for interpretation is organically related to the use of techniques and means of legal techniques in the development of the legal act, which, in turn, are conditioned by several aspects of the external form of law, namely: (a) the form of external verbal and documentary presentation of the content of legal prescriptions and (b) normative, specifically legal expression of this content. Along with these objective grounds, the need for interpretation is also explained by the imperfection of the wording of the law of the will of the legislator. In view of this, the interpretation of legal acts helps to eliminate the shortcomings of their form. Incorrect or incomplete use of techniques and tools of legal technique, shortcomings in the style of legal acts can be eliminated by interpretation. This is what gives the grounds for S.S. Alekseev to consider interpretation as a kind of continuation of legal techniques, the purpose of which is to ensure the completeness and accuracy of the expression of the will enshrined in these acts, its full disclosure and proper effective implementation [5, p. 505]. So, it can be argued that through various methods of interpretation such kind of gaps as formal gaps are overcome.

In the process of exercising the right, it is important not only to interpret one or another formally established legal prescription, but also to explain it in general – its meaning, principles, socio-political content, and so on. Only the in-depth interpretation can serve as the appropriate basis for individual sub-normative regulation and concretization of norms, analogy of law, their subsidiary application in accordance with the requirements of legality. To achieve these objectives, law enforcement authorities use the expansive interpretation, the purpose of which is to reveal the true meaning of the legal norm, which is broader than its literal meaning. At the same time, it is extremely important that in the process of such interpretation the content laid down by the legislator remains unchanged [3, p. 106]. How rightly S.P. Pogrebniak remarks in this regard, the interpreter must choose the version of interpretation within the framework of the law, and not outside it [6, p. 126]. At the same time, the interpretation should be based on the general meaning of the norm, which determines its main purpose.

Expanded interpretation is carried out by the courts and as a result of the application of constitutional norms on human rights and fundamental freedoms, when their content is additionally determined by judicial lawmaking [7, p. 548]. For example, the European Court in the case of Yvonne van Duyn v. Home Office (Case 41/74 van Duyn v. Home Office) established the new legal provision as the result of clarifying the content of the principle of legal certainty, which, in his opinion, means that inter-

ested parties should be able to rely on the obligations assumed by the state, even if they are in the legislative act that does not have automatic direct action at all. Such action of the specified principle is connected with another – with the principle of responsibility, which is that the state should not invoke its own violation of obligations in order to prevent responsibility. However, if the certain concept is approved by the state or the public authority, they will be considered to be acting illegally if they deviate from such policy or behavior. After all, the approval of the latter gave grounds for the emergence of reasonable expectations of individuals to adhere to such policies or behavior [8].

This example unequivocally shows the implementation of one of the ways of law development through interpretation and judicial law [6, p. 124]. Therefore, we must agree with the opinion of S.P. Pogrebniak, who notes that in some cases the interpretive and law enforcement functions of judicial practice are actually transformed into law-making. At the same time, the scientist notes that within the framework of the Romano-Germanic legal family, the lawmaking function of judicial practice, of course, is not the main one, but is performed as the additional one, supposedly complements the law enforcement or interpretation activities of the courts, compensates for the shortcomings of formal legal sources [9, p. 96–97].

As already mentioned, the problem of supplementing the law becomes especially relevant in bridging gaps in the law. In this regard, the question arises about the need to disclose the peculiarities of the interpretation of the rules applied by analogy.

The legal literature contains the point of view according to which, applying the law by analogy, the court or other law enforcement body should interpret it in the same way as in the usual application of this norm, since it is unacceptable to adapt the legal norm to similar relations by means of its different interpretation, transfer of the norm, which is applied in the sphere of other legal relations. Therefore, the meaning of the legal norm in its application by analogy cannot be distorted. At the same time, it should be borne in mind that each norm has its own sectoral (sub-sectoral) and institutional affiliation and is interpreted in conjunction with other norms contained in this area or institution. When applying the analogy, the rule of law is borrowed and allegedly transformed by the law enforcement body in the legal institution in which there is the gap. It follows that in the particular situation, such rule should be interpreted not as part of the institution from which it is borrowed, but as part of the institution, the gap in which it is designed to overcome [3, p. 107–108]. This is due to the fact that the norm, which is applied by analogy, is subject to double influence. On the one hand, it as a whole retains its original meaning, on the other – such a rule is partially adapted to the peculiarities of the institution, the gap in which, through it, is overcome. In addition, it should be remembered that when applying the rule by analogy, its general meaning is of paramount importance, which must remain unchanged. Some influence is also exerted by the specifics of the legal institution in which the borrowed norm is intended to be overcome. Thus, the rule applied by analogy in the certain sense is subject to adaptation by the enforcement authority.

Equally important is the issue of official interpretation, which plays the extremely important and sometimes decisive role in law. This is due to the fact that cases of authentic interpretation are the rather rare phenomenon, so it is logical that

the so-called official explanations provided by higher judicial bodies become especially important. These powers are based on the provisions of the Law of Ukraine “On the Judiciary and the Status of Judges” of June 02, 2016 No.1402-VIII [10] (hereinafter referred to as the Law), according to which in order to ensure uniform application of law in resolving certain categories of cases, the Plenum of the Supreme Court practice of application of substantive and procedural laws, systematizes and ensures the promulgation of legal positions of the Supreme Court with reference to court decisions in which they were formulated (paragraph 10¹ part 2 of Article 46 of Law No. 1402-VIII). Clause 10² of the second part of the same article of the said Law determines that, based on the analysis of judicial statistics and generalization of judicial practice, the Plenum of the Supreme Court provides advisory clarifications on the application of law in deciding court cases. Providing these clarifications is primarily the need to ensure the common understanding and application of the law, through which stability is achieved in the development of legal relations.

The official interpretation of normative legal acts also plays the significant role in the case of formal gaps, when the more modern legal design is provided through the interpretation of legal norms. Such activities, as a rule, are associated with the interpretation of the relevant rules of law, giving them the broader or narrower meaning depending on the degree of change in the nature of relations governed by them [3, p. 111].

In objective reality, any interpretative act has the auxiliary character in relation to the existing normative legal act – the subject of interpretation, which finds its manifestation in the application of its relevant rules [11, p. 56]. As a result of interpretation, the so-called casual norms are formed (they are also called secondary), which are used to resolve the specific legal dispute, the specific case [12, p. 72–74]. The element of judicial lawmaking is especially noticeable in resolving so-called complex cases that cannot be resolved by simple rule-making and are considered in the presence of such shortcomings of the legal system as insufficient clarity of legal requirements, ambiguity of their understanding, gaps in legal regulation. When solving this category of cases, the judge uses an expanded law-making interpretation of the rule of law, applies the analogy of law and legislation, exercises judicial discretion, that is, selects one of several lawful decisions [7, p. 547].

Given the close interaction of the law-making function of the judiciary with law enforcement and interpretation, some lawyers express the opinion on the identity of judicial lawmaking and interpretation [13, p. 41; 14, p. 174]. At the heart of the problem of identifying these two concepts are two groups of reasons. The first of them is related to the peculiarities of judicial activity in legal systems of the Anglo-American type, where, in contrast to the Romano-Germanic law, there is no clear distinction between law-making and law-interpreting activities of the judiciary [15, p. 66, 147]. Other reasons for mixing these two categories are factors that necessitate the legislative function of the judiciary. This circumstance is, first of all, the uncertainty of the content of normative prescriptions with which the court operates in the process of administering justice [16, p. 4]. Therefore, in order to avoid the identification of the concepts of “judicial lawmaking” and “interpretive activity”, as well as in order

to formulate the general structure of “judicial lawmaking” in the legal literature, the only condition for the latter is to establish gaps in legal regulation.

Conclusions. Thus, based on the above considerations, we can conclude that the interpretation of the law is the necessary element of the mechanism of legal regulation. Its significance lies primarily in ensuring the full and accurate disclosure of the functions of legal acts as sources and forms of existence of legal norms, other substantive elements of the existing legal system, which makes this activity especially noticeable in the event of gaps in law. With the help of the interpretation procedure, one of the ways of completion (development) of law is realized, according to the concept of which the court is authorized to search for law outside the literal content of the law. This is what allows law enforcement agencies to ensure that legal cases are resolved in strict accordance with the constitutional principles of legal certainty, legality and the rule of law.

References

1. General theory of law : textbook / O.V. Petryshyn et al ; under reduction of O.V. Petryshyn. Kharkiv : Pravo, 2020. 568 p.
2. Bonner A.T. Sources of Soviet civil procedural law : textbook. M. : Legal Literature, 1977. 69 p.
3. Tumanov D.A. Gaps in civil procedural law : dis. ... PhD in Law : 12.00.15. M., 2007. 184 p.
4. Averin A.V. Law enforcement activity of the court and the formation of scientific and legal consciousness of judges: problems of theory and practice / Under reduction of M.I. Baitin. Saratov : SSU, 2003. 308 p.
5. Alekseev S.S. General theory of law : textbook, 2nd ed., Reworked and added. M. : TK Velbi, Prospekt, 2008. 576 p.
6. Pogrebniak S.P. The role of fundamental principles in the application of law. Problems of the philosophy of law, 2008 – 2009. VI – VII vol. Kyiv – Chernivtsi : Ruta, 2009. P. 124–134.
7. Shevchuk S.V. Judicial lawmaking : world experience and prospects in Ukraine. K. : Abstract, 2007. 640 p.
8. Court of Justice of the European Communities (CJEC) : Judgment of 4 December 1974, Yvonne van Duyn v Home Office, Case 41/74. Reports of Cases before the Court, 1974. P. 1337.
9. Pogrebniak S. The influence of judicial practice on legal acts in the Romano-Germanic legal family. *Newsletter of Academy of Legal Sciences of Ukraine*. 2003. №. 4 (35). P. 92–99.
10. On the Judiciary and the Status of Judges : Law of Ukraine of June 2, 2016 No. 1402-VIII. Information of the Verkhovna Rada. 2016. №. 31. P. 545. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19> (date of application: 10.09.2020).
11. Shapoval V. Official interpretation as the function of the Constitutional Court of Ukraine (problems of theory). *Newsletter of Const. Court of Ukraine*. 1999. №. 3. P. 52–57.
12. David R., Geoffre-Spinozi K. The main legal systems of our time: trans. from French M. : International Relations, 1996. 400 p.
13. Vereshchagin A.N. Judicial lawmaking in Russia. Comparative legal aspects. M. : International Relations, 2004. 344 p.
14. Cherednichenko S. P. Judicial law-making: comparative legal research : dic. ... PhD in Law : 12.00.01. M., 2005. 203 p.
15. Lutz L.A. Modern legal systems of the world: textbook L. : Small publishing house of Legal Department LNU, 2003. 247 p.
16. Stetsyk N.V. Judicial lawmaking: general theoretical characteristics. *Magazine of Academy of Advocacy of Ukraine*. 2010. №. 8 (3). P. 1–6.

Summary

Matat Yu. I. The role of interpretation of the law in the mechanism of bridging gaps in the law. – Article.

The article is devoted to the study of the legal nature of the interpretation of law, its features, as well as the role in overcoming gaps in the law. Attention is focused and substantiated that the interpretation of legal norms, being a necessary element of the legal regulation mechanism, plays the important role in the process of overcoming gaps in law. So, by means of various methods of interpretation, in particular, formal gaps are overcome, which, in turn, may arise as a result of an unsuccessful presentation of legal norms by the legislator.

It is determined that when applying the rule of law by analogy, such a rule in the particular situation should be interpreted not as part of the institution from which it is borrowed, but as part of the institution, the gap in which it is designed to overcome. This is due to the fact that the rule applied by analogy is subject to double influence: on the one hand, it generally retains its original meaning, on the other – partially adapts to the characteristics of the institution in which the gap is overcome through it.

The role of official interpretation in the process of application of the law in the conditions of gaps in the legislation is clarified, the role of recommendatory explanations provided by higher courts on the issues of application of the legislation is investigated. In Ukraine, these powers, in accordance with the Law of Ukraine “On the Judicial System and the Status of Judges” dated June 02, 2016, are assigned to the Plenum of the Supreme Court, in order to ensure the same application of the rules of law in solving certain categories of cases, generalizes the practice of applying substantive and procedural laws, systematizes and ensures the promulgation legal positions of the Supreme Court, as well as based on the results of the analysis of judicial statistics and generalization of judicial practice, it provides explanations of the recommendatory nature on the application of legislation in solving court cases.

It is concluded that the importance of the interpretation of law is primarily to ensure full and accurate disclosure of the functions of legal acts as a source and form of existence of legal norms, other substantive elements of the legal system. The interpretation concretizes the law, which allows law enforcement agencies to ensure the resolution of legal cases in strict accordance with the constitutional principles of legal certainty, legality and the rule of law.

Key words: interpretation of law, gaps in law, law enforcement, completion (development) of law, judicial lawmaking.

Анотація

Матат Ю. І. Роль тлумачення права в механізмі подолання прогалін у законодавстві. – Стаття.

Стаття присвячена дослідженню юридичної природи тлумачення права, його особливостей, а також ролі в процесі подолання прогалін у законодавстві. Акцентується увага та обґрунтовується, що тлумачення норм права, будучи необхідним елементом механізму правового регулювання, відіграє важливу роль у процесі подолання прогалін у законодавстві. Так, за посередництвом різних способів тлумачення долаються, зокрема, формальні прогаліни, які у свою чергу можуть виникати внаслідок невідлого викладення законодавцем правових норм.

Визначено, що в разі застосування норми права за аналогією така норма в конкретній ситуації має тлумачитися не як частина інституту, з якого її запозичено, а як складник інституту, прогаліну в якому вона покликана подолати. Указане пов'язано з тим, що норма, застосовувана за аналогією, піддається подвійному впливу: з одного боку, вона в цілому зберігає первинний смисл, з другого – частково пристосовується до особливостей того інституту, прогаліна в якому долається за її посередництвом.

З'ясовано роль офіційного тлумачення в процесі застосування права в умовах прогалін у законодавстві, досліджено роль рекомендаційних роз'яснень, що надаються вищими судами, з питань застосування законодавства. В Україні зазначені повноваження згідно із Законом України «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 р. покладено на Пленум Верховного Суду, який з метою забезпечення однакового застосування норм права під час вирішення окремих категорій справ узагальнює практику застосування матеріального і процесуального законів, систематизує та забезпечує оприлюднення правових позицій Верховного Суду, а також за результатами аналізу судової статистики та узагальнення судової практики надає роз'яснення рекомендаційного характеру з питань застосування законодавства у вирішенні судових справ.

Зроблено висновок, що значення тлумачення права полягає насамперед у забезпеченні повного й точного розкриття функцій правових актів як джерела й форми існування юридичних норм, інших змістовних елементів правової системи. За допомогою тлумачення здійснюється конкретизація права, яка дає змогу правозастосовним органам забезпечити вирішення юридичних справ у суворій відповідності конституційним принципам правової визначеності, законності й верховенства права.

Ключові слова: тлумачення права, прогаліни в законодавстві, правозастосування, добудова (розвиток) права, судова правотворчість.

УДК 342.365:342.156:342.514

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i87.2807>*В. М. Мельник*

**ЦЕРКОВНО-ПОЛИТИЧЕСКИЙ СЕПАРАТИЗМ
В ПРЕДЕЛАХ ЮГО-ВОСТОЧНОЙ ВИЗАНТИИ:
ПУБЛИЧНО-ПРАВОВОЙ КОНТЕКСТ (553–564 ГОДЫ)**

Целью нашей статьи является исследование политической институционализации первых форм канонического «сепаратизма» внутри Христианской церкви Восточной Римской империи. Таковыми были:

1) попытка объединения антиохийского и ктесифонского несторианства в 540-х – 560-х гг.;

2) провозглашение т. н. «Александрийского Папства» в 560-х – 570-х гг.

Соответственно, мы обратим внимание на общий политический фон «Пятидесятилетнего мирного договора», закончившего войну Ирана и Византии в 562 г. [8, с. 61; 14, с. 538–541]. Ведь в то время, когда 562-й год принес Восточной Римской империи (Византии) долгожданный мир с Новоперсидским царством (Эраншахром), император Юстиниан Великий (527–565 гг.), по своей личной инициативе, предпринял масштабную попытку установить полноценное религиозное согласие в Восточноримском государстве [6, с. 465–469; 19, сс. 280–282; 23, с. 101].

Решения Пятого Константинопольского Собора (553 г.) [6], созданного Юстинианом Великим, хотя и стали основанием для формализации административно-политического влияния ортодоксального Константинопольского патриархата [об «ортодоксии» и «ересях»: 4, с. 140], анафематствовав германцев-ариан, сирийских несториан и египетских монофизитов, но не установили стабильных отношений внутри иерархии самой ортодоксальной церкви [6, с. 454–458, 465, 473–474].

С одной стороны, де-юре ортодоксальные александрийцы продолжали исповедовать самое чистое монофизитство, отказываясь признавать дуализм природы Иисуса Христа [6, с. 465; 18; 23, с. 101–110].

С другой стороны, несторианство, поддерживаемое оппозиционным Юстиниану монофизитским движением из Египта и Армении, а также Хосровом Ануширваном из Ктесифона [19, с. 281], оставалось важнейшим христианским течением в пограничной с Ираном Сирии [см. общий контекст: 5, с. 46–57; 16].

Если Каппадокия, Кипр и Киликия были оплотом ортодоксального христианства, то все земли к юго-востоку от сирийской Эдессы превратились в самостоятельную и неуправляемую Константинополем религиозно-политическую единицу [2; 3; 10; 16; 17; особенно см.: 23, с. 101–110].

Разгром Хосровом Ануширваном Антиохии в 540 г. [9, с. 253] ударил по ортодоксальной общине сирийской столицы и вернул епископальную власть в диоцезе сторонникам несторианства. Тесные связи сирийских несториан с Ктесифоном [5, с. 51; 19, с. 281] позволяли отдельным иерархам восстановленного Антиохийского диоцеза лелеять честолюбивую мечту [20, с. 81–90] об инкорпорации всей

канонической территории Ктесифонского патриархата, созданного в 499 г. персидским шахиншахом Кавадом [22]. Возможным основанием для такой юридической процедуры несторианским теоретикам представлялась аннексия Сирии Эраншахром. Понятно, что абсолютное предательство Константинополя сирийскими клириками сдерживала только предполагаемая «второстепенность» их церковной иерархии в условиях персидского политического контроля.

Иерусалимский патриархат тоже вынужденно терпел присутствие большого количества монофизитов и несториан, поскольку географически служил контактной территорией для всех еретических движений. Несмотря на жестокую взаимную вражду V в., погубившую влияние еретических партий в Константинополе, несториане и монофизиты нашли неканонические (т. е. политические) возможности для перемирия в 540–550-х гг. VI в. Они были слабы в Аравии и Иудее, но именно там располагали монастырскими обителями и постояльями дворами, где проводили тайные собрания и «богословские конференции», ставившие своей целью подрыв влияния и власти восточноримского императора, направленный на формирование независимых от Константинополя церковных диоцезов [6, с. 475–478; 20, с. 81–100; 23, с. 101–110].

В первую очередь заговорщики желали уничтожить власть Константинопольского патриархата, лишить его арбитражных и прочих канонических процессуальных функций, подорвать политический авторитет и юрисдикционные полномочия патриарха. Опорочить патриархат и обвинить самих константинопольцев в ереси – самая излюбленная тактика монофизитов и несториан [13]. Лишь после падения Константинопольского патриархата, его унижения и политического разгрома покровительствовавшей ему императорской власти еретики считали необходимым вступать в христологические споры друг с другом [20; 22]. В этом шатком «согласии» монофизиты и несториане эпохи Юстиниана Великого (527–565 гг.) получали сочувствие и поддержку иранского правителя Хосрова Ануширвана (531–579 гг.) [15]. Координировать борьбу византийских еретиков против государственных устоев был назначен Ктесифонский несторианский патриархат [5, с. 51], который, благодаря разветвленной сети шпионов, стал наиболее приближенной к особе шахиншаха религиозной организацией Новоперсидского царства¹.

Переключившись с переписывания «Авесты» на христологические дискуссии внутри соседней Византии [14; 22], Хосров Ануширван принял предложение Юстиниана Великого прислать несторианских богословов для теологического диспута, состоявшегося в Константинополе в 564 г. В частности, в обсуждении предложенных Юстинианом догматов о нетленности тела Христа принимали участие ктесифонский несторианский патриарх Мар Иосиф I (552–566 гг.) и теолог Эзекбиэль (будущий ктесифонский патриарх в 566–581 гг.). После проведения консультаций с представителями александрийской и антиохийской патриархий, константинопольцами, испанцами, ливийцами и представителями Римского Папства пронесторианские богословы покинули данное совещание и объявили Юстиниана «кло-

¹ Де-факто при Хосрове Ануширване (531–579) Ктесифонский патриархат выполнял функции религиозно-идеологического центра западной политики Эраншахра [22].

акой всех ересей целой Ойкумены». При этом, мы предполагаем, что они также поссорились с египетскими монофизитами и сирийскими несторианами, считавшимися до того момента ситуативными союзниками Персии. Что касается ссоры персидских христиан с сирийскими, то здесь, очевидно, необходимо определить причиной неспособность точно определить каноническую принадлежность Сирии и Месопотамии. И антиохийские, и ктесифонские иерархи, независимо от ортодоксальных или еретических симпатий, рассматривали Ближний Восток как свою каноническую собственность [2; 3; 6; 14; 21; 22].

Таким образом, попытка примирения, инициированная Юстинианом Великим, вновь окончилась тактической неудачей. Антивизантийская пропаганда только усилилась, исходя из уст настоятелей Ктесифонской церкви [22]. Однако стратегической победой Юстиниана в последние годы правления (562–565 гг.) стало разобщение несториан-антиохийцев и несториан Персии. Поняв, что персидские «назарей» не пожелают вернуться в состав Антиохийской патриархии, даже в случае оккупации Антиохии шахиншахом, втайне сочувствовавшие ересям иерархи Антиохийского диоцеза отвернулись от персов. В дальнейшем, приобретаемая сообщниками в Сирии и Месопотамии, персам приходилось чаще использовать деньги и шантаж, нежели взывать к конфессиональному патриотизму или религиозной идентичности. Юстиниан Великий сумел склонить антиохийцев, несмотря на повсеместную оппозицию Сирии официальному Константинополю, к плодотворному сотрудничеству в борьбе с монофизитствующими египетскими еретиками. Главным для антиохийцев, конечно же, оставалось императорское признание персидских земель (вплоть до Афганистана и Индии) канонической территорией Антиохийского патриархата, чего ни в коем случае нельзя было ожидать от персидского шахиншаха [19, с. 277–281; 20, с. 81–100; 23, с. 101–110]². Предполагаем, что антиохийцам Юстинианом было также обещано добиться признания третьего места для их патриархата в ортодоксальном диптихе экклезий. Такой шаг явно способствовал бы ослаблению александрийской оппозиции.

В Александрийском диоцезе все было гораздо сложнее. «Мирные» инициативы Юстиниана и внутренний кризис несторианства отозвались в Египте серьезными административными проблемами. В частности, состоялось фактическое разделение единого Александрийского патриархата на две конкурирующие организации [20, с. 81–100].

Все лояльные к Юстиниану подданные (преимущественно эллины) открыто вошли в состав обновленного, после череды реформ 538–553 гг., Александрийского патриархата, признавшего решения Четвертого Халкидонского Вселенского Собора (451 г.). Впрочем, прихожане этого патриархата к 565 г. составляли лишь около 300 000 человек (чуть более 5% населения провинции Египет). Остальные пять с половиной миллионов подданных Константинополя, проживавшие в Египте, открыто поддержали Александрийский патриархат монофизитского

² Максимум, чего сирийцы могли бы добиться в условиях персидской аннексии, так это создания вместо патриархата какой-либо «Антиохийской митрополии», наподобие Мервской.

толка (преимущественно копты – наследники древних египтян [1, с. 165], а также смешанное население македоно-греко-египетского происхождения и ливийские племена) [20; 21; 23].

«Альтернативный» монофизитский патриархат возглавлялся патриархом Феодосием I (535–537 гг.) вплоть до 566 г. лишь номинально, поскольку тот находился в пожизненном заточении в Новом Риме. Реальное руководство альтернативным патриархатом осуществляли агенты Хосрова Ануширвана, использовавшие патриарха Феодосия как символ. Именно они подготовили монофизитам патриаршего преемника Петра IV (575–578 гг.). Начиная с Петра, Александрийский патриархат монофизитов, признаваемый «законной церковью» абсолютным большинством египтян, провозгласил себя «*Александрийским Папством и Патриархатом Престола Святого Марка в Африке и на Ближнем Востоке*» [21; 22; 23, об идеологических принципах папства см.: 7, с. 64].

Именно из-за массовости движения власти Восточной Римской империи не смогли разгромить еретическое сообщество («экклези́я») монофизитов-коптов [3; 10; 13; 16; 17]. Её многочисленность и агрессивность вызвала неприкрытую боязнь восстания. Чиновники из константинопольского императорского дворца прикладывали много усилий для дипломатического умиротворения египетских монофизитов. Конечно же, Юстиниан Великий и его преемники понимали, что финансовую мощь копты черпали из персидских источников. Однако Юстиниан понимал и другое: уничтожить всех коптских иерархов означало дать старт кровопролитной гражданской войне в Египте – стране, являвшейся общеимперским поставщиком хлеба и всех продуктов первой необходимости [10; 11; 12; 17]. Кроме того, в конфликт немедленно вмешался бы иранский шахиншах Хосров Ануширван, пытаясь «восстановить египетские владения предков-Ахеменидов». Юстиниан, в этой связи, избрал единственно возможную политическую тактику – выжидать (эта тактика ударила в спину византийцам в начале VII в.). Впрочем, других вариантов решить египетский кризис, не проливая крови сограждан, по нашему глубокому убеждению, не существовало. Однако если бы Юстиниан Великий хотя бы отдаленно предчувствовал начало исламской экспансии (развернулась в 629–636 гг.), то, можем быть уверенными, он, безусловно, организовал бы уничтожение египетских монофизитов – главных государственных изменников (*с позиций римского публичного права, конечно же*) не только в шестом веке, но и, наверняка, в целом первом тысячелетии после Рождества Христова.

Литература

1. Авдиев В. История Древнего Востока. 2-е изд., перераб. и дополн. Москва : Государственное издательство политической литературы, 1953. 760 с.
2. Аверинцев С. От берегов Босфора до берегов Евфрата: литературное творчество сирийцев, коптов и ромеев в I тысячелетии н. э. *От берегов Босфора до берегов Евфрата*. Москва : Наука, 1987. С. 5–52.
3. Васильев А. История Византийской империи. Время до Крестовых походов (до 1081 г.). Санкт-Петербург : Алетейя, 1998. 514 с.
4. Верещагина Н. Курс лекций по истории мировой культуры и искусства. Одесса : Астропринт, 2013. 268 с.
5. Гумилев Л. В поисках вымышленного царства. Санкт-Петербург : Азбука-классика, 2014. 480 с.

6. Дворкин Александр. Очерки по истории Вселенской православной церкви. Нижний Новгород : Христианская библиотека, 2016. 1024 с.
7. Ерде Петер. Церковне конституційне право. Львів : Свічадо, 1998. 156 с.
8. Курбатов Г. История Византии (От античности к феодализму). Москва : Высшая школа, 1984. 207 с.
9. Курбатов Г. Ранневизантийские портреты: К истории общественно-политической мысли. Ленинград : Издательство Ленинградского университета, 1991. 272 с.
10. Люттвак Эдвард Н. Стратегия Византийской империи. Пер. с англ. А. Коваля. Москва : Русский фонд содействия образованию и науке, 2016. 664 с.
11. Мельник В. Византия, германцы и славяне у истоков международной правосубъектности государств: римское юридическое наследие и проблема исторического неравенства возможностей. *Аннали юридичної історії*. 2017. Т. 1. № 2. С. 59–92.
12. Мельник В. Смена эпох : очерк формирования римско-византийской доктрины международного права (III–VI вв.). *Аннали юридичної історії*. Т. 2. № № 1–2. Січень – червень 2018. Випуск «Історія та географія середньовічного права». С. 63–108.
13. Миринейский Агафий. О царствовании Юстиниана. Пер., ст. и примеч. М. Левченко. Москва ; Ленинград : Изд-во АН СССР, 1953. 221 с.
14. Мишин Д. Хосров I Ануширван (531–579), его эпоха и его жизнеописание и поучение в истории Мискавейха. Москва : Институт востоковедения РАН, 2014. 696 с.
15. Периханян А. Общество и право Ирана в парфянский и сасанидский периоды. Москва : Наука, 1983. 384 с.
16. Пигулевская Н. Византия и Иран на рубеже VI–VII вв. / отв. ред. В. Струве. *Труды института востоковедения*. Москва ; Ленинград : Издательство Академии наук СССР, 1946. Т. XLVI. 291 с.
17. Хизер Питер. Восстановление Римской империи. Реформаторы Церкви и претенденты на власть. Москва : Центрполиграф, 2015. 575 с.
18. Хосроев А. Александрийское христианство по данным текстов из Наг Хаммади. Москва : Наука, 1991. 276 с.
19. Che Jayoung. The Political and Social Conflict between Orthodox Christianity (Constantinople and Rome) and Eastern Monophysitism. *Athens Journal of History*. October 2015. Vol. 1. Is. 4. P. 267–288. DOI: 10.30958/ajhis.1-4-2.
20. Hardy Edward Rochie. The Patriarchate of Alexandria: A Study in National Christianity. *Church History*. 1946. Vol. 15. Is. 2. P. 81–100. DOI: 10.2307/3160398.
21. Hardy Edward Rochie. Christian Egypt: Church and People, Christianity and Nationalism in the Patriarchate of Alexandria. New York : Oxford University Press, 1952. IX + 241 p.
22. Moffett Samuel Hugh. A History of Christianity in Asia. Volume 1: Beginnings to 1500. New York : HarperCollins Publishers, 1998. 560 p.
23. Sabo Theodore. From Monophysitism to Nestorianism: AD 431–681. Newcastle upon Tyne : Cambridge Scholars Publishing, 2018. IX + 135 p.

Аннотация

Мельник В. М. Церковно-политический сепаратизм в пределах юго-восточной Византии: публично-правовой контекст (553–564 годы). – Статья.

Статья посвящена исследованию публично-правовых формул несторианского и монофизитского сепаратизма в пределах сирийской и египетской провинций Восточной Римской империи. Для изложения материала избран поздний период правления императора Юстиниана Великого (527–565 годы), когда решения V Вселенского Собора (553 год) и Мирный договор с Ираном (562 год) позволили Константинопольскому патриархату приступить к восстановлению религиозного единства внутри Христианской церкви. Уступки императора Юстиниана не привели к желаемому результату и только накалили атмосферу во многокультурных сообществах Сирии и Египта. Например, в Сирии предпринимались попытки полного обособления Антиохийского патриархата от ортодоксальной (халкидонской) Византийской церкви. Главным сепаратистским движением здесь были несториане, проводившие политику сближения с быстро христианизирующимся Новоперсидским царством, управляемым династией Сасанидов. Впрочем, Юстиниану удалось остановить экспансию персидского несторианства в Сирии, поскольку Антиохийский патриархат испугался реальной перспективы поглощения Ктесифонским несторианским патриархатом. В свою очередь, Египет в 550-х годах стал ареной противостояния

монофизитов и православных христиан. Несмотря на приверженность халкидонскому символу веры (451 год), Юстиниан был вынужден одобрить сосуществование двух параллельных христианских церквей в Египте – Александрийского ортодоксального патриархата и Александрийского папства коптов (монофизитского патриархата). Политический фон изложенных религиозных событий, а также императорские распоряжения и внутрицерковные решения (каноны), сопровождавшие поздний период царствования Юстиниана Великого, мы предлагаем считать важным предметом для дальнейших историко-юридических исследований. Во-первых, понимание взаимоотношений отдельных сепаратистских церквей и Константинополя позволяет глубже разобраться в политической теории византийской симфонии. Во-вторых, проанализированные споры и распри в ранней Византии позволяют сделать вывод о глубокой федерализации восточноримских общественных отношений. Режим *lex foedus*, предоставлявшийся варварам (германцы, славяне и кочевники) в течение всей эпохи позднеримского домината, укоренился в социальном мировоззрении и сформировал стереотип позитивного восприятия «децентрализованного государства» народными массами Восточной Римской империи.

Ключевые слова: Восточная Римская империя (Византия), ортодоксальное христианство (православие), церковный сепаратизм, церковные каноны, Константинопольский патриархат, Ктесифонский несторианский патриархат, Антиохийский патриархат, Александрийский патриархат, Александрийское папство.

Анотація

Мельник В. М. Церковно-політичний сепаратизм у межах південно-східної Візантії: публічно-правовий контекст (553–564 роки). – Стаття.

Стаття присвячена дослідженню публічно-правових формул несторианського та монофизитського сепаратизмів у межах сирійської і єгипетської провінцій Східної Римської імперії (Візантії). Для викладу матеріалу обрано пізній період правління імператора Юстиніана Великого (527–565 роки), коли рішення V Вселенського Собору (553 рік) і Мирний договір з Іраном (562 рік) дозволили Константинопольському патріархату розпочати відновлення релігійної єдності всередині Християнської церкви. Поступки імператора Юстиніана не привели до бажаних результатів і лише поглибили розкол між полікультурними спільнотами Сирії та Єгипту. Наприклад, у Сирії були спроби цілковитого відокремлення Антиохійського патріархату від ортодоксальної (Халкидонської) Візантійської церкви. Головним сепаратистським рухом Сирії стали несториани, що проводили політику зближення із Сасанідським Іраном (на той момент у Персії швидко поширювався несторианський варіант християнства). Утім, Юстиніану вдалось зупинити експансію перського несторианства в Сирії, оскільки Антиохійський патріархат злякався реальної перспективи поглинання з боку Ктесифонського несторианського патріархату. У свою чергу, Єгипет у 550-х роках став ареною протистояння монофизитів і православних християн. Незважаючи на прихильність Халкидонському символу віри (451 рік), Юстиніан був змушений схвалити співіснування двох конкуруючих християнських церков – Олександрійського ортодоксального патріархату й Олександрійського коптського папства (монофизитський патріархат). Політичне тло викладених релігійних подій, а також імператорські розпорядження і внутрішньоцерковні рішення (канони), що супроводжували пізній період царювання Юстиніана Великого, ми пропонуємо вважати предметом для подальших історико-юридичних досліджень. По-перше, розуміння взаємин окремих сепаратистських церков і Константинополя дозволяє глибше розібратися в політичній теорії византийської симфонії. По-друге, проаналізовані нами суперечки і чвари в ранній Візантії дозволяють зробити висновок про глибоку федералізацію східноримських суспільних відносин. Режим *lex foedus*, який надавався варварам (німці, слов'яни і кочівники) протягом усієї епохи пізньоримського доминату, укорінився в соціальному світогляді і сформував стереотип позитивного сприйняття «децентрализованної держави» з боку народних мас Східної Римської імперії.

Ключові слова: Східна Римська імперія (Візантія), ортодоксальне християнство (православ'я), церковний сепаратизм, церковні канони, Константинопольський патріархат, Ктесифонський несторианський патріархат, Антиохійський патріархат, Олександрійський патріархат, Олександрійське папство.

Summary

Melnyk V. M. Church and political separatism within the Southeastern Byzantium: the context of public law (553–564). – Article.

The article is devoted to the study of the public-law formulas of Nestorian and Monophysite separatism within the Syrian and Egyptian provinces of the Eastern Roman Empire. For the presentation of the material, we choose the late period of the reign of Emperor Justinian the Great (527–565), when the Decisions of the V Ecumenical Council (553) and the Peace Treaty with Iran (562) allowed the Patriarchate of Con-

stantinople to start restoring religious unity within the Christian Church. The concessions of the Emperor Justinian did not lead to the desired result and only inflamed the atmosphere in the multicultural communities of Syria and Egypt. For example, in Syria, were made attempts to completely separate the Antiochian Patriarchate from the Orthodox (Chalcedonian) Byzantine Church. The main separatist movement here were the Nestorians, who pursued a policy of rapprochement with the rapidly Christianizing New Persian kingdom ruled by the Sassanid dynasty. However, Justinian managed to stop the expansion of Persian Nestorianism in Syria, since the Antiochian Patriarchate was afraid of the real prospect of absorption by the Ctesiphonian Nestorian patriarchy. In turn, Egypt in the 550's became the arena of confrontation between Monophysites and Orthodox Christians. Despite adherence to the Chalcedonian Creed (451), Justinian was forced to approve of the coexistence of two parallel Christian churches in Egypt – the Alexandrian Orthodox Patriarchate and the Alexandrian Coptic Papacy (Monophysite Patriarchate). The political background of the stated religious events, as well as the imperial orders and internal church decisions (canons) that accompanied the late period of the reign of Justinian the Great, we propose to consider as important subject for further historical and legal research. First, an understanding of the relationship between the individual separatist churches and Constantinople, allows a deeper understanding of the political theory of the Byzantine symphony. Secondly, the analyzed disputes and feuds in early Byzantium allow us to draw a conclusion about the deep federalization of East Roman social relations. The *lex foedus* regime, afforded to the barbarians (Germans, Slavs and Nomads) throughout the dominate era, took root in the social worldview and formed a stereotype of a positive perception of the “decentralized state” by the populace of the Eastern Roman Empire.

Key words: Eastern Roman Empire (Byzantium), Orthodox Christianity (Orthodoxy), Church Separatism, Church Canons, Patriarchate of Constantinople, Ctesiphonian Nestorian Patriarchate, Patriarchate of Antioch, Patriarchate of Alexandria, Alexandrian Coptic Papacy.

УДК 341.9

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i87.2808>

О. С. Овечкіна

ВИРІШЕННЯ КОЛІЗІЙНИХ ПИТАНЬ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ У ЗАКОНОДАВСТВІ ФРН: СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ

Постановка проблеми. Розвиток транскордонних економічних відносин, міжнародної торгівлі зумовлюють здійснення діяльності юридичними особами на територіях різних держав. Для «приймаючої» держави щодо діяльності іноземної юридичної особи постає необхідність вирішення низки юридичних питань, зокрема, щодо правового статусу, яким чином здійснювати регулювання правовідносин таких юридичних осіб з іншими суб'єктами права та безліч інших. Юридична особа може бути створена в одній країні, здійснювати діяльність або мати місцезнаходження в інших; учасниками цієї юридичної особи можуть бути фізичні особи з різним громадянством, акціонерами виступати юридичні особи різної державної належності тощо, через що може стати наслідком неоднакова кваліфікація одних і тих самих дій суб'єктів права та правовідносин, в яких беруть участь останні. У зв'язку із цим постають питання: право якої держави підлягає застосуванню під час установлення правового статусу іноземної юридичної особи, за допомогою яких критеріїв віднайти правовий зв'язок з компетентним правовим порядком з метою регулювання питань правового статусу іноземної юридичної особи.

Вирішення питання регулювання приватно-правового статусу юридичних осіб у науці міжнародного приватного права вже традиційно вважають одним із найскладніших, оскільки правові системи держав містять суттєві відмінності в обсязі правоздатності юридичних осіб, регламентації щодо порядку їх створення та функціонування, що призводить до правових колізій.

Актуальність дослідження регулювання приватноправового статусу іноземних юридичних осіб у ФРН зумовлюється тим, що юридичні особи України вже традиційно співпрацюють з юридичними особами ФРН, яка є одним із найбільших торгових партнерів України. Крім того, німецька економіка натепер є найпотужнішою економікою серед держав-членів Європейського Союзу.

Вказані обставини зумовлюють необхідність вивчення різноманітних аспектів правового регулювання статусу та діяльності юридичних осіб в ФРН, зокрема теорії та практики вирішення колізійних проблем, що виникають під час визначення правового статусу іноземної юридичної особи. Враховуючи специфіку правової системи ЄС, аналіз вказаної проблеми та можливих шляхів її подолання потребує досліджень, що враховують останні тенденції та зміни зазначеного регулювання як національним законодавством ФРН, так і правом ЄС.

Мета дослідження – розглянути особливості колізійно-правового регулювання статусу юридичних осіб у ФРН, а також дослідити вплив права ЄС на національне колізійне регулювання правового статусу юридичних осіб державами-членами ЄС (на прикладі ФРН).

Виклад основного матеріалу. Правове регулювання відносин з іноземним елементом зумовлюється вирішенням проблем розбіжностей у матеріальному цивільному законодавстві різних держав правових норм. У міжнародному приватному праві (далі – МПрП) для подолання суперечностей та конкуренції правових норм використовують колізійний метод регулювання, завданням якого є визначення того, право якої держави підлягає застосуванню.

У МПрП виокремлюють низку критеріїв, на основі яких визначається належність іноземної юридичної особи до права певної держави. Так, у МПрП історично сформовано чотири теорії (доктрини): теорію інкорпорації, теорію осілості, теорію центра здійснення основної діяльності або центру експлуатації, теорію контролю. «Теорії, законодавству і правозастосувальній практиці відомі декілька доктрин і, відповідно, критеріїв визначення «національності» юридичних осіб, які можна вважати традиційними. Це теорія: інкорпорації (критерій заснування чи реєстрації); осілості («ефективного місцеперебування», тобто місцезнаходження головних органів юридичної особи – адміністративного центру, центру управління тощо); центру експлуатації (місця, де відбувається основна виробнича, комерційна чи інша діяльність), а також контролю, яка виникла з метою виявлення «ворожих іноземців» у разі встановлення «національності» юридичних осіб під час ведення воєнних дій» [1, с. 112].

У країнах-членах ЄС щодо визначення правового статусу юридичних осіб переважно застосовується дві колізійно-правові теорії – теорія осілості та теорія інкорпорації. Так, у державах-членах ЄС «по-різному визначається національність юридичної особи, в деяких державах – за місцем реєстрації компанії, в інших – за місцем ведення основної підприємницької діяльності...» [2, с. 324].

Згідно з теорією інкорпорації (нім. *Gr ndungstheorie*, англ. *incorporationtheory*) належність юридичної особи до права певної держави визначається на основі акта про наділення правоздатністю юридичної особи, тобто на території якої держави заснована юридична особа або зареєстровано її статутні документи. Вказана теорія застосовується в таких країнах, як Чехія, Данія, Швеція, Фінляндія, Нідерланди, Ірландія та інших.

Теорія осілості (нім. *Sitztheorie*, англ. *siagesocial*) встановлює належність юридичної особи до права певної держави за допомогою критерію функціонування головного органу управління юридичної особи (наприклад, рада директорів, правління, інші виконавчі органи). При цьому виокремлюють два види теорії осілості: статутну (формальну), що визначена в уставному документі юридичної особи (наприклад, Іспанія, Румунія), та ефективну (реальну), що передбачає врахування фактичного місцезнаходження центру управління юридичної особи (наприклад, ФРН, Португалія, Австрія, Греція).

Переваги застосування теорії осілості полягають у мінімізації можливостей обходу закону або зловживанням правом юридичними особами у зв'язку з тим, що законодавством деяких країн передбачено менш жорсткі вимоги щодо реєстрації, статутного капіталу, податкових зобов'язань, захисту прав працівників компанії тощо. Однак суттєвий недолік застосування цієї теорії полягає в унеможливленні переміщення місцезнаходження правління юридичної особи з однієї держави в іншу, оскільки переміщення адміністративного центру матиме наслідком втрату

правосуб'єктності юридичної особи в «приймаючій» державі та невизнання її, а також, відповідно, необхідність створення юридичної особи згідно із законодавством держави, на території якої розташовані органи правління юридичної особи.

Ввідний закон до Німецького цивільного уложення (Einführungsgesetz zum Bürgerliches Gesetzbuch, EGBGB) не містить колізійної норми (Anknüpfungspunkte), що визначає правовий статус юридичної особи. Натомість на доктринальному рівні та в судовій практиці німецьких судів, починаючи з початку XIX ст., закріплено критерій фактичного (реального) місцезнаходження в разі встановлення особистого закону юридичної особи. Відповідно до § 24 Німецького Цивільного Уложення (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) [3] поняття «місцезнаходження» організації (sitz) – це місце здійснення її управління, якщо не вказано інше. Проте EGBGB не містить положень, як розуміти «місцезнаходження» компанії (Sitz der Gesellschaft) у разі встановлення її національної приналежності та, відповідно, встановлення особистого закону юридичної особи. Відсутня норма і щодо визначення «особистого закону» (Personalstatut der juristischen Person) або «особистого статуту» (Gesellschaftsstatut) юридичної особи. BGB регулює лише загальні питання, що пов'язані з діяльністю юридичної особи, зокрема, загальні правила створення, організації та ліквідації юридичної особи, а також щодо діяльності окремих видів некомерційних організацій та організацій публічного права (Книга 1, ч. 1, розд. 2 BGB).

Разом із тим німецьким правом передбачено створення товариств з персональною відповідальністю учасників (Personengesellschaften) та товариств із залученим капіталом (Kapitalgesellschaft). До товариств з персональною відповідальністю належать товариство цивільного права (Gesellschaft bürgerlichen Rechts, GbR), відкрите торгове товариство (Offene Handelsgesellschaft, OHG), командитне товариство (Kommanditgesellschaft, KG). Капітальні товариства (Kapitalgesellschaft) або корпорації засновані на об'єднанні капіталу учасників, здебільшого з економічною метою, діяльність капітальних товариств регулюється Торговим кодексом (Handelsgesetzbuch, HGB) (розділ 2 книга третя) та передбачає обов'язково формування статутного капіталу та реєстрацію компанії в Торговому реєстрі (Handelsregister).

У ФРН можлива діяльність капітальних компаній у формі товариства з обмеженою відповідальністю (GmbH), спрощеної форми товариства з обмеженою відповідальністю – підприємницького товариства з обмеженою відповідальністю (mini GmbH, Unternehmersgesellschaft haftungsbeschränkt, UG), акціонерного товариства (Aktiengesellschaft, AG), командитного товариства в акціях (KGaA).

Найпоширенішою організаційно-правовою формою у ФРН є товариство з обмеженою відповідальністю (Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG), чия діяльність регулюється Законом про товариства з обмеженою відповідальністю 1892 року (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG) та Торговим кодексом Німеччини (§ 238–342a). Із прийняттям Закону про боротьбу зі зловживаннями та модернізації закону про ТОВ (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, MoMiG) запроваджено можливість спрощеної форми ТОВ – підприємницької компанії (Unternehmersgesellschaft haftungsbeschränkt).

Створення GmbH передбачає підписання учасниками (або єдиним учасником) та нотаріальне посвідчення установчого договору/статуту і передачу пакету документів реєстраційному органу – місцевому суду відповідно до запланованого місцезнаходження товариства. Товариство вважається створеним з моменту внесення відповідного запису в Торговий реєстр місцевим судом (судом першої інстанції (Amtsgericht), на який покладено функції ведення та правового забезпечення Торгового реєстру.

Місцезнаходження компанії (Sitz der Gesellschaft) має бути зазначено в статуті (Satzungssitz) та мати розташування на території ФРН. У § 57 Німецького Цивільного Уложення [3] щодо мінімальних вимог до статуту асоціації зазначено, що статут повинен містити мету, назву і місцезнаходження асоціації та вказувати, що асоціація має бути зареєстрована.

Під статутним місцезнаходженням юридичної особи (Satzungssitz) розуміється місцезнаходження офісу компанії, який зазначено в статуті або угоді про товариство. Згідно з § 7 Закону про товариства з обмеженою відповідальністю (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG) [4] компанія повинна бути зареєстрована в суді, в окрузі якого вона має місце реєстрації, для внесення до комерційного реєстру. Відповідно до § 17 Німецького цивільного процесуального кодексу (Zivilprozessordnung, ZPO) [5] «загальне місце юрисдикції <...> корпорацій, компаній, кооперативів <...>, на які можуть бути подані позови як такі, визначається місцем їх знаходження. Якщо не вказано інше, місцезнаходженням є місце, де розміщується адміністрація».

Німецьким правом адміністративний орган правління (Verwaltungssitz) розуміється як місце розташування адміністративного (головного) офісу юридичної особи, тобто реальне (ефективне) місцезнаходження органів управління юридичної особи, центр, з якого здійснюється керівництво та приймаються рішення.

Критерій осілості у ФРН застосовується згідно із принципом дії двосторонньої колізійної норми. Це означає, що критерій осілості застосовується щодо юридичних осіб, які мають реальне місцезнаходження як у ФРН, так і щодо юридичних осіб, які мають місцезнаходження в інших державах.

Як уже зазначалось, згідно з теорією осілості переміщення органів правління з однієї держави в іншу не видається можливим. Так, якщо юридична особа, створена за законодавством ФРН і з місцезнаходженням її органів правління теж у ФРН, має намір перемістити органи правління в іншу державу без відповідних змін у статуті, то суд, що здійснює реєстрацію товариств, у ФРН прийме рішення про припинення діяльності такої юридичної особи та її ліквідацію. Або якщо іноземна юридична особа, яка створена в іншій державі, здійснює переміщення органів правління у ФРН із відповідними змінами в статуті, не матиме правосуб'єктність у ФРН. Це означає, що така іноземна юридична особа має пройти процедуру ліквідації в державі створення, скласти статут у новій редакції та зареєструвати юридичну особу згідно з нормами законодавства ФРН. У такому разі особистий закон цієї юридичної особи буде встановлюватись німецьким законодавством.

Згідно з німецьким правом саме реальне місцезнаходження органів правління юридичної особи є тим юридичним фактом, який пов'язує юридичну особу з держа-

вою під час вирішення питань визначення її правового статусу, тим самим є необхідною умовою щодо отримання чи збереження правосуб'єктності цієї юридичної особи, якщо вона має намір здійснювати діяльність у ФРН. У даному випадку можливі виключення в разі укладання міжнародного договору між ФРН та державами щодо вирішення таких питань в інший спосіб.

Наприклад, статтею 25 пунктом 5 Договору між ФРН та США про дружбу, торгівлю та судноплавство передбачено, що «організації, які створені відповідно до законів та інших нормативних актів однієї з договірних сторін на її території, вважаються компаніями цієї договірної сторони; їхній правовий статус визнається на території іншої договірної сторони» [6].

Слід зауважити, що з поглибленням інтеграційних процесів європейських країн та створенням ЄС вирішення питань правового статусу іноземних юридичних осіб набуло більш високого ступеня актуалізації, що зумовлюється специфікою правопорядку ЄС. Установчі документи ЄС, а саме статті 49 та 54 Договору про функціонування Європейського Союзу (ДФЕС), визначають свободу заснування та економічної діяльності компаній [7], відповідно до яких створення юридичної особи має здійснюватися на умовах, що визначаються законодавством країни для власних громадян та у відповідності з положеннями глави щодо безперешкодного руху капіталів.

Таким чином, застосування теорії осілості, яка зазвичай передбачає збіг фактичного та статутного місцезнаходження юридичної особи, суперечить змісту принципу свободи заснування та економічної діяльності. Це пов'язано з тим, що юридична особа, здійснюючи діяльність у державі, що використовує критерій осілості, та маючи заснування в іншій державі, не визнаватиметься як учасник правовідносин та не матиме правосуб'єктності в приймаючій державі, поки не буде пройдено процедуру ліквідації в державі заснування та створення «заново» юридичної особи в приймаючій державі відповідно до норм її законодавства.

Слід зазначити, що в ЄС з метою подолання проблем, які пов'язані з відсутністю одноманітного регулювання правового статусу юридичних осіб та забезпечення безперешкодного функціонування Єдиного ринку, запроваджено нові організаційно-правові форми юридичних осіб – європейську компанію (*Societas Europaea*), європейський кооператив (*Societas Cooperative Europaea*), європейське об'єднання за економічними інтересами (*European Economic Interest Grouping*). Європейською комісією розробляються проекти щодо таких нових форм, як європейська приватна компанія, європейська асоціація, європейське товариство взаємодопомоги. Діяльність таких форм юридичних осіб в ЄС є своєрідною альтернативою колізійному способу подолання проблем визначення правового статусу юридичних осіб та долає частково зазначені вище проблемні питання (наприклад, визнання країнами-членами ЄС правосуб'єктності європейської компанії, можливості спрощення організаційної структури та можливості переміщення з-поміж країн-членів ЄС без ліквідації цієї компанії в країні заснування та ін.).

Крім того, одним зі способів розв'язання проблеми відсутності єдиного правового регулювання питань діяльності юридичних осіб в ЄС є видання директив, що зобов'язує державу-члена ЄС внести зміни до національного законодавства. Так, інституціями ЄС було заплановано ухвалення п'ятнадцяти директив щодо різних

питань правового статусу та діяльності юридичних осіб, проте внаслідок значних розбіжностей у національних законодавствах держав-членів тільки 11 з них набули чинності. Із прийняттям Чотирнадцятої директиви щодо переміщення місцезнаходження компаній стало б можливим вирішення питання щодо своєрідного компромісу застосування теорій осілості та інкорпорації, однак проєкт вказаної директиви не був схвалений у зв'язку з відсутністю узгодженої позиції держав-членів щодо багатьох її положень.

14.06.2017 р. прийнято Директиву 2017/1132 Європейського парламенту та Ради ЄС щодо певних аспектів законодавства про товариства, яка є кодифікованою версією застарілих і неодноразово змінюваних інших директив (82/891/ЄЕС, 89/666/ЄЕС, 2005/56/ЄС, 2009/101/ЄС, 2011/35/ЄС, 2012/30/ЄС). 27.11.2019 р. Європейський Парламент та Рада прийняли Директиву 2019/2121 про транскордонні перетворення, злиття та поділи [8], що вносить зміни до Директиви 2017/1132. Директива 2019 р. набула чинності з 01.01.2020 р., держави-члени мають привести національні законодавства у відповідність до Директиви до 31.01.2023 р. Вказана Директива уточнює правила про транскордонне злиття в межах ЄС та вперше вводить правила щодо транскордонного перетворення та поділу товариств з обмеженою відповідальністю для всіх держав-членів. Директива включає можливість прискорення процедури щодо всіх трьох транскордонних операцій, а перевага схеми «конвертації» в тому, що компанія зберігає правосуб'єктність у приймаючій державі (включно з активами, зобов'язаннями, зокрема угодами, що укладені в державі створення компанією). При цьому статутне місцезнаходження змінюється та має бути в приймаючій державі, реальне місцезнаходження має збігатися зі статутним місцезнаходженням (у державах, де застосовується критерій осілості). Директива 2019/2121 містить положення щодо «перевірки проти зловживань». Так, якщо компетентний орган вважає, що транскордонна операція може бути використана для зловживання, шахрайства чи злочинних цілей, у компетентного органу буде додатково три місяці для подальшої оцінки. Така оцінка може включати вимогу незалежного експертного звіту. Головною перевагою Директиви 2019/2121 є те, що вона забезпечує майже ідентичний процес для трьох транскордонних операцій на всій території ЄС. Однак слід зазначити, що директиви визначають, якого результату правового регулювання має бути досягнуто, при цьому форми та методи, що застосовуються для досягнення таких результатів, мають бути вибрані державою-членом на власний розсуд.

Особливе значення в процесах регулювання питань, що пов'язані з правовим статусом юридичних осіб, мають рішення Суду ЄС. Суд ЄС уточнює та здійснює тлумачення законодавства ЄС, що у свою чергу допомагає вирішенню колізій та подоланню суперечностей між нормами права ЄС та положеннями національних законодавств держав-членів. Рішення Суду ЄС роз'яснюють, коли держави-члени порушують законодавство ЄС, а також те, як необхідно тлумачити і застосовувати норми права ЄС на національному рівні. Суд ЄС рішеннями в таких справах, як «Daily Mail», «Centros», «berseering», «Inspire Art», «Sevic», «Cartesio», «Vale p t si kft.», «National Grid Indus», «Polbud», серед іншого, розглядав питання законодавчих перешкод під час переміщення компаній, у зв'язку з чим

Судом ЄС необхідно було здійснити тлумачення принципу «свободи заснування та економічної діяльності», які межі цієї «свободи», що міститься в установчих договорах ЄС тощо.

Судом ЄС у справі «Centros» [9] розглядалась правомірність рішення про відмову Міністерства торгівлі Данії в реєстрації філіалу компанії «Centros Ltd.», яка створена у Великобританії двома датськими громадянами, не здійснюючи жодної діяльності в державі заснування. Позиція датської сторони полягала в тому, що створення компанії «Centros Ltd.» за англійським правом є «обходом» закону, а саме датського законодавства в частині мінімального розміру статутного капіталу, через штучну реєстрацію за англійським правом товариства з обмеженою відповідальністю (*privat limited company*), де відсутні аналогічні вимоги для створення компанії. На думку датської сторони, справжні наміри засновників – не відкриття філії в Данії, а «первинне» заснування юридичної особи – відкриття штаб-квартири (головного органу правління), оскільки жодної господарської діяльності з моменту її створення у Великобританії не здійснювалось, до того ж діяльність на території Данії «Centros Ltd.» призвела би до порушень прав кредиторів цієї компанії.

Суд ЄС постановив, що відмова в реєстрації філії є порушенням положень статей 43 та 48 ДЕС (нині статті 49 та 54 ДФЕС). Також Судом зауважено, що створення за більш ліберальними вимогами в державі-члені юридичної особи, з подальшою реєстрацією її філії в іншій державі-члені ЄС, не є ознакою зловживання правом. Факт того, що юридична особа не здійснює жодної діяльності за місцем реєстрації та здійснює всю діяльність у державі, де створено її філіал, також не є «обходом» закону і не є підставою незастосування положень права ЄС щодо свободи заснування. Цим рішенням Суд ЄС порушив питання доцільності застосування критерію осілості.

У справі «Überseering» [10] Суд ЄС розглядав питання невизнання правосуб'єктності юридичної особи німецьким судом. Голландське ТОВ «Überseering B. V.» уклало договір будівельних робіт свого приміщення, що розташовано в Дюссельдорфі (Німеччина). У подальшому всі долі участі в ТОВ «Überseering B. V.» було придбано двома громадянами Німеччини. Через деякий час компанія звернулася до німецького суду з позовними вимогами до контрагента Північної будівельної компанії *Vaumanagement GmbH* стосовно неналежного виконання договірних зобов'язань. Проте німецьким судом у розгляді позову було відмовлено, посилаючись на те, що з придбанням німецькими громадянами долі компанії *Überseering B. V.* управління її діяльністю здійснювалось у Німеччині, відповідно, відбулось переміщення фактичного місцезнаходження юридичної особи. Оскільки в Німеччині застосовується критерій осілості, німецький суд не визнав правосуб'єктність компанії *Überseering B. V.*, що створена за голландським правом, а фактичне місцезнаходження має в Німеччині, відповідно до права якої така юридична особа має пройти процедуру ліквідації в Голландії та створення за німецьким законодавством.

Суд ЄС, розглядаючи обставини справи, вирішив, що юридична особа, яка створена відповідно до норм законодавства держави-члена, має право здійснювати переміщення статутного або фактичного місцезнаходження в іншу державу-член ЄС без втрати її правосуб'єктності. При цьому право держави створення може міс-

тити певні обмеження щодо правосуб'єктності такої юридичної особи в державі створення. Такі обмеження мають бути «домірними» та обґрунтовані публічними інтересами.

Слід зазначити, що у справах *Centros Ltd* та *Überseering B. V.* Судом ЄС наголошено на необхідності розроблення державами-членами норм національного законодавства, що будуть перешкоджати зловживанням правом під час заснування юридичних осіб, оскільки фактично рішення в цих справах надавало можливість формального заснування компаній у державах з найбільш ліберальними умовами ведення діяльності, що призводить до зловживань з боку компаній. Директива 2019/2121 містить положення, що частково регулюють вказані проблемні аспекти.

Рішенням у справі *Polbud* [11] Суд ЄС зазначив про можливість переміщення зареєстрованого органу правління юридичної особи поміж держав-членів ЄС у випадках, коли вказаною юридичною особою не передбачається здійснення економічної діяльності у відповідній державі. Крім того, рішенням зазначається щодо дії принципу свободи заснування, який розповсюджується стосовно всіх видів юридичних осіб, що створені на підставі норм національних законодавств держав-членів ЄС та мають зареєстрований орган правління або основне місце діяльності на території держав-членів. Таким чином, ідеться про можливість, зокрема, здійснити перетворення юридичної особи на іншу юридичну особу, що регулюється правом іншої держави-члена ЄС.

Висновки в рішеннях Суду ЄС містять чимало неоднозначних та суперечливих позицій у питаннях, які ним розглядалися, однак їхній зміст дозволяє стверджувати про наявність тенденції щодо нівелювання значення теорії осілості в ЄС як колізійного способу регулювання правових відносин з іноземним елементом. Таким чином, прецедентне право Суду ЄС змінює принципи, за якими держави-члени мають вирішувати колізійні питання регулювання статусу юридичних осіб. Крім того, Суд ЄС наголошує на необхідності вирішення зазначених проблемних питань шляхом гармонізації законодавства в рамках ЄС.

Упродовж останніх років німецькі судді у своїх рішеннях, посилаючись на рішення Суду ЄС, відхиляють можливість застосування критерію осілості. Проте це стосується тих випадків, коли вирішується питання між юридичними особами, які походять із держав-членів ЄС.

Вищий регіональний суд Мюнхена рішенням від 01.07.2002 р. II ZR 380/00 визнав правоздатність за товариством з обмеженою відповідальністю (*limited company*), що створена за законом Нормандських островів (Великобританія), хоча вона мала реальне місцезнаходження у ФРН [12].

Вищий регіональний суд Нюрнберга рішенням від 19.06.2013 р. дозволив «транскордонну зміну» люксембурзькій компанії *S. à rl* на *GmbH* ФРН [13]. Предметом розгляду справи було внесення *GmbH* до Торгового реєстру ФРН. Компанія була заснована як *Société à responsabilité limitée (S. à rl* – компанія з обмеженою відповідальністю) відповідно до закону Люксембургу та зареєстрована з місцевим офісом у Люксембурзі в комерційному реєстрі Великого Герцогства Люксембург. У 2011 році обидва акціонери *S. à rl* провели збори акціонерів і вирішили перенести компанію та адміністративний штаб *S. à rl* з Люксембургу в Ерланген. Люк-

сембурзьким нотаріусом було складено новий статут, компанію було виключено із комерційного реєстру в Люксембурзі на тій підставі, що штаб-квартира компанії була перенесена до Німеччини. Проте запит на реєстрацію в Торговому реєстрі ФРН було відхилено. Нотаріус подав скаргу на це, посилаючись на рішення ЄС у справі Vale Épitési kft. Вищий регіональний суд Нюрнберга дозволив транскордонну зміну компанії.

Вищий суд Берліна в рішенні від 21.03.2016 р. (22 W 64/15) [14] стосовно допустимості транскордонної зміни юридичної форми з французької GmbH на німецьку GmbH вирішив, що це розглядається відповідно до німецького права. Товариство з обмеженою відповідальністю, засноване за французьким законодавством, мало намір збільшити статутний капітал, перенести зареєстрований офіс з Парижа до Берліна та прийняти новий статут згідно з німецьким законодавством. Однак реєстрацію цього перетворення було відхилено німецьким судом. Вищий суд Берліна вважає скаргу компанії щодо відмови прийнятною та обґрунтованою.

Вищий регіональний суд Франкфурта-на-Майні в рішенні від 03.01.2017 р. [15] постановив, що «зміна форми» німецького GmbH на італійську правову форму Srl є допустимою, посилаючись на рішення Суду ЄС («Sevic», «Cartesio», «Vale Épitési kft.»).

Висновки. Таким чином, на доктринальному рівні та в судовій практиці німецьких судів, починаючи із початку XIX ст., закріплено критерій фактичного (реального) місцезнаходження під час встановлення особистого закону юридичної особи. Щодо іноземних юридичних осіб, які належать до країн, котрі не є державами-членами ЄС, німецькими судами застосовується, як правило, критерій фактичного місцезнаходження. В ЄС застосування теорії осілості у разі визначення особистого закону (статуту) юридичної особи фактично перешкоджає реалізації принципу свободи заснування, який міститься в установчих актах ЄС, оскільки переміщення центрів управління юридичної особи на територію держави, де застосовується теорія осілості, має наслідком зміну застосовного права, а також втрату правосуб'єктності юридичної особи. Прецедентна практика Суду ЄС зумовила, серед іншого, зміни щодо визначення правового статусу юридичних осіб в ЄС, а саме обмеження застосування теорії осілості, про що засвідчує практика німецьких судів. У зв'язку з відсутністю одноманітних підходів щодо правового регулювання статусу юридичних осіб ЄС долає вказані питання шляхом здійснення гармонізації національних законодавств держав-членів ЄС з окремих питань правового статусу та діяльності юридичних осіб, а також створенням нових організаційно-правових форм юридичних осіб, правовий статус та діяльність яких регулюється правом ЄС.

Література

1. Фединяк Г.С., Л.С. Фединяк Л.С. Міжнародне приватне право : підручник. 4-ге вид., перероб і допов. Київ : Атіка, 2009, 500 с.
2. Європейське право : Право Європейського Союзу : підручник. У трьох книгах / за заг. ред. В.І. Муравйова. Київ : Ін. юре, 2015, Книга 2. 456 с.
3. B rgerliches Gesetzbuch. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>
4. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/>

5. Zivilprozessordnung. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>.
6. Freundschaft-, Handels- und Schifffahrtsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 29. Oktober 1954. URL: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#__bgbl__2F%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl256s0487.pdf%27%5D__1599394840815
7. Official Journal of the European Union Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the functioning of the European Union. Brussels, 09.05.2008, P. 33. URL: <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0013:0045:EN:PDF>
8. Directive (EU) 2019/2121 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions (Text with EEA relevance). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:32019L2121>
9. Case 212/97 Centros [1999] ECR I-01459. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0212>
10. Case C-208/00 berseering [2002] ECR I-09919. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62000CJ0208#>
11. Case C-106/16 Polbud [2017]. URL: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62016CJ0106&lang1=en&type=TXT&ancre=>
12. OLG München Urteil vom 01.07.2002 – II ZR 380/00. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=NJW%202002,%203539>
13. OLG Nürnberg, Beschl. v. 19.6.2013 – 12 W 520/13 Abruf-Nr.: 11106R. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20N%FCrnb%20berg&Datum=19.06.2013&Aktzeichen=12%20W%20520%202013>
14. KG, Beschluss vom 21.03.2016 - 22 W 64/15. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=KG&Datum=21.03.2016&Aktzeichen=22%20W%2064%2015>
15. OLG Frankfurt, 03.01.2017 - 20 W 88/15. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20Frankfurt&Datum=03.01.2017&Aktzeichen=20%20W%2088%2015>

Анотація

Овечкіна О. С. Вирішення колізійних питань правового статусу юридичних осіб у законодавстві ФРН: сучасний стан та перспективи. – Стаття.

У статті досліджується питання вирішення правових колізій, що зумовлені відсутністю єдиного підходу до регулювання приватноправового статусу юридичних осіб законодавствами сучасних держав. Вирішення питання регулювання приватно-правового статусу юридичних осіб в науці міжнародного приватного права вже традиційно вважають одним із найскладніших, оскільки правові системи держав містять суттєві відмінності в обсязі правоздатності юридичних осіб, регламентації щодо порядку їх створення та функціонування, що призводить до правових колізій. Актуальність дослідження регулювання приватноправового статусу іноземних юридичних осіб у ФРН зумовлюється тим, що юридичні особи України вже традиційно співпрацюють з юридичними особами ФРН, яка є одним із найбільших торгових партнерів України. Встановлено, що Ввідний закон до Німецького цивільного уложення не містить колізійної норми, що визначає правовий статус юридичної особи. Німецькою доктриною та судовою практикою закріплено критерій фактичного (реального) місцезнаходження в разі встановлення особистого закону юридичної особи. Щодо іноземних юридичних осіб, котрі належать до держав, які не є державами-членами ЄС, німецькими судами застосовується, як правило, критерій фактичного місцезнаходження. Застосування критерію осілості в державах-членах ЄС фактично перешкоджає реалізації принципу свободи заснування, визначеному установчими договорами ЄС, що засвідчує прецедентна практика Суду ЄС. Прецедентне право Суду ЄС змінює принципи, за якими держави-члени мають вирішувати колізійні питання регулювання статусу юридичних осіб. У рамках ЄС з метою подолання проблем, що викликані розбіжностями колізійно-правового регулювання статусу юридичних осіб, здійснюються процеси гармонізації національних законодавств держав-членів з окремих питань правового статусу та діяльності юридичних осіб, а також створення нових організаційно-правових форм юридичних осіб, правовий статус та діяльність яких регулюється правом ЄС. Згідно з Директивою ЄС 2019/2121 має бути гармонізовано норми законодавств держав-членів ЄС щодо транскордонного перетворення, злиття та поділу товариств з обмеженою відповідальністю.

Ключові слова: статус юридичної особи, критерій інкорпорації, критерій осілості, Європейський Союз, принцип свободи заснування, гармонізація законодавства.

Summary

Ovechkina O. S. Resolving conflicting issues of the legal status of legal entities in the legislation of Germany: current status and prospects. – Article.

The article investigates the issue of resolving legal conflicts due to the lack of a unified approach to the regulation of the private status of legal entities by the laws of modern states. Solving the issue of regulating the private status of legal entities in the science of private international law has traditionally been considered one of the most difficult, as the legal systems of states contain significant differences in the legal capacity of legal entities, regulations on their creation and operation, which leads, inter alia, to legal conflicts. The relevance of the study of the regulation of the private status of foreign legal entities in Germany is due to the fact that legal entities of Ukraine have traditionally cooperated with legal entities of Germany, which is one of the largest trading partners of Ukraine. It is established that the Introductory Law to the German Civil Code does not contain a conflict rule that determines the legal status of a legal entity. German doctrine and case law enshrine the criterion of actual (real) location in establishing the personal law of a legal entity. For foreign legal entities belonging to non-EU countries, German courts generally apply the criterion of actual location. The application of the residency criterion in the EU Member States effectively impedes the implementation of the principle of freedom of establishment enshrined in the EU's founding treaties, as evidenced by the case law of the Court of Justice. The case law of the Court of Justice changes the principles according to which Member States must resolve conflicting issues governing the status of legal persons. Within the EU, in order to overcome the problems caused by differences in conflict of law regulation of the status of legal entities, the processes of harmonization of national laws of Member States on certain issues of legal status and activities of legal entities, as well as the creation of new legal forms of legal entities, legal status and whose activities are regulated by EU law. According to EU Directive 2019/2121, the norms of the legislation of the EU member states on cross-border transformation, mergers and divisions of limited liability companies must be harmonized.

Key words: status of a legal entity, criterion of incorporation, criterion of settlement, European Union, principle of freedom of establishment, harmonization of legislation.

УДК 338.2:351.863

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i87.2809>*Т. С. Перун*

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ІНФОРМАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ В ЗОНІ БОЙОВОГО КОНФЛІКТУ

Постановка проблеми. Значні темпи розвитку інформаційних систем різного призначення, комп'ютерних мереж типу Інтернет та електронних засобів масової інформації зумовили формування глобального інформаційного простору. Поряд із сухопутним, морським, повітряним та космічним простором у збройних силах найбільш розвинених країн стали активно використовувати інформаційний простір для вирішення широкого кола військових завдань. Унаслідок вразливості інформаційно-телекомунікаційних систем до радіоелектронних та програмно-апаратних впливів у світі виникла і набула неабиякого поширення інформаційна зброя, що володіє транскордонними вражаючими факторами, а також різко зросла загроза інформаційної війни. Україна стрімко просувається по шляху інформатизації всіх сфер життєдіяльності суспільства, проте незаконна окупація Донецької та Луганської областей, а також АР Крим, принесла із собою серйозні загрози національної безпеки, що походять із глобального інформаційного простору.

Крім того, внаслідок широкого застосування в системах управління військами і зброєю комп'ютерної техніки цей перелік доповнився завданням захисту інформаційної інфраструктури Збройних Сил України від комп'ютерних атак. Досвід збройних конфліктів останніх років, а також практика оперативної підготовки військ і штабів дозволяють констатувати, що зараз у Збройних Силах України сформовано окремий напрям діяльності, покликаний забезпечити ефективне стримування, запобігання і вирішення військових конфліктів у інформаційному просторі, що зумовлює актуальність зазначеного наукового дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Інформаційна безпека збройних сил через її визначальну роль у забезпеченні національної безпеки знаходиться у фокусі досліджень учених-юристів, економістів та політологів. Теоретичні проблеми, пов'язані з різними аспектами економічних інтересів і їхньої взаємодії, досліджувались у роботах зарубіжних авторів: М. Вебера, А. Маршалла, С. Нілсона, А. Сміта, І. Фішера, Д. Коатса та ін.

У національній науці досі залишається дискусійним питання про сутність інформаційної безпеки. Результатом аналізу наукових праць фахівців різних галузей наукових досліджень стало виокремлення не менше двох десятків визначень, різних за своїм смисловим навантаженням. Серед вітчизняних авторів, які приділяли значну увагу у своїх наукових пошуках дослідженню інформаційної безпеки, можна виділити М.А. Бендікова, Г. Гулака, Я.Д. Вишнякова, Л.П. Гончаренко, А.А. Драга, Г.Б. Клейнера, В. Костицького, Е.А. Олейникова, В.Л. Тамбовцева, М. Єрмошенко, В. Мунтіян, С.А. Харченко, В.В. Черкасова та інших.

Формулювання цілей статті (постановка завдання). Метою проведення наукового дослідження є аналіз еволюції, детермінування та визначення основних ознак поняття інформаційної безпеки в зоні військового конфлікту та визначення перспективних напрямів її формування в сучасних політичних умовах.

Виклад основного матеріалу дослідження. Перманентний розвиток інформаційних технологій та системи електронних послуг, інформатизація органів державної влади та місцевого самоврядування, глобалізація інформаційного простору та інформаційної інфраструктури змушують ставитися до забезпечення інформаційної безпеки як до комплексного, багатоаспектного напрямку діяльності. Адже інформаційна безпека давно вийшла за межі окремого виду безпеки, її вже не можна ставити в один ряд, наприклад, з економічною або продовольчою безпекою.

Надзвичайна важливість протидії актам агресивної інформаційної війни вперше була відзначена в Доктрині інформаційної безпеки України, затвердженій Указом Президента України від 25 лютого 2017 року № 47/2017 [1]. У ній, зокрема, визначено, що «до актуальних загроз національної інформаційної безпеки України належать: проведення спеціальних інформаційних операцій, спрямованих на ослаблення національних оборонних можливостей та пригнічення морального стану особового складу українських збройних сил та інших військових формувань, пропаганда екстремізму, посилення соціальної паніки, дестабілізація соціально-політичної та соціально-економічної ситуації, розпалювання міжетнічних та міжконфесійних конфліктів в Україні; спеціальні інформаційні операції, що проводяться державою-агресором в інших державах для створення негативного іміджу України у світі; інформаційна експансія країни-агресора та її контрольної структури, особливо через розширення власної інформаційної інфраструктури на території України та інших країн; інформаційна перевага Російської Федерації на тимчасово окупованих територіях; низький рівень розвитку національної інформаційної інфраструктури, що обмежує можливості України у сфері ефективної протидії інформаційній агресії; низька ефективність реалізації інформаційної політики, недосконалість інформаційного законодавства, низький рівень медіа-культури суспільства; поширення закликів до порушення територіальної цілісності, пропаганда ізоляціоністських та автономістських концепцій розвитку України».

Таким чином, можна говорити, з одного боку, про особливості забезпечення власної інформаційної безпеки держави, з іншого – про військовий складник забезпечення інформаційної безпеки, тобто як про завдання військово-політичного характеру, що має стратегічне значення для забезпечення національної безпеки та збереження територіальної цілісності.

У зв'язку з цим особливий дослідницький інтерес мають положення документів, що визначають стратегічне планування і відображають офіційну систему поглядів на збройний захист і забезпечення безпеки України.

Так, у межах Воєнної доктрини України [2] встановлено ряд положень, що мають безпосереднє відношення до забезпечення інформаційної безпеки в умовах збройного конфлікту. Зокрема: «головними загрозами, що впливають на воєнно-політичну обстановку в Україні, є: проведення спеціальних інформаційних операцій та провокаційних дій для створення конфліктних ситуацій; зростання політичної

нестабільності в сусідніх державах, зумовленої втручанням з боку інших держав, зниженням соціального рівня життя населення, неефективністю державної влади, спробами поширення сепаратистських настроїв серед етнічних утворень; інтенсивна модернізація та переозброєння збройних сил сусідніх держав, розробка новітніх типів озброєння та військової техніки з покращеними можливостями вогневого ураження; посилення рівня мілітаризації в прикордонних регіонах, збільшення кількості іноземної військової техніки на території сусідніх держав; активна дестабілізуюча інформаційна зовнішня політика і політика оборони Російської Федерації щодо України, а також щодо міжнародних військових організацій НАТО та ЄС; ухилення Російською Федерацією від виконання міжнародних зобов'язань за договорами у сфері контролю над озброєнням; модернізація та вдосконалення систем та технічних розвідувальних комплексів для іноземних спецслужб, збільшення спроб несанкціонованого доступу до інформаційної інфраструктури України; уповільнення процесу укладання договорів та юридичного оформлення державних кордонів, а також розмежування виключної (морської) економічної зони та континентального шельфу між країнами; інформаційна агресія Російської Федерації проти України» [2].

Також варто наголосити, що в майбутньому військові конфлікти будуть відрізнятися непрогнозованістю, вибірковістю і високим ступенем ураження об'єктів, швидкістю маневру військами (силами) і вогнем, застосуванням різних мобільних військових угруповань. Оволодіння стратегічною ініціативою, забезпечення ефективного цивільного та військового управління, забезпечення переваги на суші, в морі та в повітряно-космічному просторі стануть вирішальними факторами для досягнення поставлених цілей.

На жаль, зазначені положення лише відображають ті чи інші моменти, пов'язані з інформаційними технологіями та інформаційною сферою і не пов'язані між собою в складі єдиного комплексу заходів або напрямів діяльності.

Так, наприклад, у визначеннях основних понять, що використовуються у Воєнній доктрині, не враховано загрози застосування інформаційних технологій, відповідних сил і засобів, тобто вони не ототожнюються зі зброєю, а їхнє застосування – зі збройним протистоянням. Такі терміни, як «воєнно-політичний ризик», «воєнно-політичний виклик», «воєнний конфлікт», «збройний конфлікт» тощо, визначені з класичних військових позицій, залишаючи відкритими питання впливу застосування інформаційної зброї та інформаційних атак на інфраструктуру і стратегічні об'єкти держави.

Чи вважати агресивні дії в інформаційному просторі або з інформаційного простору агресією? Як визначити, хто відповідальний за їхнє вчинення – держава-агресор чи терористична група? Чи дозволяє факт постійної інформаційної або кібернетичної атаки реалізувати право на індивідуальну або колективну самооборону із застосуванням сил і засобів збройної боротьби? Зазначені питання потребують детальної законодавчої регламентації.

Серед основних завдань Збройних Сил та інших військових формувань у мирний час можна виділити забезпечення інформаційної безпеки України, проте як самостійне завдання воно не виділено, незважаючи на його визначальне значення.

Разом із тим у збройних силах провідних країн світу зазначений напрям діяльності не просто є пріоритетним, а сформовано окремі військові підрозділи, які безпосередньо відповідають за його реалізацію, регулярно проводяться відповідні навчання. Нарощують ударні ІТ-можливості й деякі країни, що розвиваються. Так, за розрахунками американських військових аналітиків, у Північній Кореї зараз є близько 60 000 фахівців, які виконують завдання, пов'язані з ІТ-розвідкою і кібернетичними атаками [5].

Військова діяльність в інформаційній сфері стає новим різновидом збройної боротьби, а сам інформаційний простір – ще одним полем бойових дій і спеціальних операцій [6, с. 40]. Багато країн вже не приховують не тільки наявність спеціальних сил подібного призначення, але й факти розроблення інформаційної зброї.

Крім того, в країнах НАТО з метою комплексного забезпечення інформаційної безпеки зміцнюється і порядок взаємодії між військовими підрозділами, науково-дослідними інститутами, спеціальними службами, правоохоронними органами, державними установами, організаціями фінансово-економічного сектору, а також розробляються нормативно-правові основи цієї діяльності [8]. У складі спеціальних служб на додаток до існуючих відділів інформаційної безпеки створюються підрозділи розвідувального та спеціального призначення для дій в інформаційній сфері.

Таким чином, підрозділи інформаційної безпеки збройних сил низки іноземних держав постійно забезпечують захист не тільки військової, але також державної цивільної інформаційної інфраструктури. Крім того, формується тенденція розвитку єдиної системи забезпечення інформаційної безпеки в усіх стратегічно важливих державних і суспільних сферах, її орієнтування на постійний моніторинг і попередження інформаційних загроз.

На жаль, офіційна система поглядів на збройний захист і забезпечення безпеки України навіть у перспективному плані подібних підходів не передбачає. Не є більш змістовними в контексті розглянутого питання і положення Стратегії національної безпеки України [9].

У Стратегії наголошується, що «основними її цілями є: мінімізувати загрози національному суверенітету та створити умови для відновлення територіальної цілісності України в межах міжнародно визнаних національних кордонів та забезпечити гарантію мирного майбутнього України, що стає суверенною, незалежною, демократичною, соціальною та правовою державою; забезпечити реалізацію прав та свобод людини і громадянина, забезпечити нову якість економічного, соціального та гуманітарного розвитку, забезпечити інтеграцію України до Європейського Союзу та створити умови для вступу до НАТО» [9].

Разом із тим у рамках докладного опису основних пріоритетів і цілей сталого розвитку, а також серед численних видів безпеки, таких як військова, економічна, продовольча, енергетична і технологічна, інформаційна безпека чомусь не вказана. Згадка про неї зустрічається тільки в самому кінці документа, в розділі, присвяченому організаційним, нормативно-правовим та інформаційним основам реалізації стратегії.

У свою чергу в нашій країні популяризується державна програма «Держава в смартфоні», Міністерство цифрової трансформації презентувало мобільний додаток «Дія», а також онлайн-платформу «Дія. Цифрова грамотність» [4], тобто вже зараз необхідна єдина комплексна політика щодо забезпечення інформаційної безпеки, а не просто облік окремих концептуальних рекомендацій.

Однак Доктрина інформаційної безпеки України була прийнята понад п'ять років тому і вже не відповідає сучасним політичним реаліям, не враховує нові загрози в інформаційній сфері, рівень розвитку і проникнення інформаційних технологій у державне і суспільне життя, критично важливі галузі економіки та народного господарства країни. У свою чергу недооцінка таких ризиків у формуванні інформаційного суспільства в Україні може негативно позначитися на забезпеченні державної безпеки.

Відсутність міжнародних домовленостей і взаємних зобов'язань держав із питань заборони інформаційної зброї і демілітаризації світової інформаційної сфери відкривають широкі можливості перед спеціальними службами і збройними силами щодо використання потенціалу інформаційних технологій на шкоду інтересам миру, стабільності й міжнародної безпеки [13]. Специфіка інформаційної сфери дозволяє віддалено і приховано впливати на критично важливу інформаційну інфраструктуру, порушити роботу систем управління енергетикою, транспортом, зв'язком, фінансовою сферою, викликати техногенні аварії, завдати серйозної шкоди підприємствам і установам, а також підірвати основи обороноздатності країни.

Розуміючи складність ситуації, окремі країни проводять агресивну політику щодо вдосконалення правового, організаційного та технічного складників забезпечення інформаційної безпеки. У травні 2011 року США прийняли Міжнародну стратегію щодо кіберпростору. Зазначений документ, з одного боку, розкриває підхід керівництва цієї країни до проблем забезпечення безпеки світового інформаційного простору і містить заклики до розвитку міжнародного співробітництва в цій галузі [15]. З іншого боку – досить чітко визначає позицію США щодо оперативного реагування на різні інциденти, пов'язані з посяганням на національну інформаційну інфраструктуру та її окремі елементи. Зокрема, в цьому документі кібернетична атака прирівнюється до акту агресії, з усіма його наслідками [16].

У зв'язку з цим положення про можливе застосування класичних сил і засобів збройної боротьби у відповідь на інформаційну атаку варто сприймати, радше, як декларативне попередження, а не реальний хід у відповідь. Водночас вони можуть бути використані як формальний привід для розв'язання збройного конфлікту.

Саме тому необхідно розвивати міжнародне співробітництво за цими напрямками. Також із метою забезпечення міжнародної інформаційної безпеки, запобігання і припинення атак в інформаційному просторі, спрямованих на розв'язання збройних конфліктів, а також захисту критично важливих об'єктів держав та інформаційної інфраструктури, необхідно створити міжнародний центр моніторингу інформаційної сфери. За посередництвом такої структури держави могли б обмінюватися актуальною інформацією, формувати й розвивати міжнародно-правову основу забезпечення інформаційної безпеки, повідомляти про всі інциденти

та загрози, пов'язані з інформаційною сферою, оперативно реагувати на них, спільно боротися з ІТ-злочинністю, брати на себе зобов'язання й іншими способами зміцнювати взаємну довіру і розвивати співпрацю.

Висновки. Отже, на основі аналізу документів, що відображають офіційну систему поглядів на збройний захист і забезпечення безпеки України в контексті забезпечення інформаційної безпеки, можна зробити декілька висновків.

Забезпечення інформаційної безпеки в рамках Воєнної доктрини України і Стратегії національної безпеки України як окремих і самостійних напрям діяльності не розглядається. Незважаючи на визнання інформаційних загроз, відображені лише окремі питання, пов'язані з інформаційною сферою та застосуванням інформаційних технологій.

Доктрина інформаційної безпеки України вже не відповідає сучасним політичним реаліям, не враховує нові загрози в інформаційній сфері, рівень розвитку й проникнення інформаційних технологій у державне та суспільне життя, критично важливі галузі економіки та народного господарства країни, а також потребує оновлення.

Для захисту критично важливих об'єктів держав та інформаційної інфраструктури необхідно створити міжнародний центр моніторингу інформаційної сфери.

Література

1. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 29 грудня 2016 року «Про Доктрину інформаційної безпеки України»: Указ Президента України від 25 лютого 2017 року № 47/2017. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/47/2017#Text> (дата звернення: 29.07.2020).
2. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 2 вересня 2015 року «Про нову редакцію Воєнної доктрини України»: Указ Президента України від 24 вересня 2015 року № 555/2015. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/555/2015#Text> (дата звернення: 29.07.2020).
3. Костицький В.В. Інформаційна війна проти України – виклик світовому порядку. URL: <http://oksamyt.org/2015/02/02/0202201511> (дата звернення: 10.06.2017).
4. Лещенко О.Я. «Гібридна війна» як науковий конструкт: проблеми пошуку термінологічної та концептуальної сутності. *Гілея: науковий вісник*: зб. наук. праць. Київ, 2017. Вип. 117. С. 262–267.
5. Security Strategy for Society. URL: <https://turvallisuuskomitea.-fi/en/security-strategy-for-society> (дата звернення: 05.01.2020).
6. Nilsson S.C. Swedish National Security: Challenges and Opportunities beyond 2014. The Royal Swedish Academy of War Sciences, 2013. 57 p.
7. Resilience: a core element of collective defence. URL: <http://www.-nato.int/docu/Review/2016/Also-in-2016/nato-defence-cyber-resilience/EN/index.-htm> (дата звернення: 29.07.2020).
8. The Three Ages of NATO: An Evolving Alliance. Speech by NATO Secretary General Jens Stoltenberg at the Harvard Kennedy School. URL: https://www.nato.int/cps/en/natohq/opinions_135317.htm (дата звернення 29.07.2020).
9. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 6 травня 2015 року «Про Стратегію національної безпеки України»: Указ Президента України 26 травня 2015 року № 287/2015 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/287/2015#Text> (дата звернення: 29.07.2020).
10. Розробка форм і способів інформаційної боротьби при виконанні внутрішніми Міністерства внутрішніх справ України службово-бойових завдань (шифр «Концепт»): звіт про НДР (закл. 02.12.09р. / Акад. ВВМВС України; кер. В.І. Воробйов; викон.: О.Д. Черкашин та ін. Харків, 2009. 312 с.
11. Konstadinides T. Civil Protection in Europe and the Lisbon solidarity clause: A genuine legal concept or a paper exercise. URL: https://www.-jur.uu.se/digitalAssets/585/c_585476-l_3-k_wps2011_3.pdf (дата звернення: 29.07.2020).
12. Integrating climate change adaptation into civil protection: comparative lessons from Norway, Sweden and the Netherlands. *Local Environment*. 2012. Vol. 17. Issue 6–7. P. 679–694.

13. Newson, Robert A. Counter-Unconventional Warfare Is the Way of the Future. How Can We Get There? URL: <https://smallwarsjournal.com/blog/counter-unconventional-warfare-is-the-way-of-the-future-how-can-we-get-there> (дата звернення: 29.07.2020).

14. Luijff E., Besseling K., Graaf P. (2013). Nineteen National Cyber Security Strategies. International Journal of Critical Infrastructure Protection. 9. 3. 10.1504/IJCIS.2013.051608.

15. Coats, D.R. (2017). Worldwide Threat Assessment of the US Intelligence Community. Washington, DC, USA.

16. International Strategy for Cyberspace. URL: http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss_viewer/international_strategy_for_cyberspace.pdf (дата звернення: 29.07.2020).

Анотація

Перун Т. С. Забезпечення інформаційної безпеки в зоні бойового конфлікту. – Стаття.

У статті аналізуються положення нормативно-правових актів, які відображають офіційну систему поглядів на збройний захист і забезпечення безпеки України, що присвячені питанням забезпечення інформаційної безпеки. Обґрунтовується необхідність їхнього подальшого розвитку та формування єдиного підходу до забезпечення інформаційної безпеки як комплексному напрямку діяльності.

Метою статті є аналіз еволюції, детермінування та визначення основних ознак поняття інформаційної безпеки в зоні військового конфлікту та визначити перспективні напрями її формування в сучасних політичних умовах.

Автором досліджено положення документів, що визначають стратегічне планування та відображають офіційну систему поглядів на збройний захист і забезпечення безпеки України.

Також проаналізовано генезис наукових поглядів на інформаційну протидію як механізм вирішення міждержавних протиріч. Досліджено сутність засобів забезпечення інформаційної безпеки в умовах збройного конфлікту.

Забезпечення інформаційної безпеки в межах Воєнної доктрини України і Стратегії національної безпеки України як окремого і самостійного напрямку діяльності не розглядається. Незважаючи на визнання інформаційних загроз, відображені лише окремі питання, пов'язані з інформаційною сферою та застосуванням інформаційних технологій.

Автор доходить висновку, що забезпечення інформаційної безпеки в рамках Воєнної доктрини України і Стратегії національної безпеки України як окремого і самостійного напрямку діяльності не розглядається.

Доктрина інформаційної безпеки України вже не відповідає сучасним політичним реаліям, не враховує нові загрози в інформаційній сфері, рівень розвитку і проникнення інформаційних технологій у державне і суспільне життя, критично важливі галузі економіки та народного господарства країни та потребує оновлення.

Для захисту критично важливих об'єктів держави та інформаційної інфраструктури необхідно створити міжнародний центр моніторингу інформаційної сфери.

Ключові слова: безпека, інформаційна безпека, форми інформаційної безпеки, інформаційна безпека держави, напрями формування інформаційної безпеки, збройний конфлікт.

Summary

Perun T. S. The ensuring of information security on the combat conflict area. – Article.

The article analyzes the provisions of normative - legal acts that reflect the official system of views on the armed defense and security of Ukraine, which are devoted to the issues of information security. The necessity of their further development and formation of a unified approach to information security as a complex area of activity is substantiated.

The aim of the article is to analyze the evolution, determination and definition of the main features of the concept of information security in the zone of military conflict and to identify promising areas of its formation in modern political conditions.

The author examines the provisions of documents that define strategic planning and reflect the official system of views on the armed defense and security of Ukraine.

The genesis of scientific views on information counteraction as a mechanism for resolving interstate contradictions is also analyzed. The essence of means of providing information security in the conditions of armed conflict is studied.

Ensuring information security in the framework of the Military Doctrine of Ukraine and the National Security Strategy of Ukraine as a separate and independent area of activity is not considered. Despite

the recognition of information threats, only some issues related to the information sphere and the use of information technology are reflected.

The author concludes that the provision of information security in the framework of the Military Doctrine of Ukraine and the National Security Strategy of Ukraine as a separate and independent area of activity is not considered. Despite the recognition of information threats, only some issues related to the information sphere and the use of information technology are reflected.

The doctrine of information security of Ukraine no longer corresponds to modern political realities, does not take into account new threats in the information sphere, the level of development and penetration of information technologies into state and public life, critical sectors of the economy and the economy and needs updating.

To protect critical objects of states and information infrastructure, it is necessary to create an international monitoring center for the information sphere.

Key words: security, information protection, forms of information security, information security of the state, directions of information security formation, management system.

УДК 341.242

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i87.2811>*В. П. Пташинська*

ФОРМИ НАДАННЯ ЗГОДИ ВЕРХОВНОЮ РАДОЮ УКРАЇНИ НА ОBOB'ЯЗKOBICТЬ МІЖНАРОДНОГО ДОГОВОРУ

Постановка проблеми. В умовах інтеграції у світову та європейську системи співробітництва, а також постійного зростання міжнародної взаємозалежності та взаємопов'язаності держав перед Україною постало питання забезпечення дотримання норм міжнародного права у внутрішньодержавній сфері за допомогою своєї національної правової системи, що відображено в Конституції.

Установлення порядку співвідношення міжнародного та внутрішньодержавного права в державі є виключною компетенцією національного, передусім конституційного, законодавства. Завдяки Конституції України відбулась конституційна регламентація дії міжнародного права у внутрішньодержавній сфері, зокрема: чинних міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання надання згоди Верховною Радою України на обов'язковість міжнародних договорів були предметом розгляду в наукових працях у рамках дослідження теоретичних і практичних аспектів співвідношення міжнародного права і національного права України таких вітчизняних учених та практиків, як: М.О. Баймуратов [1], М.В. Буроменський [2], колектив авторів: В.Г. Буткевич, О.В. Задорожній та В.В. Мицик [3], О.Г. Буткевич [4], Ю.А. Вишневський [5], В.Н. Денисов [6], І.І. Забоклицький [7], М.І. Козюбра [8], В.П. Мельник [9], О.О. Мережко [10], М.Д. Савенко [11], В.М. Стешенко [12] та інші.

Але серед науковців не має одностайності щодо змісту поняття «чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України» та форм надання такої згоди парламентом, що і стало підставою для проведення автором цього дослідження.

Метою статті є аналіз положень чинного законодавства України для визначення змісту поняття «чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», форм надання такої згоди.

Виклад основного матеріалу дослідження. Згідно із ч. 1 ст. 9 Конституції України, чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України [13].

Для правильного розуміння та застосування вищезазначеної норми на підставі системного дослідження змісту положень Конституції України [13], Віденської конвенції про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р. [14], Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. [15], Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» від 10 лютого 2010 р. № 1861-VI [16], а також чинних міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких уже надана Верховною Радою України, визначимо, що треба розуміти під виразом «згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», у якій формі вона дається.

Основним міжнародним договором, який регулює питання вираження згоди державою на обов'язковість для неї міжнародного договору, є Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р. [14]. Україна приєдналася до даної Конвенції відповідно до Указу Президії Верховної Ради Української Радянської Соціалістичної Республіки (далі – УРСР) «Про приєднання Української Радянської Соціалістичної Республіки до Віденської конвенції про право міжнародних договорів» від 14 квітня 1986 р. № 2077–XI [17]. Зазначена Конвенція набрала чинності для УРСР 13 червня 1986 р. Відповідно до ст. 6 Закону України «Про правонаступництво» від 12 вересня 1991 р. №1543–XII, Україна підтвердила свої зобов'язання за даним міжнародним договором, укладеним УРСР до проголошення незалежності України [18].

Першим українським законом, який імплементував положення Віденської конвенції про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р. до внутрішньодержавного правопорядку України, був Закон України «Про міжнародні договори України» від 22 грудня 1993 р. № 3767–XII [19]. Натепер даний Закон втратив чинність. З 3 серпня 2004 р. набрав чинності Закон України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. № 1906–IV [15].

В абз. 6 ст. 2 Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. № 1906–IV [15] повторено форми (способи) надання згоди держави на обов'язковість для неї міжнародного договору, що містяться в пп. “b” п. 1 ст. 2 Віденської конвенції про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р. [14].

У ч. 1 ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. № 1906–IV передбачено, як і в ч. 1 ст. 9 Конституції України, положення, згідно з яким чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України, застосовуються вони в порядку, передбаченому для норм національного законодавства [15].

У п. 32 ст. 85 Конституції України зазначені повноваження Верховної Ради України надавати законом згоду на обов'язковість міжнародних договорів України та денонсацію міжнародних договорів України [13].

Відповідно до ст. 192 Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» від 10 лютого 2010 р. № 1861–VI, Верховна Рада України надає законом згоду на обов'язковість міжнародних договорів України (ратифікація, затвердження, ухвалення, приєднання) та здійснює денонсацію міжнародних договорів України відповідно до Конституції України, Закону України «Про міжнародні договори України», Віденської конвенції про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р. та цього Регламенту [16].

У ст. 9 Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. № 1906–IV визначаються повноваження Верховної Ради України надавати згоду на обов'язковість міжнародних договорів у формі ратифікації та наведено перелік міжнародних договорів України, які підлягають ратифікації [5].

Відповідно до ч. 1 ст. 9 Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. № 1906–IV, ратифікація міжнародних договорів України здійснюється шляхом ухвалення закону про ратифікацію, невід'ємною частиною якого

є текст міжнародного договору. На підставі підписаного й офіційно оприлюдненого Президентом України закону Голова Верховної Ради України підписує ратифікаційну грамоту, яка засвідчується підписом Міністра закордонних справ України, якщо договором передбачено обмін такими грамотами [15].

Відповідно до ч. 2 ст. 9 Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. № 1906–IV, ратифікації підлягають міжнародні договори України:

а) політичні (про дружбу, взаємну допомогу і співробітництво, нейтралітет), територіальні й такі, що стосуються державних кордонів, розмежування виключної (морської) економічної зони і континентального шельфу України, мирні;

б) що стосуються прав, свобод та обов'язків людини і громадянина;

в) загальноекономічні (про економічне та науково-технічне співробітництво), із загальних фінансових питань, з питань надання Україною позик і економічної допомоги іноземним державам та міжнародним організаціям, а також про одержання Україною від іноземних держав і міжнародних фінансових організацій позик, не передбачених державним бюджетом України;

г) про участь України в міждержавних союзах та інших міждержавних об'єднаннях (організаціях), системах колективної безпеки;

г) про військову допомогу та направлення підрозділів Збройних сил України до інших держав чи допуск підрозділів збройних сил іноземних держав на територію України, умови тимчасового перебування в Україні іноземних військових формувань;

д) що стосуються питань передачі історичних та культурних цінностей українського народу, а також об'єктів права державної власності України;

е) виконання яких зумовлює зміну законів України або ухвалення нових законів України;

є) інші міжнародні договори, ратифікація яких передбачена міжнародним договором або законом України [15].

Прикладом ратифікації як форми надання згоди на обов'язковість міжнародного договору Верховною Радою України є Закон України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., Першого протоколу та протоколів № № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» від 17 липня 1997 р. № 475/97-ВР [20].

У п. «а» ч. 1 ст. 13 Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. № 1906–IV передбачено повноваження Верховної Ради України щодо ухвалення рішення про приєднання України до міжнародних договорів або про їх ухвалення щодо договорів, які потребують ратифікації, – у формі закону України про приєднання до міжнародного договору або закону України про ухвалення міжнародного договору, невід'ємною частиною яких є текст міжнародного договору [15].

Відповідно до п. «а» ч. 2 ст. 13 Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. № 1906–IV, пропозиції щодо приєднання України до міжнародних договорів або щодо ухвалення нею міжнародних договорів подаються та розглядаються: щодо договорів, які потребують ратифікації, – у порядку, передбаченому ст. 9 цього Закону для ратифікації міжнародних договорів України [15].

Прикладом приєднання як форми надання згоди на обов'язковість міжнародного договору Верховною Радою України є Закон України «Про приєднання України до Договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право» від 20 вересня 2001 р. № 2733-III [21].

Прикладом ухвалення як форми надання згоди на обов'язковість міжнародного договору Верховною Радою України є Закон України «Про прийняття Протоколу про внесення змін до Угоди ТРИПС» від 3 лютого 2016 р. № 981-VIII [22].

Під час проведення аналізу положень Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. № 1906-IV та Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» від 10 лютого 2010 р. № 1861-VI щодо надання згоди на обов'язковість міжнародного договору неможливо не звернути увагу на правову колізію, що виникла між нормами цих законів. Закон, що регулює порядок роботи Верховної Ради України, у ст. 192 встановлює, що Верховна Рада надає Законом згоду на обов'язковість міжнародних договорів України (ратифікація, затвердження, ухвалення, приєднання) та здійснює денонсацію міжнародних договорів України відповідно до Конституції України, Закону України «Про міжнародні договори України», Віденської конвенції про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р. та цього Регламенту [16]. А Закон України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. № 1906-IV у ст. ст. 12 та 13 участь Верховної Ради України в затвердженні міжнародних договорів не передбачає [15]. Отже, ст. 192 Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» від 10 лютого 2010 р. № 1861-VI закріплює невластиву форму участі парламенту в наданні згоди на обов'язковість міжнародних договорів. Дана стаття потребує внесення відповідних законодавчих змін та викладення її в такій редакції: «1. Верховна Рада надає законом згоду на обов'язковість міжнародних договорів України (ратифікація, ухвалення, приєднання) та здійснює денонсацію міжнародних договорів України відповідно до Конституції України, Закону України «Про міжнародні договори України», Віденської конвенції про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р. та цього Регламенту».

Висновки. Підбиваючи підсумки вищесказаному, доходимо висновку, що Верховна Рада України може надавати згоду на обов'язковість міжнародного договору України у формі законів України про ратифікацію, приєднання або ухвалення міжнародного договору. Найбільш поширеною формою надання згоди на обов'язковість міжнародного договору у практиці Верховної Ради України є ратифікація.

Література

1. Баймуратов М.А. Имплементация норм международного права и роль Конституционного Суда Украины в толковании международных договоров. *Михайло Баймуратов : право як буття вченого* : збірник наукових праць до 55-річчя професора М.О. Баймуратова / упорядник та відп. ред. Ю.О. Волошин. Київ : Логос, 2009. С. 477–493.
2. Буруменський М.В. Застосування міжнародно-правових норм про права людини у внутрішньому правопорядку України. *Вісник Академії правових наук України*. Харків : Право, 1999. № 1 (16). С. 86–94.
3. Буткевич В.Г., Мицик В.В., Задорожній О.В. Міжнародне право. Основи теорії : підручник / за ред. В.Г. Буткевича. Київ : Либідь, 2002. С. 281–284.

4. Буткевич О.В. Конституційна реформа і проблеми міжнародної договірної практики України. *Український часопис міжнародного права*. 2014. № 3. С. 42–49.
5. Вишневецький Ю.А. Надання згоди на обов'язковість міжнародного договору : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11. Харків, 2017. 255 с.
6. Денисов В.Н. Статус міжнародних договорів в Конституції України. *Вісник Академії правових наук України*. Харків, 1997. № 1. С. 29–36.
7. Забокрицький І.І. Проблеми правового статусу міжнародних договорів України у системі джерел конституційного права України. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки*. 2015. № 825. С.69–78.
8. Козюбра М.І. Співвідношення національних і міжнародних правових систем. *Наукові записки Національного університету «Києво-Могилянська академія». Серія «Юридичні науки»*. 2016. Т. 181. С. 3–11.
9. Мельник В.П. Міжнародні договори України в ієрархічній структурі законодавства : науково-практичний аспект. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2012. № 12. С. 139–144.
10. Мережко О.О. Право міжнародних договорів: сучасні проблеми теорії та практики : монографія. Київ : Таксон, 2002. 344 с.
11. Савенко М.Д. Міжнародне право в національній правовій системі за Основним законом України. *Наукові записки Національного університету «Києво-Могилянська академія». Серія «Юридичні науки»*. 2016. Т. 181. С. 11–17.
12. Шешенко В.М. Зміст поняття «чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України». *Актуальні проблеми сучасного міжнародного права : збірник наукових статей за матеріалами I Харківських міжнародно-правових читань, присвячених пам'яті проф. М.В. Яновського і В.С. Семенова, м. Харків, 27 листопада 2015 р. : у 2-х ч. Харків, 2015. Ч. 1. С. 32–41.*
13. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *База даних «Законодавство України»* / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 15.09.2020).
14. Віденська Конвенція про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р. *База даних «Законодавство України»*. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_118 (дата звернення: 15.09.2020).
15. Про міжнародні договори України : Закон України від 29 червня 2004 р. № 1906–IV. *База даних «Законодавство України»* / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15?find=1&text=%D1%80%D0%B0%D1%82%D0%B8%D1%84%D1%96%D0%BA%D0%B0%D1%86#w1_4 (дата звернення: 15.09.2020).
16. Про Регламент Верховної Ради України : Закон України від 10 лютого 2010 р. № 1861–VI. *База даних «Законодавство України»* / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1861-17#Text> (дата звернення: 09.09.2020).
17. Про приєднання Української Радянської Соціалістичної Республіки до Віденської конвенції про право міжнародних договорів : Указ Президії Верховної Ради Української РСР від 14 квітня 1986 р. № 2077–XI. *База даних «Законодавство України»* / Президія Верховної Ради Української РСР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2077-11#Text> (дата звернення: 15.09.2020).
18. Про правонаступництво України : Закон України від 12 вересня 1991 р. № 1543–XII / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 46. Ст. 617.
19. Про міжнародні договори України : Закон України від 22 грудня 1993 р. № 3767–XII / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 10. Ст. 45.
20. Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції : Закон України від 17 липня 1997 р. № 475/97-ВР.
21. Про приєднання України до Договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право : Закон України від 20 вересня 2001 р. № 2733–III / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 2. Ст. 16.
22. Про прийняття Протоколу про внесення змін до Угоди ТРІПС : Закон України від 3 лютого 2016 р. № 981–VIII / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 12. Ст. 133.

Анотація

Пташинська В. П. Форми надання згоди Верховною Радою України на обов'язковість міжнародного договору. – Стаття.

У статті автором досліджені деякі питання імплементації в національний правопорядок України міжнародних норм про надання згоди на обов'язковість міжнародних договорів, що містяться у Віденській конвенції про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 року.

Проаналізований зміст положень чинного законодавства України, що регулює питання надання Верховною Радою України згоди на обов'язковість міжнародного договору, зокрема: Конституції України від 28 червня 1996 року, Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 року, Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» від 10 лютого 2010 року, а також наведені закони України, якими Верховна Рада України надала згоду на обов'язковість міжнародних договорів України.

Автором визначено форми надання згоди Верховною Радою України на обов'язковість міжнародного договору, розкриті повноваження Верховної Ради України в питаннях надання згоди на обов'язковість міжнародного договору.

Автором зроблено висновок, що Верховна Рада України може надавати згоду на обов'язковість міжнародного договору України у формі законів України про ратифікацію, приєднання або ухвалення міжнародного договору. Найбільш поширеною формою надання згоди на обов'язковість міжнародного договору у практиці Верховної Ради України є ратифікація. Пропозиції щодо приєднання України до міжнародних договорів або щодо ухвалення нею міжнародних договорів подаються та розглядаються в порядку, передбаченому для ратифікації міжнародних договорів України.

Автором виявлені колізійні норми в чинних нормативно-правових актах України та запропоновані шляхи усунення суперечностей між ними, що є важливим етапом розвитку й удосконалення вітчизняного законодавства.

Дане дослідження ґрунтується на підставі аналізу норм чинного законодавства України та конкретних прикладів практики Верховної Ради України щодо надання згоди на обов'язковість міжнародних договорів України.

Ключові слова: Верховна Рада України, надання згоди на обов'язковість, міжнародні договори, ратифікація, затвердження, приєднання, прийняття.

Summary

Ptashinska V. P. Means of expressing consent of the Verkhovna Rada of Ukraine to be bound by an international treaty. – Article.

Some issues of implementation in the national legal order of Ukraine of international norms of the Vienna Convention on the Law of Treaties of May 23, 1969 on consent to be bound by an international treaties are examined by the author in the article.

The Constitution of Ukraine of June 28, 1996, the Law of Ukraine “On International Treaties of Ukraine” of June 29, 2004, the Law of Ukraine “On the Rules of Procedure of the Verkhovna Rada of Ukraine” of February 10, 2010 are the main legal acts of current Ukrainian legislation concerning the consent to be bound by an international treaties. The laws of the Verkhovna Rada of Ukraine concerning consent to be bound by an international treaties of Ukraine are approved by the author in the article.

Means of expressing consent of the Verkhovna Rada of Ukraine to be bound by an international treaty are defined, the full powers of the Verkhovna Rada of Ukraine concerning the consent to be bound by an international treaty are disclosed by the author in the article.

The consent of the Verkhovna Rada of Ukraine to be bound by an international treaty of Ukraine may be expressed by ratification, accession or acceptance of an international treaty. The most common mean of consent to be bound by an international treaty in the practice of the Verkhovna Rada of Ukraine is the ratification. The consent of the Verkhovna Rada of Ukraine to be bound by an international treaty is expressed by acceptance or accession under conditions similar to those which apply to ratification of an international treaty.

The conflicting rules of current Ukrainian legislation are identified and ways to eliminate contradictions between them are suggested by the author in the article. It is an important stage of the development and improvement of current legislation of Ukraine.

This research is grounded on analysis of the legislation of Ukraine and specific examples of practice of the Verkhovna Rada of Ukraine concerning consent to be bound by an international treaties of Ukraine.

Key words: Verkhovna Rada of Ukraine, consent to be bound by international treaty, international treaties, ratification, approval, accession, acceptance.

УДК 347.73

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i87.2813>*О. М. Радченко*

СИСТЕМА КОНТРОЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН У СФЕРІ ГРОШОВОГО ОБІГУ

Вступ. Становлення й еволюція людської цивілізації засновані на різного роду взаємодії окремих індивідів або їхніх груп між собою. Людство немислиме без системи соціальних зв'язків і соціальних відносин, які виникають у соціумі. У свою чергу існування людського суспільства ґрунтується на відносинах, що складаються між членами цього суспільства. Більш того, можна стверджувати, що розвиток людства зумовлений розвитком соціальних відносин, які видозмінюються дотепер.

У суспільстві існує безліч різних відносин: економічні, політичні, управлінські, культурні, сімейні тощо. Оскільки дані відносини виникають між індивідами та їхніми об'єднаннями, їх прийнято називати суспільними або соціальними. Виникнувши разом із появою людини, суспільні відносини піддавалися регламентації. При цьому спосіб регламентації суспільних відносин відповідав рівню їхнього розвитку. Примітивні соціальні відносини в первісному суспільстві регулювалися за допомогою звичаїв, що закріплювали найбільш раціональні варіанти поведінки людей в соціально значущих ситуаціях. Пізніше, з ускладненням суспільних відносин, з'являються релігійні норми, які більш ефективно забезпечують бажану поведінку індивідуумів. З появою держави відносини в суспільстві починають регулюватися правом, державним регулятором суспільних відносин. Поява права, як і поява держави, на певному етапі розвитку людського суспільства – це природний процес еволюції суспільних відносин.

Постановка завдання. Мета статті – дослідити систему контрольних правовідносин у сфері грошового обігу.

Правові питання регулювання грошового обігу аналізувалися в працях Л.К. Воронової, Є.О. Алісова, О.П. Орлюк, О.А. Костюченко, Д.О. Гетьманцева, І.Б. Заверухи, В.К. Шкарупи, М.П. Кучерявенка, О.О. Качана, В.В. Козюка, Н.І. Костіна, Т.А. Латковської, А.О. Монаєнка, М.І. Савлука, А.О. Селіванова та ін.

Результати дослідження. Кількісна і якісна видозміна відносин, що існують у соціумі, вимагає якісно іншого регулятора, оскільки ні звичаї, ні мораль, ні релігійні норми не здатні забезпечити належний рівень загальнообов'язковості та примусу. Саме в цей момент і виникає держава для управління суспільними відносинами за допомогою формалізованих правил поведінки, забезпечених заходами примусу.

За допомогою права держава переводить певні відносини під свою юрисдикцію і захист, надає їм упорядкованість і стабільність, стійкість і бажану спрямованість. У результаті правового регулювання відносини стають підконтрольними і керованими.

Забороняючи одні дії, дозволяючи інші, заохочуючи треті, встановлюючи відповідальність за порушення певних правових приписів, держава за допомогою

права встановлює бажані моделі поведінки суб'єктів суспільних відносин за тих чи інших обставин. У сучасному суспільстві право – це найбільш ефективний, владно-примусовий і разом із тим цивілізований регулятор.

Далеко не будь-які суспільні відносини потребують врегулювання свого змісту за допомогою правових норм. До допомоги права вдаються лише в тому випадку, якщо суспільні відносини характеризуються підвищеною соціальною значимістю або викликають чи можуть викликати конфлікт між його учасниками.

Врегульовані правом суспільні відносини набувають статусу правовідносин, який, не позбавляючи суспільні відносини їхнього фактичного змісту, видозмінює їх, наповнюючи юридичним змістом. На відміну від будь-яких інших суспільних відносин, правовідносини характеризуються наявністю в його учасників кореспондуючих прав і обов'язків, які встановлені державою і перебувають під її захистом, тобто їх реалізація гарантується державною владою, яка має виключне право на застосування державного примусу. Таким чином, у правовідносинах завжди спостерігається присутність держави як регулятора і гаранта дотримання норм права, що регламентують дані відносини.

Фінансові відносини як один із видів грошових відносин у різні періоди розвитку суспільства і держави відігравали неоднакову роль в їхньому економічному житті, що неминуче позначалося на ступені їх правового регулювання з боку держави. Оскільки фінансові правовідносини пов'язані з формуванням, розподілом і витрачанням державних фондів грошових коштів, то їх правове регулювання безпосередньо залежить від статусу держави.

У період феодалізму й абсолютної монархії особисті гроші керівника держави і самої держави не були розділені, а отже, скарбниця і особисте майно короля були єдиним цілим. При цьому джерела поповнення скарбниці істотно відрізнялися від сучасних, зокрема, основне джерело доходу скарбниці становило особисте майно короля, а податкові надходження становили не більше 20%. Відрізнялися й напрями витрачання коштів керівника держави. Правове регулювання фінансових відносин у кращому випадку обмежувалося податковими нормами, водночас інституту контролю за витрачанням державних коштів не було й не могло бути. У докапіталістичних формаціях, в умовах фрагментарності товарно-грошових відносин, фінанси також мали фрагментарний характер, що було зумовлено відсутністю правового регулювання даного виду відносин.

За капіталізму, коли товарно-грошові відносини стали основою розвитку національної економіки, фінансові відносини набули всеосяжного характеру, що зумовило розвиток правового регулювання даної сфери суспільних відносин. Так, англійський парламент у період свого становлення вважав найціннішим своїм правом і основним методом обмеження монархії отримання контролю над витратами скарбниці та за встановленням податків. Сукупність подібних повноважень вважалася самим прогресивним і найбільш дієвим способом правового регулювання фінансових відносин.

У соціалістичному суспільстві фінансові відносини були обмежені переважанням відносин виробничо-планового розподілу, в зв'язку з чим фінансово-правове регулювання було суттєво звуженим. У сучасних умовах розвитку Укра-

їни фінанси відіграють одну з провідних ролей у житті суспільства і держави, що пояснює досить динамічний, а інколи хаотичний розвиток вітчизняного фінансового законодавства.

Об'єктивно сучасна держава не може не регулювати фінансові відносини, оскільки ці відносини виникають із приводу формування, розподілу і використання централізованих та децентралізованих публічних фондів грошових коштів і контролю за названими процесами. Даний пласт відносин пов'язаний з діяльністю держави, що пояснює високий ступінь соціальної значущості фінансових відносин для суспільства в цілому, зумовлюючи необхідність їх правового регулювання.

Відносини у сфері фінансової діяльності держави є предметом регулювання фінансового права [10, с. 35]. Будучи врегульовані нормами фінансового права, відносини у сфері фінансової діяльності держави набувають характеру фінансових правовідносин.

Фінансовий контроль є формою фінансової діяльності держави, відповідно, й відносини зі здійснення фінансового контролю в рамках грошового обігу є видом фінансових правовідносин.

Так, на думку Л.К. Воронової, М.П. Кучерявенка [3, с. 53], фінансовий контроль – це спеціальний державний контроль, діяльність фінансових органів та їх посадових осіб із забезпечення законності, фінансової дисципліни і раціональності під час мобілізації, розподілу і використання централізованих і децентралізованих грошових фондів та пов'язаних з ними матеріальних ресурсів. О.П. Орлюк [7, с. 149] визначає фінансовий контроль як цілеспрямовану діяльність уповноважених державних органів, підприємств, установ і організацій незалежно від форм власності, спрямовану на дотримання законності, фінансової дисципліни й раціональності в реалізації публічної фінансової діяльності держави, тобто мобілізації, розподілу і використання публічних фондів коштів з метою виконання завдань і функцій держави і територіальних громад та ефективного соціально-економічного розвитку всіх суб'єктів фінансових відносин.

На думку А.О. Монаєнка, фінансовий контроль – це регламентована нормами фінансового права діяльність державних, самоврядних, громадських та господарюючих суб'єктів із перевірки своєчасності й точності фінансового планування, обґрунтованості та повноти надходження доходів до відповідних фондів грошових коштів, правильності й ефективності їх розподілу і використання [9, с. 63].

Існування багатьох визначень фінансового контролю можна пояснити загальною методологічною основою. На нашу думку, вартий уваги підхід, запропонований Л.А. Савченко [8, с. 43], яка вважає за необхідне окремо виділяти такі поняття, як «фінансовий контроль», яке має бути комплексним, «публічний фінансовий контроль», що охоплюватиме як державний фінансовий контроль, так і контроль, що здійснюється органами місцевого самоврядування, іншими суб'єктами щодо публічних фінансів, та «державний фінансовий контроль».

Контрольні правовідносини являють собою правовий зв'язок між контролюючим і підконтрольним суб'єктами з метою створення найбільш сприятливих умов для реалізації нормативно-правових приписів у поведінці, діяльності підконтрольних суб'єктів, забезпечення ефективності правового регулювання, відновлення

стану законності та правопорядку в разі їх порушення [2, с. 135]. Як і всі види фінансових правовідносин, контрольні правовідносини володіють усіма загальними ознаками даної групи правових відносин.

По-перше, відносини з фінансового контролю виникають і розвиваються в рамках фінансової діяльності держави. Контроль як невід'ємна частина будь-якого управлінського процесу властивий фінансовій діяльності держави. Фінансовий контроль сприяє дотриманню фінансового законодавства, створює передумови для підвищення рівня фінансової дисципліни, націлений на забезпечення ефективного управління фінансовою системою в державі. Відсутність фінансового контролю в процесі формування, перерозподілу і використання державних централізованих і децентралізованих фондів грошових коштів не дозволить державі досягти цілей фінансової діяльності.

По-друге, контрольні правовідносини є формою реалізації публічних інтересів, у зв'язку з чим фінансово-контрольні правовідносини є публічно-правовими. Фінансовий контроль, як і будь-який державний контроль, має на меті захист публічних (суспільних) інтересів. Формування, перерозподіл і витрачання грошових коштів за рахунок державних централізованих і децентралізованих фондів здійснюється виключно в публічних цілях – покриття публічних видатків, тобто таких витрат, які забезпечують реалізацію публічних інтересів держави. Отже, все суспільство зацікавлене в тому, щоб ці процеси (формування, розподіл і використання фондів грошових коштів) проходили в суворій відповідності до чинного законодавства, у зв'язку з чим контроль за фінансовими операціями здійснюється в інтересах не тільки держави як апарату державного управління, але і всього суспільства, яке бере участь не тільки у формуванні цих фондів, а й в їх витрачанні. Забезпечити суспільство інформацією щодо законності фінансових операцій є завданням і призначенням фінансового контролю.

По-третє, контрольні правовідносини є владними відносинами, в яких однією зі сторін завжди виступає держава в особі її компетентних органів влади [5, с. 94]. Будь-який соціальний контроль, будь-який з його видів є атрибутом влади, найважливішим її проявом. Контрольним відносинам завжди притаманний владно-вольовий момент. Кожен суб'єкт контролю забезпечується відповідними владними повноваженнями, необхідними для виконання цілей, поставлених перед контролем [2, с. 135]. Відносини у сфері державного контролю завжди пов'язані з реалізацією державою владних повноважень за допомогою дій уповноважених державних органів. Владні повноваження контролюючих органів (наприклад, податкових) виражаються в тому, що в межах наданої їм чинним законодавством України компетенції вони мають право на власний розсуд перевіряти роботу підконтрольних об'єктів, незалежно від їх бажання визначати питання, за якими необхідна перевірка, приймати в межах своєї компетенції заходи з усунення виявлених недоліків. При цьому одним із варіантів розвитку контрольного правовідношення є можливість застосування заходів державного примусу за порушення норм законодавства.

По-четверте, фінансово-правові відносини завжди за своєю суттю є економічними відносинами. На перший погляд, відносини з фінансового контролю не володіють даною характеристикою. Однак фінансова діяльність держави не обмежується

тільки фінансовими відносинами, а включає в себе і нефінансові (з економічної точки зору) відносини, також визначені станом економіки і спрямовані на те, щоб відрегулювати в потрібному режимі фінансові відносини. До таких традиційно відносяться відносини з фінансового контролю.

По-п'яте, фінансові правовідносини завжди є майновими. І тут слід підкреслити неоднорідність фінансових правовідносин, серед яких можна виділити організаційні або процесуальні (процедурні) правовідносини, які не опосередковують процес переходу грошових коштів від одних суб'єктів до інших [1, с. 107–108]. До останніх належать ті, які спрямовані на організацію, планування, які виникають у процесі встановлення форм формування грошових коштів, порядку їх розподілу, контролю за їх використанням. Той факт, що організаційні правовідносини безпосередньо не обслуговують рух грошових коштів, не заперечує характеристики їх як майнових, оскільки організаційні відносини кінцевою метою мають рух грошових коштів.

Крім названих ознак, контрольні правовідносини часто характеризуються вторинністю. Дана особливість проявляється в тому, що відносини з фінансового контролю розвиваються в рамках складних фінансових правовідносин.

Теорія фінансового права виділяє в залежності від структури і юридичного змісту прості та складні фінансові правовідносини. Прості фінансові правовідносини складаються з одного права й одного обов'язку. У складних фінансових правовідносинах існує кілька взаємопов'язаних суб'єктивних прав і обов'язків.

Варто підкреслити, що в науці фінансового права висловлюється точка зору, що всі контрольні фінансові правовідносини є похідними, вторинними. Болгарський учений С.І. Кучев, досліджуючи систему фінансового контролю, підкреслював, що правовідносини з фінансового контролю є вторинними, похідними від первинних фінансових правовідносин, тобто відносин з формування, розподілу й використання суспільного продукту і національного доходу [6, с. 15].

Однак таке твердження, на нашу думку, справедливе тільки по відношенню до бюджетних і податкових контрольних правовідносин. Відносини з бюджетного контролю виникають на підставі інших бюджетних правовідносин, наприклад, правовідносин щодо бюджетного фінансування, де зміст основного правовідношення полягає в обов'язку фінансування з державного бюджету певних видатків держави, а контрольні правовідносини виникають як похідні або вторинні, що засновані на виділенні коштів з відповідного бюджетного фонду. Їхній зміст полягає в перевірці обґрунтованості виділення зазначених коштів розпорядником бюджетних коштів і в цільовому їх використанні одержувачами бюджетних коштів. Дане контрольне правовідношення нерозривно пов'язане з відносинами щодо бюджетного фінансування і без нього не виникає.

Аналогічний приклад можливий і з податковими правовідносинами. Відносини зі сплати податків і зборів полягають в обов'язку платника податків сплатити певний податок або збір і право уповноваженого державного органу влади – контролюючого органу (податкового органу) – вимагати цієї сплати у встановлені чинним законодавством строки та в певних розмірах. Правовідносини з податкового контролю виникають не самостійно, а на підставі відносин зі сплати податків і зборів, без яких існування таких відносин є неможливим.

Однак вторинність контрольних правовідносин у рамках фінансового права не поширюється на контрольні правовідносини у сфері грошового обігу. Контроль за дотриманням чинного законодавства про грошовий обіг є дотриманням правил готівкових та безготівкових розрахунків, дотриманням правил здійснення валютних операцій та законодавства про протидію легалізації (відмиванню) доходів, отриманих злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення, що має самостійне значення, і правовідносини з даного виду фінансового контролю виникають як основні правовідносини, не зумовлені існуванням будь-якого іншого фінансового правовідношення.

Для виникнення, наприклад, правовідносин з контролю за дотриманням правил ведення касових операцій і порядку роботи з готівкою не потрібно ніяких фінансових правовідносин, що передують контрольним. Більш того, відносини між банком і юридичною особою з банківського обслуговування мають приватноправову природу, проте саме договір банківського обслуговування зумовлює наявність контрольних повноважень уже публічного характеру в комерційного банку по відношенню до свого клієнта – господарюючого суб'єкта або фізичної особи. Обслуговуючий банк через законодавчі приписи автоматично буде здійснювати контроль за дотриманням його клієнтом правил проведення операцій з готівковими коштами (повнота оприбуткування готівкових коштів, своєчасна здача готівки понад встановлені ліміти тощо).

Або, наприклад, контроль за справжністю національної валюти у вигляді готівки також буде здійснюватися комерційним банком автоматично під час прийому (незалежно від юридичної підстави) готівкових коштів у касу банку для валютно-обмінних або інших касових операцій. При цьому ніяких інших фінансово-правових відносин між банком і його клієнтом не буде існувати.

Те ж саме справедливо і щодо валютного контролю: перевірка банком дотримання клієнтом правил проведення валютних операцій не зумовлена ніякими фінансово-правовими відносинами з формування, розподілу чи використання державних фондів грошових коштів. Це так званий контроль у чистому вигляді – як нагляд за дотриманням законодавства. Передумовою виникнення цих правовідносин є виключно наявність спеціальних нормативно встановлених правил у сфері грошового обігу та залученість приватних або господарюючих суб'єктів у грошовий оборот.

Таким чином, правовідносини з контролю у сфері грошового обігу можна віднести до вторинних або похідних фінансових правовідносин. Їхньою відмінною особливістю в порівнянні з іншими контрольними правовідносинами в рамках фінансового права є самостійність виникнення. Проте контрольні правовідносини у сфері грошового обігу повинні бути віднесені до основних правовідносин.

Фінансово-контрольні правовідносини завжди мають регулятивний характер. Теорія права відносить до регулятивних ті правовідносини, які пов'язані із встановленням позитивних прав і обов'язків і їх реалізацією. Для контрольних правовідносин, у тому числі й у сфері грошового обігу, справедлива тільки друга частина наведеної дефініції, оскільки дані правовідносини пов'язані з реалізацією встановлених позитивних прав і обов'язків. Наприклад, такі правовідносини матимуть місце між Національним банком України і комерційним банком із приводу контролю за дотриманням порядку ведення касових операцій фінансовими установами.

Результатом фінансових контрольних правовідносин може стати виникнення охоронних фінансових правовідносин щодо притягнення винних осіб у порушенні фінансового законодавства України осіб до відповідальності. Однак такий розвиток регулятивних фінансово-контрольних правовідносин можливий тільки в разі виявлення в ході контрольної діяльності фактів фінансових правопорушень. Якщо ж проведення контрольних заходів показало відповідність діяльності підконтрольного об'єкта вимогам чинного законодавства, то охоронні правовідносини не виникають.

При цьому будь-які контрольні правовідносини, в тому числі й у сфері грошового обігу, можуть бути тільки відносними, двосторонньо індивідуалізованими. Уповноваженою особою виступає компетентний орган фінансового контролю, йому протистоїть як зобов'язана особа конкретна фізична або юридична особа як підконтрольний об'єкт. Наприклад, комерційний банк як агент фінансового контролю виступає уповноваженою стороною у відносинах з контролю за дотриманням правил здійснення безготівкових розрахунків, а зобов'язаною стороною буде конкретний господарюючий суб'єкт або фізична особа, які здійснюють платіж через даний банк, який виконує відповідне платіжне доручення.

Фінансово-контрольні правовідносини не можуть бути абсолютними, де уповноваженій стороні протистоїть будь-хто і кожен. Контрольна діяльність завжди має конкретний підконтрольний об'єкт, бо не може бути контролю без визначеного кола об'єктів. Сама сутність контрольних заходів, які полягають у проведенні відповідних видів перевірок, проявляється в індивідуалізації об'єкта контролю й оцінці діяльності конкретного суб'єкта права з точки зору законності, а в деяких випадках – в ефективності та доцільності. Тому об'єктами контролю, тобто зобов'язаною стороною у фінансово-контрольних правовідносинах, можуть бути тільки ті особи, які тим чи іншим чином потрапляють у сферу фінансової діяльності держави як одержувачі бюджетних коштів, як посередники, як розпорядники бюджетних коштів, як платники податків тощо.

Фінансово-контрольні правовідносини характеризуються також регулятивними правовідносинами пасивного типу. Розвиток таких правовідносин відбувається за рахунок активної поведінки уповноваженої сторони, яка завжди пов'язана з правомочністю вимагати від зобов'язаних осіб утримання від дій, що перешкоджають реалізації суб'єктивного права.

Уповноваженою стороною у фінансово-контрольних правовідносинах виступає орган влади або агент фінансового контролю (наприклад, агентами валютного контролю є уповноважені банки та інші фінансові установи, національний оператор поштового зв'язку, що отримали ліцензію на проведення валютних операцій). Реалізуючи своє право на проведення контрольних заходів, суб'єкт контролю має право вимагати від підконтрольного об'єкта не заважати законним діям контрольного характеру.

Особливістю даного виду регулятивних правовідносин пасивного типу є компетенційний характер прав уповноваженої сторони. Правомочна сторона, будучи органом держави (або агентом), не може вільно розпоряджатися своїми правами, тобто вирішувати реалізовувати ці права або відмовитися від їх реалізації за пев-

них обставин. Права органів держави є компетенційними, отже, вони повинні бути реалізовані за певних обставин. Так, Національний банк України зобов'язаний контролювати дотримання комерційними банками законодавства про грошовий обіг. Або Державна служба фінансового моніторингу України зобов'язана здійснювати перевірку отриманої інформації про операції з грошовими коштами або майном, що підлягають контролю відповідно до законодавства про протидію легалізації (відмиванню) доходів, отриманих злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення. Наприклад, відповідно до Положення про Державну службу фінансового моніторингу України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 29 липня 2015 року № 537, до основних завдань і функцій Держфінмоніторингу відноситься: збирання, оброблення та проведення аналізу (операційного і стратегічного) інформації про фінансові операції, що підлягають фінансовому моніторингу, інші фінансові операції або інформація, що може бути пов'язана з підозрою в легалізації (відмиванні) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванні тероризму чи фінансуванні розповсюдження зброї масового знищення; проведення національної оцінки ризиків тощо.

Компетенційний характер прав уповноваженої сторони відрізняє фінансово-контрольні правовідносини від інших фінансово-правових відносин пасивного типу, де уповноваженою стороною виступають не державно-владні органи, а фізичні та юридичні особи. Їхні права не обтяжені ознакою обов'язкового характеру. Класичним прикладом такого регулятивного фінансового правовідношення пасивного типу є відносини між одержувачами бюджетних коштів і державою в разі неповного фінансування.

Характеризуючи далі фінансово-контрольні правовідносини, необхідно відзначити їхній процесуальний характер. Фінансові правовідносини можна класифікувати залежно від характеру норм, на основі яких вони виникають, на матеріальні й процесуальні. Через матеріальні фінансові правовідносини реалізуються права і обов'язки суб'єктів щодо отримання, розподілу та використання певних грошових фондів коштів. У процесуальних – виражається юридична форма, в якій відбувається отримання державою у своє розпорядження грошових фондів коштів, їх розподіл і використання.

На думку М.В. Карасьової, у матеріальних правовідносинах проявляються конкретні права і обов'язки суб'єктів, а в процесуальних – порядок реалізації цих прав і обов'язків. Матеріальні правовідносини містять: обов'язок платника податків сплачувати податок і право податкового органу вимагати його сплати тощо. До процесуальних фінансових правовідносин можуть бути віднесені правовідносини з бюджетного процесу, правовідносини в ході податкового контролю тощо [4, с. 258].

Право (обов'язок) органів і агентів фінансового контролю на проведення заходів з перевірки дотримання законності у сфері фінансової діяльності реалізується в різних процесуальних діях, урегульованих нормами фінансового права. Наприклад, контроль за дотриманням валютного законодавства матеріалізується в правовідносинах із приводу перевірки наявності необхідних дозволів у суб'єктів валютних операцій

на їх проведення, своєчасного і повного зарахування експортної виручки на рахунки в комерційних банках, обґрунтованості оплати імпортованих товарів іноземною валютою тощо. Предметом даних правовідносин виступають документи фінансової звітності, фінансові операції, реальний фінансовий стан підконтрольних об'єктів.

Крім перерахованих характеристик фінансово-контрольних правовідносин, необхідно звернути увагу на їхню сутність, яка виявляється в їхньому об'єкті. Проблема об'єкта правовідносин активно досліджувалася у вітчизняній правовій науці, результатом чого стало виділення двох основних концепцій. Перша концепція розуміє під об'єктом правовідносин матеріальні й нематеріальні блага, на які направлено поведінку всіх його учасників, що здійснюється в рамках їхніх прав і обов'язків.

Згідно з другою позицією коло об'єктів правовідносин окреслюється через інтерес уповноваженої особи. Не вдаючись у теоретичну дискусію про об'єкт правовідносин, відзначимо, що сучасне фінансове право сприйняло другу концепцію і під об'єктом фінансових правовідносин розуміє те, на що спрямована поведінка його учасників, детермінована їхніми інтересами в рамках належних їм суб'єктивних прав і обов'язків.

Залежно від об'єкта в рамках фінансових правовідносин виділяються майнові й немайнові. Об'єктом майнових правовідносин є грошова субстанція – податок, бюджетне асигнування тощо. Об'єктом немайнових правовідносин є: фінансово-планові акти та їх проекти, фінансова діяльність як процес. Згідно з цією класифікацією відносини з фінансового контролю належать до немайнових. Об'єктом правовідносин з фінансового контролю буде контрольна діяльність як процес.

Таким чином, фінансові правовідносини з контролю у сфері грошового обігу є різновидом фінансово-правових відносин, які виникають у межах фінансової діяльності держави і характеризуються організаційною сутністю, процесуальним змістом, двосторонньо індивідуалізованим суб'єктивним складом, немайновим об'єктом, регулятивною функціональністю і компетенційним характером прав уповноваженої сторони.

Норми, що регулюють відносини з контролю за грошовим обігом, утворюють у своїй сукупності самостійний фінансово-правовий інститут у рамках фінансового контролю як підгалузі фінансового права. Також є доцільним підкреслити можливий суміжний характер даного правового інституту. Норми як складники цього правового інституту також належать до особливої частини підгалузі фінансового права – «права грошового обігу», яка останнім часом все частіше виділяється, поряд із класичними бюджетним, податковим правом, у структурі фінансового права.

У процесі руху грошових коштів виникають суспільні відносини, які, будучи врегульовані нормами права, є правовідносинами. Тому правовідносини у сфері грошового обігу можна класифікувати на:

– правовідносини, що виникають із приводу порядку проведення емісії готівкових та безготівкових грошових коштів. Змістом цих правовідносин є виключне право Національного банку України монопольно здійснювати емісію грошей в Україні та кореспондуючі цьому праву обов'язок усіх інших органів державної влади не втручатися в цю діяльність і обов'язок усіх фізичних і юридичних осіб

на території України приймати як єдиний законний засіб платежу грошові знаки, випущені в обіг Національним банком України;

– правовідносини, що виникають із приводу руху готівкових грошових коштів. Змістом цих правовідносин є право Національного банку України встановлювати обмеження на здійснення розрахунків готівковими коштами між юридичними особами і право органів державної влади вимагати від фізичних та юридичних осіб на території України здійснювати розрахунки в готівковій грошовій формі в порядку, встановленому чинним законодавством України. Юридичний обов'язок фізичних і юридичних осіб здійснювати розрахунки готівковими коштами в рамках, установлених законодавством України, розрахунки за участю фізичних осіб в готівковій формі проводяться без обмежень, юридичні особи мають право розраховуватися між собою готівкою в межах суми, встановленої чинним законодавством, усі юридичні особи зобов'язані дотримуватися встановлених Національним банком України правил ведення касових операцій відповідно до Положення про ведення касових операцій у національній валюті в Україні, затвердженого постановою Правління Національного банку України № 148 від 29 грудня 2017 року;

– правовідносини, що виникають із приводу порядку руху безготівкових грошових коштів. Змістом цих правовідносин є право Національного банку України встановлювати правила, форми, строки здійснення безготівкових розрахунків і обов'язок усіх осіб, які здійснюють платежі в безготівковій формі, дотримуватися встановлених Національним банком України правил за Інструкцією про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті № 22, затвердженою 21 січня 2004 року;

– правовідносини, що виникають із приводу порядку руху готівкової і безготівкової іноземної валюти. Змістом цих правовідносин є право державних органів на встановлення обмежень на обіг іноземної валюти в готівковій та безготівковій формі й обов'язок фізичних і юридичних осіб на території України дотримуватися цих обмежень;

– контрольні правовідносини у сфері грошового обігу. Змістом цих правовідносин є право уповноважених суб'єктів фінансового контролю на проведення різних контрольних заходів з метою перевірки дотримання законодавства під час проведення операцій з грошовими коштами в національній або іноземній валюті й обов'язок об'єктів контролю не перешкоджати суб'єктам контролю в здійсненні контрольних заходів.

Контроль за грошовим обігом включає в себе контроль за готівковим грошовим обігом; контроль за безготівковим грошовим обігом; контроль за валютним обігом (валютний контроль); контроль у сфері протидії легалізації (відмиванню) доходів, отриманих злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення.

При цьому в рамках контролю за готівковим грошовим обігом виникають правовідносини: з контролю за дотриманням порядку ведення касових операцій; з контролю за справжністю готівкових грошових знаків; з контролю за виконанням фінансовими установами контрольних функцій щодо дотримання правил проведення операцій з готівковими коштами їхніми клієнтами – господарюючими суб'єктами та фізичними особами.

У рамках контролю за безготівковим грошовим обігом виникають правовідносини: з контролю за дотриманням суб'єктами господарювання форм і умов здійснення безготівкових розрахунків; з контролю за комерційними банками щодо дотримання ними правил здійснення безготівкових розрахунків.

У рамках контролю за валютним обігом виникають правовідносини: з контролю за дотриманням вимог під час здійснення валютно-обмінних операцій; з контролю за обґрунтованістю платежів в іноземній валюті; з контролю за відповідністю законодавству проведених операцій і наявністю необхідних для цього дозволів і ліцензій; з контролю за виконанням резидентами зобов'язань з повернення валютної виручки; перевірка повноти обліку та звітності за валютними операціями.

У рамках контролю у сфері протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення: контроль за законним походженням грошових коштів господарюючих суб'єктів і фізичних осіб; контроль за дотриманням законодавства про протидію легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом особами, що здійснюють операції з грошовими коштами (фінансові установи, страхові, лізингові компанії, професійні учасники ринку цінних паперів, організації поштового зв'язку, ломбарди; організації, що здійснюють скупку, купівлю-продаж дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, ювелірних виробів з них і брухту таких виробів; організації, що містять тоталізатори і букмекерські контори, а також організують і проводять лотереї, тоталізатори, в тому числі в електронній формі, організації, які здійснюють управління інвестиційними фондами чи недержавними пенсійними фондами; організації, які надають посередницькі послуги під час здійснення операцій купівлі-продажу нерухомого майна, оператори з прийому платежів.

Висновок. Фінансово-правовий інститут контролю за грошовим обігом охоплює широку сферу економічної діяльності держави з контролю за грошовими операціями в готівковій та безготівковій формах, валютними операціями, обігу цінних паперів і спрямований на забезпечення функціонування системи зворотних зв'язків у фінансовому механізмі (інформаційний характер); організаційний вплив на процеси емісії і грошового обігу (регулятивний характер); застосування охоронних норм права (правоохоронний характер).

Під фінансовим контролем у сфері грошового обігу запропоновано розуміти комплекс форм і методів організації та управління грошовим обігом у межах національної економіки з метою забезпечення стабільності національної валюти, збалансованого здійснення всіх платежів і розрахунків, запобігання нецільовому використанню публічних і приватних грошових фондів, дотримання вимог фінансової дисципліни та протидії легалізації (відмиванню) доходів, отриманих злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму чи фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення.

Література

1. Ангелов А.С. Финансовое право НР България. София, 1967. С. 107–108
2. Грачева Е.Ю. Проблемы правового регулирования государственного финансового контроля. Москва, 2000. С. 135.
3. Воронова Л.К., Кучерявенко М.П. Финансовое право : учеб. пособие для студентов юрид. вузов и ф-тов. Харьков : Легас, 2003. 360 с.
4. Карасева М.В. Финансовое правоотношение. Москва, 2001. С. 258.
5. Крохина Ю.А. Финансовое право России : учебник для вузов. Москва, 2004. С. 94.
6. Кучев С.И. Систематика на финансовая контрол. София, 1974. С. 15–26, 274.
7. Орлюк О.П. Финансове право. Академічний курс : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2010. 808 с.
8. Савченко Л.А. Правові основи фінансового контролю : навч. посіб. Київ : Юрінком Інтер, 2008. 504 с.
9. Фінансове право : навч. посіб. / Л.К. Воронова та ін. ; за заг. ред. Н.Ю. Пришви. Київ : Видавництво Ліра-К, 2018. 376 с.
10. Финансовое право : учебник / под ред. Н.И. Химичевой. Москва, 1999. С. 35.

Анотація

Радченко О. М. Система контрольних правовідносин у сфері грошового обігу. – Стаття.

У статті автор зазначає, що фінансово-правовий інститут контролю за грошовим обігом охоплює широку сферу економічної діяльності держави з контролю за грошовими операціями в готівковій та безготівковій формах, валютними операціями, обігу цінних паперів і спрямований на забезпечення функціонування системи зворотних зв'язків у фінансовому механізмі (інформаційний характер); організаційний вплив на процеси емісії і грошового обігу (регулятивний характер); застосування охоронних норм права (правоохоронний характер).

Під фінансовим контролем у сфері грошового обігу запропоновано розуміти комплекс форм і методів організації та управління грошовим обігом у межах національної економіки з метою забезпечення стабільності національної валюти, збалансованого здійснення всіх платежів і розрахунків, запобігання нецільовому використанню публічних і приватних грошових фондів, дотримання вимог фінансової дисципліни та протидії легалізації (відмиванню) доходів, отриманих злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму чи фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення.

Правовідносини у сфері грошового обігу класифіковано на правовідносини, що виникають із приводу порядку проведення емісії готівкових та безготівкових грошових коштів; правовідносини, що виникають із приводу руху готівкових грошових коштів; правовідносини, що виникають із приводу порядку руху готівкової і безготівкової іноземної валюти; контрольні правовідносини у сфері грошового обігу.

Контроль за грошовим обігом включає в себе контроль за готівковим грошовим обігом; контроль за безготівковим грошовим обігом; контроль за валютним обігом (валютний контроль); контроль у сфері протидії легалізації (відмиванню) доходів, отриманих злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення.

Ключові слова: грошовий обіг, грошова система, грошові фонди, іноземна валюта, національна валюта, готівкові розрахунки, безготівкові розрахунки, емісія, грошові правовідносини.

Summary

Radchenko O. M. The system of control legal relations in the sphere of money circulation. – Article.

The author notes that the financial and legal institution of control over money circulation covers a wide range of economic activities of the state to monitor monetary transactions in cash and non-cash forms, foreign exchange transactions, securities circulation and aims to ensure the functioning of feedback system in the financial mechanism (informational nature); organizational influence on the processes of emission and money circulation (regulatory nature); application of protective norms of law (law enforcement character).

The financial control in the field of money circulation is proposed to understand as a set of forms and methods of organization and management of money circulation in the national economy to keep the stability of the national currency, balanced implementation of all payments and settlements, prevention of misuse of public and private funds, financial discipline and countering the legalization (laundering) of proceeds from crime or the financing of terrorism or proliferation of weapons of mass destruction.

Legal relations in the field of money circulation are classified into legal relations arising due to the procedure for issuing cash and non-cash funds; legal relations arising due to the movement of cash; legal relations arising due to the procedure of movement of non-cash funds; legal relations arising due to the procedure of the movement of cash and non-cash foreign currency; control legal relations in the field of money circulation.

Money turnover control includes cash flow control; control over non-cash money circulation; currency circulation control (currency control); control in the field of combating legalization (laundering) of proceeds from crime, financing of terrorism and proliferation of weapons of mass destruction.

Key words: money circulation, monetary system, monetary funds, foreign currency, national currency, cash settlements, non-cash settlements, issue, monetary legal relations.

УДК 347.77.043

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i87.2814>

А. Є. Смородина

ПРОБЛЕМИ УКЛАДЕННЯ ЛІЦЕНЗІЙНОГО ДОГОВОРУ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Наразі ми є свідками перебудови «аналогової» ери в діджитальну (digital), коли суспільство відмовляється від зайвих матеріальних та паперових носіїв інформації, а основний контент створюється та розповсюджується в Інтернеті. Статистика свідчить про неймовірні темпи! Наприклад, згідно з даними за 2019 рік, кожної хвилини в Snapchat завантажувалось 2,1 млн відео, а в Instagram – 46 тисяч фотографій, в YouTube переглядалось 4,5 млн відео; користувачі завантажили на свої прилади 390 030 мобільних додатків [1]. Ще більше вражають сукупні цифри. Так, наприклад, у 2020 році буде створено 1 436 300 000 000 фотографій та очікуване зростання для 2021 року – 12% [2]. Такі темпи змінюють і бізнес-моделі, оскільки, зважаючи на обсяг доступного контенту, доцільним виявляється отримати дозвіл на використання твору, ніж вимагати ексклюзивності чи передачі всіх майнових прав. З одного боку, є обґрунтованою потреба отримання права для короткострокового використання тих об'єктів права інтелектуальної власності, використання яких є одноразовим або тільки одним визначеним способом, для чого необхідно застосувати простий та швидкий інструмент для отримання дозволу правовласника. З іншого боку, завжди є обґрунтованим застосування належних та дієвих механізмів захисту прав володільців об'єктів права інтелектуальної власності від використання третіми особами без дозволу. Однак положення цивільного законодавства України структуровані таким чином, що передбачають стандартний підхід, виходячи з принципів «аналогової» ери, наприклад, загрозу нікчемності в разі недодержання письмової форми ліцензійного договору, обов'язкову ідентифікацію сторін, визнання ліцензійного договору неукладеним за неузгодження всіх істотних умов договору. Таким чином, складається ситуація, коли норми чинного законодавства України щодо укладення ліцензійного договору не в повній мірі відповідають запитам правовласників та користувачів, тому вимагаються нові альтернативні підходи для вирішення сучасних задач, що й зумовлює **актуальність** вибраної теми для дослідження в рамках даної статті.

Питання правового регулювання ліцензійного договору широко досліджується вченими в рамках регулювання чинним цивільним законодавством України (наприклад, В.О. Бажанов, О.В. Басай, Г.М. Грабовська, І.І. Дахно, В.В. Денисюк, В.С. Дмитришин, О.В. Жилінкова, В.В. Луць, О.П. Орлюк, О.І. Харитонова, І.Є. Якубівський), а також ученими, які працювали в радянський період (М.М. Богуславський, Є.П. Гаврилов, М.В. Гордон, Г.Ф. Шершеневич та інші), фахова правова думка яких була покладена у становлення інституту ліцензійних договорів за цивільним законодавством Української РСР, далі – України. У літературі окремі питання щодо укладення ліцензійного договору продовжують досліджуватись.

Наприклад, багато уваги приділяється питанню державної реєстрації ліцензійного договору. Тим не менш, питання правового регулювання укладення ліцензійного договору як послідовність логіко-юридичних дії досліджується вперше.

Відповідно, **метою** є теоретико-правове дослідження та визначення на основі комплексного дослідження положень Цивільного кодексу України та спеціального законодавства у сфері інтелектуальної власності щодо укладення ліцензійного договору та формування висновків щодо основних проблем його застосування. **Об'єктом** дослідження виступають урегульовані нормами цивільного законодавства суспільні відносини, що виникають між суб'єктами з метою укладення ліцензійного договору за законодавством України. **Предметом** дослідження є цивільно-правовий механізм укладення ліцензійного договору згідно з цивільним законодавством України.

Виклад основного матеріалу. Розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності здійснюється на договірній основі. Серед видів договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності, які перераховані у п. 1 ст. 1107 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [3], виділяють ліцензійний договір. Перелічені у ст. 1107 ЦК України договори щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності відносяться до всіх об'єктів права інтелектуальної власності, оскільки глава 75 ЦК України носить узагальнюючий характер. Тем не менш, перелік договорів, наданий у ст. 1107 ЦК України, відрізняється від переліку, що містяться в спеціальному законодавстві. Так, закони про авторське право та про об'єкти промислової власності взагалі не називають договори, що призводить до різної кваліфікації договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності та, зокрема, ліцензійних договорів. Тому можна говорити, що ЦК України закріплює універсальну конструкцію ліцензійного договору, хоча в спеціальному законодавстві з інтелектуальної власності розрізняють авторський договір у сфері авторського права та ліцензійний договір у сфері промислової власності [4, с. 822].

Визначення ліцензійного договору надане у ч. 1 ст. 1109 ЦК України: «за ліцензійним договором одна сторона (ліцензіар) надає другій стороні (ліцензіату) дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності (ліцензію) на умовах, визначених за взаємною згодою сторін з урахуванням вимог цього кодексу та іншого закону». У цьому визначенні надається опис дій сторін без ознак, характерних для такого виду договору про розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності.

Досліджуючи природу ліцензійного договору, більшість учених погоджуються щодо класифікаційних критеріїв ліцензійних договорів, що їх поділяють на двосторонній, консенсуальний та відплатний [5, с. 22]. Саме ці критерії є відправною точкою для подальшого правового аналізу положень ЦК України про укладення ліцензійного договору.

Укладення

Глава 53 ЦК України, яка називається «Укладення, зміна та розірвання договору», входить до Книги 5 «Зобов'язальне право» та розповсюджується на всі цивільно-правові договори, як поіменовані (та регулюються Книгою 5 ЦК України)

та і не поіменовані. Як зазначає С.О. Бородовський, укладення, зміна та розірвання договору є «стрижневим елементом інституту договору» [6, с. 5]. Він визначає порядок укладення, зміни та розірвання цивільно-правового договору як систему правових норм, які визначають вид і характер поведінки учасників цих відносин, а саме регулювання є «формою, що наповнюється змістом через вираження сторонами волі укласти, змінити чи розірвати договір», заявляє С.О. Бородовський [6, с. 8]. В.В. Денисюк наводить визначення, надане А.Г. Биковим, що «порядок укладення договору – це передбачені правовими нормами послідовність і способи оформлення договірних відносин, а способом є певного роду дії, за допомогою яких досягається взаємоузгодженість волі сторін» [7, с. 115], та у свою чергу пропонує власне визначення порядку укладення договору як законодавчо визначений спосіб дій суб'єктів договірних правовідносин, спрямований на виникнення договірного зобов'язання й визначення його змісту [7, с. 117]. Вважаємо, що більш точно визначити порядок укладення договору як послідовність стадій встановлення цивільних прав та обов'язків сторін.

Інша категорія, яка досліджується в цьому аспекті, – це спосіб укладення, при цьому існують різні підходи щодо визначення та співвідношення понять «порядок» і «спосіб» укладення. А.Г. Биков визначає, що способом є певного роду дії, за допомогою яких досягається взаємоузгодженість волі сторін [7, с. 115]. В.В. Денисюк вважає, що поняття «спосіб» недоречно розглядати стосовно загального порядку укладення договору, бо, на його думку, ст. 638 ЦК України передбачає тільки один спосіб укладення договору [7, с. 116]. Інша позиція висловлюється Т.В. Бондарем, що виділяє не один, а різні способи укладення договорів. Так, він виділяє три способи: загальний, спеціальний, судовий [7, с. 116]. Однак інша класифікація здається більш обґрунтованою, коли способи поділяються за мірою свободи волевиявлення: спосіб, за якого договори укладаються на основі вільного волевиявлення (який можна назвати загальним) або в обов'язковому порядку (спеціальний) [8, с. 83–84]. Тобто можна погодитися з позицією, що спосіб і порядок укладення договору збігаються, якщо йдеться про договори, які підлягають укладенню в порядку Глави 53 ЦК України. У такому разі спеціальний порядок передбачає свої особливі способи укладення, наприклад, укладення договору в обов'язковому порядку на торгах, за рішенням суду тощо.

Відповідно до ч. 2 ст. 638 ЦК України встановлюється загальний порядок укладення договору, а саме договір укладається шляхом пропозиції однієї сторони укласти договір (оферти) і прийняття пропозиції (акцепту) другою стороною. Дослідники пояснюють, що виокремлення двох стадій під час укладення цивільного договору мало суттєве значення саме в умовах планового ведення господарства, коли укладення договору було обов'язковим та договір вважався укладеним із моменту отримання замовлення до виконання [9, с. 94]. Умови ринкової економіки диктують інші підходи.

Тобто порядок укладення договору складається з двох послідовних юридично значимих стадій: оферта і акцепт, які застосовуються для загального порядку укладення договору. З огляду на ці передумови побудовані норми ЦК України щодо них.

Оферта

Важливою є норма ч. 1 ст. 641 ЦК України, що пропозицію укласти договір (оферту) може зробити кожна зі сторін майбутнього договору. Іншими словами, суб'єкт авторського права і суміжних прав чи володілець охоронного документу або свідоцтва (ліцензіар) та майбутній користувач (ліцензіат) мають однакові можливості виступити з ініціативою та направити іншій стороні пропозицію укласти договір.

Недоліком вказаної норми є те, що вона не містить переліку умов, які повинна містити оферта. Тим не менш, з положень ст. 641 ЦК України можна зробити достатні висновки, яким умовам має відповідати оферта, а саме: 1) містити істотні умови договору; 2) бути адресованою конкретній особі або особам, оскільки пропозиції, адресовані невизначеному колу осіб, не є офертою; 3) виражати намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття; 4) мати строк для відповіді на пропозицію. Іноді перелічені умови визначають як ознаки оферти, так і визначають ще одну ознаку – оферта має бути «досить виразною», коли зі змісту оферти адресат може зробити правильний висновок про волю оферента [10, с. 91]. Не вбачаємо можливим погодитися з такою позицією, оскільки якщо виконані інші умови, а саме вона містить істотні умови договору (для ліцензійного договору) і намір оферента вважати себе зобов'язаною особою у разі її прийняття (виконати умови ліцензійного договору, як зазначено), це є досить «виразним».

Підтримуємо позицію вчених, які визнають строк для відповіді на пропозицію (ч. 3 ст. 641 ЦК України) обов'язковою умовою оферти. Погоджуємося з позицією, що якщо неможливо негайно отримати відповідь (в тому числі вчинити дії), тобто прийняття оферти особою, якій зроблена пропозиція, оферта повинна містити строк для відповіді. Ще одним аргументом для визнання строку для відповіді на пропозицію суттєвою умовою є право відкликати її до моменту або в момент її одержання адресатом та заборона особі відкликати свою пропозицію протягом нею ж встановленого строку для відповіді на пропозицію.

Таким чином, надалі надаємо детальну характеристику кожної з окреслених вище чотирьох умов, які застосовуються до оферти. Варто наголосити, що, оскільки кожна зі сторін майбутнього ліцензійного договору – ліцензіар або ліцензіат – може надати оферту, передбачається, що оферент повинен належним чином та добросовісно викласти їх в оферті.

Істотні умови

У абз. 2 ч. 1 ст. 638 ЦК України визначено зміст істотних умов: «Істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди». Відповідно, предмет є «абсолютною» істотною умовою будь-якого виду договору, як визначив його І.В. Стрижак [11]. ЦК України та спеціальне законодавство України не містять прямого визначення предмету ліцензійного договору, більш того, це питання є дискусійним через відмінність класичного підходу теорії цивільного права та положення ч. 5 ст. 1109 ЦК України, де зазначено, що «предметом ліцензійного договору не можуть бути права на використання об'єкта права інтелектуальної

власності, які на момент укладення договору не були чинні». Підтримуємо доктринальне визначення предмету договору як дії сторін, що спрямовані на виникнення, зміну й припинення прав і обов'язків сторін договору [12, с. 896].

Оскільки ані ЦК України, ані спеціальне законодавство не містять прямої вказівки на істотні умови ліцензійного договору, наданий у ст. 1109 ЦК України перелік «умов» дослідниками не одноставно визнається за «істотні умови» та, відповідно, ставиться під сумнів обов'язковість та вичерпність його застосування.

У ч. 3 ст. 1109 ЦК України, що містить перелік умов ліцензійного договору, які, однак, не визначаються як «істотні», є «вид ліцензії, сфера використання об'єкта права інтелектуальної власності (конкретні права, що надаються за договором, способи використання зазначеного об'єкта, територія та строк, на які надаються права, тощо), розмір, порядок і строки виплати плати за використання об'єкта права інтелектуальної власності, а також інші умови, які сторони вважають за доцільне включити у договір». Визначення істотних умов ліцензійного договору виходить за межі дослідження даної статті, та ми виходимо з розуміння, що істотними умовами ліцензійного договору є предмет договору, територія та строк, на який дозволено використання об'єкта права інтелектуальної власності, розмір плати за його використання та інші умови, передбачені спеціальним законодавством для окремих об'єктів права інтелектуальної власності.

Якщо оферта стосується права на використання торговельної марки, абз. 2 ч. 8 ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» [13] визнає умову, що якість продукції ліцензіата не може бути гіршою, ніж у власника торговельної марки. Вважаємо, що в разі направлення оферти ліцензіатом виконання цієї умови вбачається сумнівним, оскільки на цій стадії ліцензіат може не мати достатньо інформації щодо вимог ліцензіара про якість продукції або послуг, бо такі вимоги ліцензіара можуть бути встановлені в окремих положеннях про стандарти якості, в тому числі як інформація, що має обмежений доступ; та (або) встановлення права ліцензіара здійснювати перевірку діяльності ліцензіата, яка пов'язана з використанням торговельних марок. Тим не менш, формальне виконання цієї вимоги шляхом розміщення в оферті гарантії оферента щодо контролю якості може бути достатнім, хоча заява ліцензіата про погодження з вимогами ліцензіара до моменту, коли вимоги стануть йому відомі, не можуть вважатися узгодженими належним чином. Таким чином, можна стверджувати, що загальний порядок укладення ліцензійного договору, передбачений ЦК України, проблематично застосувати для укладення ліцензійного договору на використання торговельної марки. Погодження такого договору вимагатиме більшу кількість ітерацій сторін, ніж акцепт оферти.

Адресність

Вимога, що оферта має бути вказана (адресована) конкретній особі або особам, означає, що в ній має бути чітко ідентифікована особа, якій робиться пропозиція укласти договір.

Закон не містить вимог щодо такої ідентифікації. Керуючись загальними положеннями цивільного законодавства України, вважаємо, що достатнім критерієм буде надання інформації про особу (ім'я фізичної особи, як визначено у ст. 28 ЦК

України; найменування юридичної особи, як визначено у ст. 90 ЦК України) та її адресу, якщо планується відправка оферти за допомогою пошти чи інших засобів зв'язку. При цьому, оскільки виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності визнано за суб'єктом права інтелектуальної власності (автором або особою, кому належать майнові права інтелектуальної власності, власником охоронного документа), ця особа має бути ідентифікована як така.

Вбачаємо певну відмінність щодо вимог до оферти для патентних та безпатентних ліцензійних договорів. Якщо інформація про власника охоронного документа є відкритою, та особа ліцензіара може бути підтверджена, то питання належної ідентифікації майбутнього ліцензіара для об'єктів авторського права наразі є дискусійним. Наприклад, відсутність надійного інструменту для майбутнього ліцензіата через ускладнений доступ до інформації про свідоцтва про реєстрацію авторського права на твір, як щодо факту виданих свідоцтв, так і для пошуку потрібної інформації про автора. У цьому напрямі продовжуються розробки та ініціативи. Заслуговує на увагу нова послуга від Всесвітньої Організації з Інтелектуальної Власності (ВОІС), оголошена в травні 2020 року, WIPO PROOF, відповідно до якої ВОІС надаватиме платну онлайн-послугу, в результаті якої буде засвідчено факт існування будь-якого результату інтелектуальної діяльності у формі цифрових файлів у конкретний момент часу та надаватиметься відповідний документ. Чи буде такий документ використовуватись в Україні, покаже час.

Пропозиція укласти договір (оферта) має бути підписана стороною, що її дає, як вимагає ч. 2 ст. 207 ЦК України. Особа, якій адресована пропозиція укласти договір, презюмує, що інша сторона має належну правоздатність для укладення такого договору. Важливо зауважити, що хоча законодавство України не вимагає підтвердження ліцензіаром прав на об'єкт права інтелектуальної власності, права на які передаються за ліцензійним договором, судова практика складається таким чином, що під час розгляду спорів ліцензіар має бути готовий підтвердити всю послідовність передання та отримання прав, починаючи від первинного суб'єкта [14].

Публічна оферта

У літературі зазначається про відмінність оферти, про яку йшлося вище, від публічної оферти. Так, В.В. Денисюк вважає, що основною відмінністю публічної оферти від оферти є її звернення до невизначеного кола осіб [10, с. 91], з чим можна погодитись, оскільки публічна пропозиція передбачена у ст. 699 ЦК України по відношенню до реклами, каталогів чи інших описів товарів, звернених до невизначеного кола осіб. Наразі є дискусійним питання щодо можливості оферти в тих договорах, в яких інша сторона заздалегідь невідома, оскільки «адресність» є однією з головних ознак оферти. Ті, хто припускає, що оферта до невизначеного кола осіб (або «всіх, хто звернеться») можлива, уточнюють, що такі особи мають бути належним суб'єктом цивільних прав (тобто зареєстрованими належним чином юридичними особами та правоздатними фізичними особами) [15, с. 57–58]. Із цим можна погодитись, оскільки в такому випадку договір вважатиметься недійсним.

Наразі не врегульовано питання щодо оферти чи належного правового інструменту повідомлення про умови, на яких ліцензіар пропонує свою продукцію в мережі Інтернет. І якщо для договорів купівлі-продажу чи надання послуг кожному, «хто

звернеться», використовується такий вид договорів, як публічний договір, відповідно до ст. 633 ЦК України, з урахуванням особливостей, що притаманні передачі об'єктів права інтелектуальної власності у використанні, така передача може не мати публічний характер, що вимагає рівності в наданні послуг усім користувачам. Тим не менш, як приклад в Україні можна навести діяльність «УНІАН фотобанк»: відповідно до публічного договору про надання невиключних прав на використання фотопродукції, текст якого розміщено на сайті [16], та який визначається публічною офертою. Встановлено, що оферта набуває сили договору приєднання з моменту здійснення користувачем оплати за отримання дозволу на використання фотографії.

Тим не менш, чинне законодавство не містить виключення (крім можливості укладення договору в усній формі для об'єктів авторського права і суміжних прав для використання в періодичних виданнях) щодо укладення ліцензійного договору в письмовій формі, тому використання такого виду договору, як публічний договір або договір приєднання без фактичного підписання договору сторонами, є таким, що не відповідає вимогам цивільного законодавства України.

Зауважимо, що численні законопроекти про внесення змін до ЦК України для впровадження публічної ліцензії на використання твору (наприклад, законопроект № 2656 від 20.12.2019 року, що перебуває на розгляді комітетів) чи про ліцензійний договір на основі публічної ліцензії (наприклад, законопроект № 7539 від 01.02.2018 року, що повернуто на доопрацювання) широко обговорюються, однак, на жаль, не знаходять своєї підтримки у законодавців.

Намір оферента вважати себе зобов'язаним у разі прийняття оферти

Законодавство України не містить прямої вказівки щодо реалізації цієї норми. На практиці оферент вказує про це в тексті оферти, проставляючи свій підпис як підтвердження його волевиявлення, що встановлено в ч. 2 ст. 207 ЦК України. Вказане реалізується за умов направлення оферти в письмовому вигляді, коли підпис (опціонально – з печаткою для юридичних осіб) проставляється власноручно або з використанням електронного підпису. У такому разі спосіб направлення оферти (передача особисто, поштою, засобами електронного зв'язку, надання доступу для завантаження тощо) не має значення. Однак виникає інше важливе питання – достовірного встановлення особи оферента, котра підписала оферту (автора або особи, яка набула майнові права), а також підтвердження належних повноважень у представника юридичної особи – оферента. Судова практика про визнання недійсним ліцензійного договору свідчить, що укладення договору з перевищенням повноважень виконавчого органу є досить поширеною підставою. Правові наслідки вчинення правочинів із перевищенням повноважень визначено ч. 1 ст. 241 ЦК України. Судова практика підтверджує, що схвалення спірного правочину може відбутися також і у формі мовчазної згоди, і у вигляді певних поведінкових актів (так званих конклюдентних дій) особи – сторони правочину (наприклад, прийняття оплати) [17].

Законодавство України не встановлює як вимогу приєднувати до оферти підтвердуючі документи (наприклад, щодо повноважень підписантів, щодо прав на об'єкти інтелектуальної власності тощо), однак і не забороняє це робити. Вважаємо, що використання цього права оферентом у разі розміщення в Інтернеті публічної оферти є найбільш доречним.

Строк

Статті 643–645 ЦК України визначають дію сторін у залежності від встановлення або не встановлення в оферті строку для її прийняття. Основним є те, що пропозицію укласти договір не можна вважати безвідкличною, оскільки згідно з ч. 3 ст. 641 ЦК України існує можливість її відкликання до моменту або в момент її одержання адресатом. Водночас вона не може бути відкликана протягом строку для відповіді, якщо інше не вказане в самій пропозиції або не випливає з її суті чи обставин, за яких вона була зроблена. Підтримуємо запропоновану С.О. Бородовським класифікацію оферти відповідно до часу її дії, коли оферта: а) може бути негайно акцептована (у договорі між присутніми сторонами); б) діяти з урахуванням часу, необхідного для поштового чи іншого способу її доставки; в) діяти обмежений час, або строк її дії має залежати від виникнення події, вказаної в оферті [6, с. 5].

Форма оферти

На практиці виникають питання щодо форми пропозиції укласти договір, оскільки прямої вказівки на це законодавство не містить. У літературі зазначається, що оферта може бути письмова, усна або вчинена шляхом конклюдентних дій, а ось надання оферти шляхом мовчазної згоди неможливо [10, с. 92], оскільки не відповідає перерахованим вище умовам до оферти та робить неможливим іншим особам взагалі дізнатися про наміри укласти договір.

Усна оферта може бути здійснена, за визначенням В.В. Денисюка, між «присутніми сторонами» [10, с. 91], тобто під час безпосереднього спілкування потенційних ліцензіара та ліцензіата. Оферта в письмовій формі може бути сформульована у вигляді письмової пропозиції (листа) або ж повного тексту договору, підписаного оферентом [18, с. 133], які можуть бути передані за допомогою поштового зв'язку, електронної пошти, факсом [10, с. 92].

Тим не менш, оскільки ліцензійний договір має бути укладено в письмовій формі, оферта також повинна бути оформлена письмово. У цьому контексті доречно посилання на ст. 207 ЦК України щодо вимог до письмової форми правочину, в тому числі за допомогою електронного засобу зв'язку. Одночасно, згідно з ч. 1 ст. 644 ЦК України, допускається зробити пропозицію укласти договір (оферту) усно, за умови негайності отримання відповіді, тобто прийняття оферти особою, якій зроблена пропозиція.

Керуючись положенням ч. 1 ст. 638 ЦК України про те, що договір вважається укладеним, коли сторони досягли згоди щодо всіх істотних умов договору, акцепт пропозиції є оголошенням згоди щодо всіх умов майбутнього договору, які викладені в оферті. Вважаємо, що обсяг та деталізація істотних умов майбутнього ліцензійного договору, що має міститися в пропозиції, встановлюється на розсуд особи, яка надає пропозицію (оферентом).

Враховуючи викладене вище, пропозиція укласти ліцензійний договір (оферта) має бути виражена в письмовій формі, містити істотні умови ліцензійного договору, бути адресованою майбутній стороні договору – ліцензіару або ліцензіату та містити підпис сторони, що направляє пропозицію укласти ліцензійний договір.

Акцепт

Акцепт – це прийняття оферти. Ст. 642 ЦК України щодо прийняття пропозиції містить дві основні вимоги до відповіді, а саме що: відповідь про її при-

йняття (акцепт) має бути (1) повною і (2) безумовною. Повнота акцепту означає, що акцептант приймає всі істотні умови майбутнього договору, визначені оферентом в оферті. Безумовність означає прийняття пропозиції без будь-яких застережень, оскільки відповідь про згоду укласти договір на інших, ніж було запропоновано, умовах є новою офертою.

Щодо (3) вчасності надання відповіді оференту, то відповідь має бути надана у строк, який зазначено в оферті. Закон допускає, що оферта може не містити строк, тоді вважається, що договір є укладеним, коли особа, якій було зроблено пропозицію, негайно заявила про її прийняття (якщо оферта – усна), або коли особа, яка зробила пропозицію, одержала відповідь протягом строку, встановленого актом цивільного законодавства, а якщо цей строк не встановлений – протягом нормально необхідного для цього часу (якщо оферта зроблена письмово).

Закон дозволяє акцептувати оферту шляхом вчинення дії, спрямованої на виконання договору, як встановлено у ч. 2 ст. 642 ЦК України, де наводяться приклади таких конклюдентних дій: «відвантажила товари, надала послуги, виконала роботи, сплатила відповідну суму грошей тощо». У цьому контексті можливість акцепту можлива шляхом оплати ліцензіатом, який виступає акцептантом, визначеної в оферті суми винагороди за використання об'єкта права інтелектуальної власності. Крім того, акцептувати пропозицію можна мовчанням, що може відноситись як до власних дій особи, яка виражає згоду, так і до дій інших осіб. Мовчання не є юридичним фактом та набуває юридичної сили як позитивна або негативна відповідь, що означає, що мовчанням може бути тільки акцепт, на відміну від конклюдентних дій, що можуть бути як офертою, так і акцептом [6, с. 6, 11]. Тим не менш, з урахуванням вимоги щодо письмової форми ліцензійного договору конклюдентна дія чи мовчазна згода не буде вважатися укладенням ліцензійного договору в розумінні вимог ЦК України, оскільки підписання вимагає саме наявність підписів сторін. Акцепт оферти, яка була направлена у формі ліцензійного договору, підписаного оферентом, шляхом її підписання акцептантом, є «ідеальним» прикладом загального порядку укладення ліцензійного договору.

Укладення

Відповідно до ч. 1 ст. 638 ЦК України, договір є укладеним з моменту досягнення згоди сторонами стосовно всіх істотних умов договору. Моментом укладення договору, згідно з ч. 1 ст. 640 ЦК України, є момент одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції. Вважаємо, що в даному випадку необхідно розуміти «момент» як певний день (календарну дату).

Правова природа порядку укладення договору полягає у визнанні його процесом формування волі та її фіксації в умовах договору як домовленості. В.В. Денисюк посилається на роботи радянського вченого І.Б. Новицького, який визначає «домовленість як погоджену волю сторін» та робить висновок, що домовленість складається із зустрічно спрямованих і взаємоузгоджених волевиявлень контрагентів [7, с. 116]. Аналізуючи різні погляди щодо того, що має вирішальне значення – воля чи волевиявлення, В.В. Денисюк робить висновок, що в договорі вирішальне значення має єдність волі й волевиявлення [7, с. 117].

Таким чином, можна говорити про укладення договору, коли відбувається перетворення «фактичних дій у зобов'язально-правові відносини, які виникають із договору» [19, с. 360]. Погоджуємось та доповнюємо визначення, яке надане В.В. Денисюком щодо ліцензійного договору, що консенсуальний договір є укладеним на момент досягнення домовленості сторін по всіх істотних умовах (консенсус) та надання йому необхідної форми (учинення правочину), що відповідає вимозі ч. 2 ст. 639 ЦК України до письмової його форми [7, с. 116].

Письмова форма

Водночас ч. 2 ст. 1107 ЦК України та спеціальне законодавство містять вимогу про укладення ліцензійного договору в письмовій формі. Недодержання письмової форми має наслідком нікчемність ліцензійного договору. За визначенням В.О. Кучер, нікчемний правочин – це дія суб'єктів цивільного права, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків або вчинена без наміру створення правових наслідків, яка у зв'язку з порушенням умов чинності правочину не породжує правових наслідків з моменту вчинення [20, с. 5].

Важливо зауважити, що згідно з ч. 2 ст. 207 ЦК України правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо він підписаний його стороною (сторонами). Відповідно, щодо договору – підписаний сторонами. Дозволяється фіксація правочину в електронних документах, листах чи телеграмах, якими обмінялись сторони. Для електронних правочинів проставлення електронного підпису також є засобом «підписання» договору [21, с. 215]. Незважаючи на те, що законодавством передбачений виняток щодо письмової форми, а саме щодо договору про використання (опублікування) твору в періодичних виданнях, як передбачено у ст. 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права» [22], А.А. Кетрар вважає, що таку форму договору «не можна визнати оптимальною», та підтримує пропозиції, оголошені в літературі, про використання «скороченого» договору, що містить предмет і розмір винагороди, як доказ існування договірних відносин між сторонами [23, с. 131]. Попри те, що такий договір передбачає чітко визначений спосіб використання твору (публікація певного твору в певному виданні) та, скоріш за все, одноразове використання (певний твір в єдиному номері періодичного видання), погоджуємося, що запропонована фіксація домовленостей сторін у письмовій формі слугуватиме підтвердженням належного дозволу від автора на використання твору.

Державна реєстрація

Момент укладення договору може залежати від форми договору. Якщо договір підлягає державній реєстрації, то він є укладеним з моменту його державної реєстрації. Чинне законодавство України не вимагає нотаріального посвідчення та державної реєстрації ліцензійних договорів, однак за вимогою будь-якої сторони договору ліцензійний договір має бути зареєстровано у відповідному реєстрі. Так, існують та діють відповідні нормативно-правові акти щодо порядку внесення даних до державних реєстрів про укладені ліцензійні договори щодо торговельних марок [24], винаходів (корисних моделей) [25] та промислових зразків [26], а також об'єктів авторського права [27]. Проте навіть якщо сторони виявили бажання провести державну реєстрацію укладеного ліцензійного договору, здійснення або не здійс-

нення такої реєстрації не впливає на його укладення [28, с. 44], оскільки державна реєстрація договору не створює самостійну форму договору [29, с. 17].

Погоджуємося, що державна реєстрація ліцензійних договорів, що передбачають насамперед надання виключної ліцензії на використання об'єктів права промислової власності та торговельні марки (для об'єктів авторського права і суміжних прав – на розсуд сторін), має бути максимально дерегульованою [30]. Наприклад, вчинятися виключено шляхом направлення однією зі сторін, яка визначена в ліцензійному договорі, електронного повідомлення про укладення ліцензійного договору з основними його характеристиками (найменування та реквізити сторін) та окремими істотними умовами (предмет договору, строк та територія, на яку надаються права). Така інформація має включатися в державний реєстр, носити вільний та безоплатний доступ.

Висновки. Порядок укладення цивільно-правового договору регулюється на загальних засадах Главою 53 ЦК України. Проведений аналіз норм цієї глави свідчить, що порядок укладення договору, який визначено як загальний, складається із двох стадій – оферти та акцепту та застосовується до всіх цивільно-правових договорів, як поіменованих, так і не поіменованих, у тому числі ліцензійного договору на використання будь-яких об'єктів права інтелектуальної власності.

Вимоги ЦК України щодо умов оферти розповсюджуються на оферту для укладення ліцензійного договору та є такими: оферта має містити істотні умови договору; бути адресованою конкретній особі або особам, оскільки пропозиції, адресовані невизначеному колу осіб, не є офертою; виражати намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною в разі її прийняття; мати строк відповіді (акцепт) оферти. Встановлено, що вимога про адресність є найбільш дискусійною, передусім для встановлення належного ліцензіара, особливо щодо об'єктів авторського права. Визначається, що існуюча система реєстрації авторського права на твір не вирішує наявні проблеми. Прикладом наведено ініціативу WIPO PROOF.

Визначаються проблемні питання укладення ліцензійного договору на використання торговельної марки через необхідність погодження сторонами істотної умови такого договору – умови, що якість товарів (послуг), виготовлених (наданих) за ліцензійним договором, не буде нижчою за якість товарів (послуг) власника свідоцтва, та він здійснюватиме контроль за виконанням цієї умови.

Імперативна вимога закону щодо письмової форми ліцензійного договору є однією з тих особливостей, що впливають на галузь, як і вимога про підписання договору, шляхом проставлення підпису чи електронного підпису. Із цих передумов використання інших правових конструкцій, наприклад, договору приєднання без підпису обох сторін, вбачається як таке, що не відповідає чинному законодавству.

Враховуючи викладене, можна констатувати, що положення ЦК України, які встановлюють вимоги до форми ліцензійного договору, підлягають зміні. Передусім підтримуємо законодавчі ініціативи з урегулювання укладення ліцензійного договору на основі публічної ліцензії та, як передумову, доповнення ст. 1107 ЦК України. Підтримуємо впровадження гнучкого та сучасного інструменту для державної реєстрації ліцензійних договорів (насамперед способом повідомлення) з обов'яз-

ковим механізмом доступу до такої інформації як заходу забезпечення інтересів користувачів об'єктами права інтелектуальної власності.

Вважаємо, що висновки даного дослідження можуть становити науковий і практичний інтерес, а також стати в нагоді для продовження досліджень у цьому напрямі, в тому числі з метою приведення положень цивільного законодавства України у відповідність до сучасних потреб та стану розвитку науки і технологій.

Література

1. This is what happens in a minute on the internet. URL: <https://www.weforum.org/agenda/2019/03/what-happens-in-an-internet-minute-in-2019/> (дата звернення: 30.06.2020).
2. How Many Photos Will Be Taken in 2020? URL: <https://focus.mylio.com/tech-today/how-many-photos-will-be-taken-in-2020> (дата звернення: 30.06.2020).
3. Цивільний кодекс України : Закон від 16.01.2003 р. №435-IV. Дата оновлення: 12.07.2018 р. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 19.08.2020).
4. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. В.М.Коссака. Київ : Істина, 2004. 976 с.
5. Бервено С.М. Проблеми договірного права України : монографія / за ред. С.М. Бервено. Київ : Юрінком Інтер, 2006. 392 с.
6. Бородовський С.О. Укладення, зміна та розірвання договору у цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2005. 20 с.
7. Денисюк В.В. Порядок укладення цивільно-правового договору. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2012. № 3. С. 115–118.
8. Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т.В. Бондар та ін.; за ред. О.В. Дзери. Київ : Юрінком Інтер, 2008. 896 с.
9. Яворська О.С. Договори приєднання : проблеми правового регулювання. *Підприємництво, господарство і право*. 2009. № 10. С. 93–96.
10. Денисюк В.В. Оферта як стадія укладення цивільно-правового договору. *Часопис цивілістики*. 2012. № 14. С. 91–95.
11. Стрижак І.В. Проблема визначення поняття «предмет договору». *Вісник Академії митної служби України*. 2010. № 2. С. 124–129.
12. Цивільне право України: особлива частина : підручник / за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, Р.А. Майданика. 3-е вид., перероб. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2010. 1176 с.
13. Про охорону прав на знаки для товарів і послуг : Закон України від 15.12.1993 р. № 3689-ХІІ. Дата оновлення: 16.08.2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3689-12> (дата звернення: 19.08.2020).
14. Рішення Апеляційного суду м. Києва від 02.10.2013 р. у справі № 22-ц/796/7015/2013. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/34088747> (дата звернення: 19.08.2020).
15. Олюха В.Г. Публічний договір в системі цивільно-правових договорів. *Вісник Академії адвокатури України*. 2005. № 2. С. 53–60.
16. Публічний договір про надання невиключних прав на використання фотопродукції. «УНІАН фотобанк». URL: <https://photo.unian.ua/policy> (дата звернення: 19.08.2020).
17. Постанова Верховного Суду України від 19.08.2014 р. у справі № 3-59гс14. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40289257> (дата звернення: 19.08.2020).
18. Цивільний кодекс України. Постатейний коментар у двох частинах / за заг. ред. проф. А.С. Довгерт, проф. Н.С. Кузнецова. Київ : Юстініан, 2005. Т. 2. 1008 с.
19. Дмитришин В.С. Міжнародний досвід правового регулювання відносин у сфері франчайзингу. *Часопис цивілістики. Науково-практичний журнал*. 2012. Вип. 13. С. 90–94.
20. Кучер В.О. Нікчемні правочини : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Львів, 2004. 16 с.
21. Право інтелектуальної власності: підручник для студентів вищих навч. закладів / за ред. О.А. Підопригори, О.Д. Святоцького. Київ : Видавничий Дім «Ін Юре», 2002. 624 с.
22. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23.12.1993 р. № 3792-ХІІ. Дата оновлення: 23.12.1993 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3792-12/ed19950228> (дата звернення: 19.08.2020).

23. Кетрар А.А. Щодо визначення правової природи авторського договору. *Часопис цивілістики : Науково-практичний журнал*. 2012. Вип. 13. С. 129–133.

24. Про затвердження Інструкції про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстру відомостей про передачу права власності на знак для товарів і послуг та видачу ліцензії на використання знака (міжнародного знака) для товарів і послуг : Наказ Міністерства освіти і науки України від 03.08.2001 р. № 576. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0718-01t> (дата звернення: 19.08.2020).

25. Про затвердження Інструкції про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстру відомостей про передачу права власності на винахід (корисну модель) та видачу ліцензії на використання винаходу (корисної моделі) : Наказ Міністерства освіти і науки України від 16.07.2001 р. № 521. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0644-01> (дата звернення: 19.08.2020).

26. Про затвердження Інструкції про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстру відомостей про передачу права власності на промисловий зразок та видачу ліцензії на використання промислового зразка : Наказ Міністерства освіти і науки України від 03.08.2001 р. № 574. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0716-01> (дата звернення: 19.08.2020).

27. Про державну реєстрацію авторського права і договорів, які стосуються права автора на твір : Постанова Кабінету Міністрів України від 27.12.2001 р. № 1756. Дата оновлення: 06.11.2019 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1756-2001-%D0%BF#Text> (дата звернення: 19.08.2020).

28. Коваль І.Ф. Законодавче забезпечення державної реєстрації у сфері передавання майнових прав інтелектуальної власності. *Право і інноваційне суспільство*. 2015. № 1 (4). С. 42–48.

29. Зазуляк І.І. Істотні умови договору: теоретичний аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2019. 68 с.

30. Смородина А.С. Державна реєстрація ліцензійного договору: до історії питання. *Проблеми теорії та практики судової експертизи з питань інтелектуальної власності* : матер. наук.-практ. конф. (21 грудня 2017 р., м.Київ) ; за заг. ред. проф. В.Л. Федоренка. Київ : Видавництво Ліра-К, 2017. С. 75–78.

Анотація

Смородина А. С. Проблеми укладення ліцензійного договору за законодавством України. – Стаття.

Порядок укладення ліцензійного договору не регулюється окремо, на нього розповсюджуються норми Глави 53 Цивільного кодексу України. Однак системний аналіз його норм виявив, що вимога законодавства про обов'язкову письмову форму ліцензійного договору на практиці стає перепорою, оскільки не відповідає вимогам суспільства, в т.ч. для отримання дозволу на використання об'єктів авторського права в Інтернеті. Досліджено проблеми реалізації кожної стадії укладення ліцензійного договору – пропозиції однієї сторони укласти договір (оферти) і прийняття пропозиції (акцепту) другою стороною, в тому числі виходячи з того, що кожна зі сторін (ліцензіар та ліцензіат) майбутнього договору можуть зробити оферту. Щодо оферти проаналізовані умови, яким має відповідати оферта: містити істотні умови договору; її адресність; містити намір оферента вважати себе зобов'язаним у разі її прийняття; умова про строк на акцепт оферти. Ці умови проаналізовані через призму обов'язкової вимоги щодо письмової форми договору та його підписання сторонами як умови укладеності. Звертається увага на відмінність оферти від публічної оферти. Обґрунтовано застосування письмової форми до оферти. Щодо акцепту проаналізовані його умови як повної, безумовної і вчасної відповіді про прийняття пропозиції. Вказане завершується дослідженням питання укладеності ліцензійного договору. Визначаються проблемні питання під час укладення ліцензійного договору на використання торговельної марки через погодження істотної умови такого договору – умови, що якість товарів (послуг), виготовлених (наданих) за ліцензійним договором, не буде нижчою за якість товарів (послуг) власника свідчення, та він здійснюватиме контроль за виконанням цієї умови. Виокремлюються окремі проблемні питання для використання об'єктами авторського права, а саме щодо ідентифікації належного автора та ліцензіара. Наводяться відповідні приклади із застосування норм на практиці. Визначається проблематика щодо державної реєстрації ліцензійних договорів та заявляється про підтримку запровадження системи державної реєстрації.

Ключові слова: розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, ліцензійний договір, оферта, акцепт, договір приднання.

Summary

Smorodyna A. Ye. Issues on concluding a license agreement under the legislation of Ukraine. – Article.

The procedure for concluding a license agreement is not regulated apart, so the provision of Chapter 53 of the Civil Code of Ukraine applies. However, a systematic analysis of its provisions revealed that the requirements of the legislation on the mandatory written form of the license agreement becomes an obstacle for getting a due permission on use copyrighted works, namely in the Internet. We considered the issues on realization of each stage of concluding a license agreement – both proposals of one party to conclude an agreement (offer) and acceptance of an offer (acceptance) by the other party, including based on the fact that each party (licensor and licensee) can make an offer. We analyzed mandatory terms of the offer. The offer must contain the essential terms of the further agreement; identify the due receiver; contain the provision with an intention of the bidder to consider itself obliged in case of its acceptance; and the deadline for acceptance of the offer, which were reviewed from the perspective of mandatory written form requirement and its due signing by the parties. Attention is drawn to the difference between an offer and a public offer. The application of the written form to the offer is confirmed. We analyzed the conditions of the acceptance which are complete, unconditional and timely response to accept the proposal. Mentioned is related to treat a license agreement as concluded. Problematic issues are also identified when concluding a license agreement for the use of a trademark when parties need to agree on its essential term – the term which set forth that the quality of the products (services), produced (rendered) under the license agreement, won't be lower than the quality of products (services) made by the trademark owner and latter controls the execution of the said term. There are some problematic issues for the use of copyright objects, namely, the identification of the appropriate author and the licensor. Relevant examples are given. The issue of state registration of license agreements is identified and supported, including for the introduction of the state registration system.

Key words: intellectual rights disposal, license agreement, offer, acceptance. adhesion contract.

УДК 342.9

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i87.2815>*М. П. Стрюк*

ДОСВІД США В СИСТЕМІ УПРАВЛІННЯ СЕКТОРОМ БЕЗПЕКИ І ОБОРОНИ

Постановка завдання. Сьогодні розвинені демократії зіштовхнулися із рядом фундаментальних викликів. Поруч із загрозами тероризму, війнами значною проблемою постає небезпека поширення нових вірусів на кшталт сучасної коронавірусної пандемії. Водночас Україна лише нещодавно в історичному контексті отримала можливість розбудовувати власну національну державність за зразком передових ліберальних демократій та держав Західного світу. Відповідно, задля того щоб відповідати найкращим західним стандартам в питаннях управління сектором безпеки і оборони, слушним постає фундаментальне вивчення відповідного досвіду та дослідження можливостей його впровадження в Україні із урахуванням місцевих особливостей. Таким чином, зазначена в назві статті проблематика в сучасних умовах має значну актуальність.

Стан опрацювання. Питаннями дослідження іноземного досвіду управління сектором безпеки і оборони, зокрема й відповідним сектором США, займалися та займаються такі зарубіжні та українські дослідники й фахівці в галузі національної безпеки: Н. Городня, Г. Пісковська, А. Рубан, Г. Ситник, Д. Снайдер, Н. Яковенко та інші.

Метою статті є висвітлення особливостей нормативного врегулювання питання управління сектором безпеки і оборони США, характерних рис механізму управління відповідним сектором зі сторони найвищого керівництва США.

Виклад основного матеріалу. Цілком слушним у питаннях висвітлення особливостей управління сектором безпеки розвинених демократій згадати найпотужнішу державу світу, яка будувала сучасні власні інституції та систему управління протягом ХХ – ХХІ ст., США. Варто зауважити, що завдання та виклики, які стояли перед США в ХХ ст. та на початку ХХІ ст., зазнали суттєвої трансформації. У ХХ ст. після закінчення Другої світової війни США опинились в так званому біполярному світі, де СРСР загрожував існуванню усієї конструкції Західного ліберального світу, лідером якого виступали якраз США. Після розпаду Радянського союзу та зникнення біполярної системи на перший план серед загроз національній безпеці США вийшли міжнародний тероризм, економічні виклики, швидкі та небезпечні зміни клімату тощо. Наразі за економічне лідерство у світі із США починає серйозно конкурувати КНР, в якому пропагується комуністична ідеологія та існує недемократичний режим.

У дисертаційному дослідженні А. Рубан аналізує ті основні принципи, які були сформовані в США після закінчення Другої світової та діяли протягом усієї Холодної війни, тобто періоду протистояння із Радянським союзом. Першим принципом автор називає пріоритетність у процесі формування державної політики й стратегії у сфері забезпечення національної безпеки усунення військових загроз Штатам

та їхнім союзникам. Другим ключовим принципом постає закріплення принципу залякування та стримування дій супротивника в концептуальних та засадничих документах США, що реалізувалось у розробці найбільш небезпечних, смертоносних та технологічних видів зброї (ядерна зброя масового знищення, побудова авіаносців тощо). Третім виступав принцип переваги під час реалізації політики та стратегії національної безпеки жорстких військових заходів перед політико-дипломатичними та економічними (санкції тощо). Тут варто зауважити, що, на жаль, нинішні світові реалії вказують на низьку ефективність реалізації політики суто дипломатичних, економічних та політичних заходів. Ще одним принципом поставала наявність погоджень у концептуальних документах щодо забезпечення національної безпеки США із захистом їх від зовнішньополітичних та військово-політичних позицій. Під час розробки таких документів влада США використовувала та спиралась у першу чергу на експертну думку фахівців у сфері національної безпеки і оборони, а також зовнішньої політики [3, с. 90].

Коли соціалістичний табір під проводом Радянського союзу та Організацію Варшавського договору було зруйновано, США залишилися єдиною на той час наддержавою, лідером найпотужнішого військового альянсу світу – НАТО, концептуально загроза військової агресії проти США втратила пріоритетність перед економічними, екологічними, терористичними загрозами. На таку зміну ситуації було відредагровано шляхом внесення корективів щодо концептуальних документів у сфері безпеки, а також до підходів щодо реалізації державної політики у відповідній сфері. Це стало проявлятися вже за періоди каденції Дж. Буша-старшого та Б. Клінтона (саме за нього відбулась відмова від норм в доктринальних документах, які були базовими в умовах протистояння із Радянським союзом [3, с. 91].

Разом із тим, не дивлячись на те, що доктринальні документи в питаннях концептуальних підходів щодо національної безпеки зазнавали суттєвих змін в США, варто наголосити, що в США чітко визначені повноваження та процедури взаємодії інституту сектору безпеки, а також роль та місце в системі управління політичної, адміністративної, військової складових частин державного управління національної безпеки визначені законом від 1947 р. «Про національну безпеку», який чинний і на даний момент [4, с. 251].

Загалом, в іноземних державах одними із найважливіших документів загалом сфери забезпечення національної безпеки та, зокрема, в питаннях процесу прийняття рішень та управління займають концептуальні засадничі документи політичного характеру. Здебільшого їх називають у відповідності з національними традиціями та особливостями, однак у цілому згідно з функцією вони типові: в США це Стратегія національної безпеки США, у ФРН це «Біла книга» про безпеку, в Туреччині – «Політичний документ про національну безпеку». У цілому такі документи висвітлюють систему офіційних поглядів на роль відповідної держави у світовому порядку, її національні цінності, завдання, цілі та інтереси, яких вона намагається досягнути та забезпечити зовнішній та внутрішній політиці, разом із тим містить і норми про сили, засоби та способи попередження або знешкодження загроз як ззовні, так і зсередини держави. На основі таких стратегій вибудовується законодавча база, яка вже визначає основи організації

та принципи функціонування системи забезпечення національної безпеки. Водночас такі стратегічні документи містять положення, які стають орієнтиром для формування та реалізації єдиної загальнодержавної політики у сфері захисту національних інтересів, розробки більш вузьких концепцій та доктрин забезпечення національної безпеки в найважливіших сферах на кшталт військової, міжнародної, економічної, екологічної, інформаційної [2, с. 3–4]. Варто зауважити, що Україні задля ефективної реінтеграції тимчасово окупованих територій Донбасу і тимчасово анексованих територій АР Крим необхідно формувати ґрунтовну доктринальну та концептуальну систему.

У теорії державного управління національною безпекою існують значні відмінності між поняттями концепцій, стратегій та доктрин у сфері національної безпеки. Г. Ситник вказує, що під поняттям «концепція» розуміється деяка керівна, концептуальна ідея (провідний задум, конструктивний принцип, головна думка). Поняття «доктрина» може бути ідентифіковано як теорія, вчення, що, як відомо, передбачає наукове обґрунтування певної системи принципів, поглядів, настанов. Тобто можна говорити, що в межах доктрини здійснюється подальший розвиток концептуальної ідеї, сформульованої в концепції, який, у кінцевому рахунку, набирає обрисів певної теоретичної конструкції. Поняття «стратегія» асоціюється з такими ключовими словами, як «рішення», «цілі», «мистецтво». Останнє має підкреслити, що процес розробки рішень, які спрямовані на розв'язання тих чи інших проблем (політичних, воєнних та інших), є мистецтвом. Тому метою «стратегії» є деталізація системи поглядів, принципів і настанов, які знайшли своє відображення в «доктрині». Таким чином, у контексті послідовної деталізації та уточнення принципів, підходів, напрямів, цілей, завдань і т.д. щодо розв'язання комплексної проблеми забезпечення національної безпеки має місце ієрархія керівних документів: концепція – доктрина – стратегія» [4, с. 248].

У США щодо формулювання Стратегій національної безпеки (яке відбувається вже десятиліттями) виділяється певна типова структура та елементи у вигляді фундаментальних інтересів (або постійних інтересів), які проявляються у формі забезпечення національної безпеки, процвітання та свободи американського громадянського суспільства; доктрини, яка забезпечує національні інтереси в розумінні конкретного діючого президента США та місія держави, її цілі та завдання у відповідності із сучасними реаліями; визначених цільових установок, які будуть реалізовуватись силами суб'єктів національної безпеки, якими в США можуть поставати президентські адміністрації, державні структури, групи впливу, комерційні та некомерційні організації тощо) [2, с. 4; 6, с. 2–14].

В історичному контексті, до речі, вперше берекову стратегію запропонував Р. Ніксон ще в 1986 р., коли після прийняття закону Голдуотера-Нікольса (внаслідок специфіки двопалатного парламенту в Конгресі закони часто асоціюють за традицією з ініціаторами розгляду законопроекту) передбачалось, що «Стратегія національної безпеки» стала обов'язковим засадничим документом для кожної нової адміністрації президента США (тобто нова повинна з'являтися через кожні чотири роки). Н. Яковенко та Г. Піскорська зазначають, що кожна з таких стратегій базується на принципах абсолютної переваги США у воєнному, технологічному, інфор-

маційному та економічному плані. Разом із тим серед останніх інструментів передбачена важлива роль невійськових засобів стримування [5, с. 39]. Разом із тим вперше, наприклад, у «Стратегії» адміністрації Б. Обама 2010 р. містилась низка новацій щодо тактичних та стратегічних засад, а саме вперше в системі управління сферою безпеки пропонувалось інтегрувати основні інструменти американської потужності – дипломатію, військову силу, економічні важелі, розвідку, сили забезпечення внутрішньої безпеки. Водночас у даному документі виділялись чотири стратегічні елементи: безпека, економічний розвиток, просування «універсальних цінностей», зміцнення світового порядку в умовах американського домінування у вирішенні усіх загальносвітових або регіональних важливих проблем [5, с. 41]. Особливістю системи управління в США сектором безпеки і оборони полягає в те, що в подібних стратегіях передбачалось активний розвиток взаємодії із іншими союзниками за блоком НАТО (ФРН, ВВ, Франція та інші держави).

Національна стратегія 2015 р., запропонована знову адміністрацією Б. Обама, відрізнялась від попередньої. Із цього привозу Н. Городня зазначає, що через усю Стратегію 2015 р. проходить теза про потребу лідерства США у сучасному світі, оскільки лише в цьому разі може бути гарантована їхня безпека, яка не обмежується кордонами держави. У вступі відзначається існування консенсусу серед різних політичних сил США щодо необхідності американського лідерства; питання полягає тільки в тому, як його реалізувати. Як зазначається, США здійснюють лідерство з позиції сили. Проте «розумна» стратегія національної безпеки не покладається лише на військову силу. Концепція «розумної сили... передбачає вдосконалення, збалансування й інтеграцію усіх силових інструментів: оборони, дипломатії, економіки, допомоги з розвитку, внутрішньої безпеки, розвідки, стратегічних комунікацій, потенціалу американського народу і приватного сектора» [1, с. 5–9]. Разом із тим забезпечення даної Стратегії також передбачалось шляхом залучення широкої коаліції союзних держав задля вирішення міжнародних конфліктів та проблем.

Затверджена Д. Трампом у грудні 2017 р. нова Стратегія національної безпеки передбачала також нові положення та виклики, які стоять перед США. Якщо раніше головними загрозами вважались терористичні організації (які також є серед переліку загроз), тут були зазначені конкретні держави – КНР, Іран, Російська Федерація, Північна Корея [7, с. 25].

Разом із тим, окрім розроблення адміністраціями президентів США Стратегій, президент щорічно повинен звітувати перед Конгресом щодо її виконання. Такий всебічний звіт подається в день, коли президент подає законопроект про федеральний бюджет на наступний фінансовий рік. Кожен подібний звіт повинен містити ряд важливих елементів, серед яких постають вичерпний опис та обговорення: світових інтересів, цілей та завдань США, які є життєво необхідними для національної безпеки США; зовнішня політика, національні інтереси й обов'язки у світі та національна обороноздатність США, яка передбачає ліквідацію загроз та агресії й допомагає реалізувати стратегію національної безпеки; запропоновані коротко-строкові та довгострокові плани із використання політичних, економічних, військових та інших елементів федеральної влади США для захисту та просування

інтересів та досягнення цілей і завдань, які життєво необхідні для національної безпеки США; адекватність можливостей США із реалізації стратегії національної безпеки США, що включає оцінку балансу між можливостями всіх елементів національної влади США для підтримки реалізації стратегії національної безпеки; інші заходи, які можуть бути корисними для інформування Конгресу щодо питань, які стосуються стратегії національної безпеки США [6, с. 1–2]. Такий звіт президент США подає у двох форматах – засекреченому та такому, що може міститись у загальному доступу.

Після рівня Стратегії конкретні завдання усьому сектору безпеки і оборони формулюються в зазначених вже директивах (частково або повністю секретні) вищого органу державної влади, який відповідальний за реалізацію політики у сфері національної безпеки. Потім, спираючись на норми концептуального документа, себто певної доктрини, чітких директив, вже галузеві відомства, які відповідають за реалізацію політики із забезпечення національної безпеки і оборони, окреслюють необхідні до виконання завдання, займаються розподіленням сил та засобів, формують концепції та доктрини в конкретних сферах (військова, економічна, інформаційна, зовнішньополітична).

Конкретні завдання структурам сектору безпеки і оборони країни формулюються у відповідних директивах (які можуть бути повністю або частково секретними) вищого органу, відповідального за реалізацію державної політики у сфері національної безпеки. На підставі проголошеної доктрини (концептуального документа), а також конкретних директив, галузеві відомства, відповідальні за практичну реалізацію політики забезпечення національної безпеки, визначають завдання, розподіляють сили й засоби, розробляють окремі концепції і доктрини у різних сферах (зовнішньополітичній, військовій, економічній, інформаційній та інших). Важливе значення в забезпеченні ефективності процесу прийняття рішень у сфері національної безпеки має закріплений у законодавстві чіткий розподіл відповідальності. Ще одним важливим фактором забезпечення системи управління та прийняття рішень в секторі безпеки і оборони постає в США чітке законодавче розмежування та розподіл відповідальності [2, с. 3–4].

Серед особливостей механізму прийняття управлінських рішень у відповідності до законодавства у сфері безпеки і оборони США виділяють: поєднання в особі президента повноважень голови держави та голови виконавчої гілки влади; в питаннях співіснування сильної президентської влади й Конгресу розгалуженої системи стримувань і противаг; наявність у питаннях прийняття рішень у сфері забезпечення національних інтересів у нормотворчому процесі в руках президента значних повноважень. Акти президента у сфері національної безпеки та оборони оформлюються у вигляді президентських директив (із фактичною силою закону). Директиви можуть стосуватись рішень із надзвичайних ситуацій (наприклад, застосування ядерної зброї у разі відповідного удару по території США), стихійні лиха тощо; рішення, які визначають зовнішньополітичний курс й політику в сфері безпеки; рішення військово-політичного та економічного характеру (розвиток війська тощо); рішення, що стосуються поточних зовнішньо або внутрішньополітичних проблем США [2, с. 5].

Висновки. Таким чином, США в питаннях побудови сучасної системи національної безпеки і оборони пройшли тривалий час становлення. Після Другої світової війни засадничі та фундаментальні документи у сфері безпеки й відповідне законодавство реагувало на ті виклики, які постали перед США, разом із тим подібні документи зазнавали трансформації. Після розпаду СРСР головними загрозами перед США поставали терористичні організації. Згодом до головних загроз у таких документах стали визначатись економічні та екологічні проблеми. У стратегії національної безпеки США адміністрації Д. Трампа вперше за тривалий час загрозою стали вважатись конкретні держави: КНР, Іран, Російська Федерація, Північна Корея. Варто наголосити на ефективності механізму прийняття управлінських рішень в США, коли разом із налагодженою системою стримувань і противаг президент США має значні повноваження стрімко реагувати на зовнішні та внутрішні виклики й визначати основні засади зовнішньої політики США.

Література

1. Городня Н. Стратегія національної безпеки США 2015 р.: нові акценти і пріоритети. *Вісник Київського університету. Історія*. 2014. Вип. 5(123). С. 5–9.
2. Забезпечення безперервності процесу управління у сфері національної безпеки. Аналітична записка. *Національний інститут стратегічних досліджень*: веб-сайт. URL : <http://old2.niss.gov.ua/articles/3257/> (дата звернення 2.10.2020)
3. Рубан А.В. Державне управління у сфері національної безпеки України : дис. ... канд. держ. упр. : 25.00.05 / Національний університет цивільного захисту України, Харків, 2019. 253 с.
4. Ситник Г.П. Державне управління у сфері національної безпеки (концептуальні та організаційно-правові засади) : підручник Київ : НАДУ, 2012. 544 с.
5. Яковенко Н., Піскорська Г. Пріоритети міжнародно-політичної діяльності США в стратегіях національної безпеки. *Американська історія та політика*. 2016. № 2. С. 38–47.
6. Snider D.S., The National Security Strategy: Documenting Strategic Vision. Strategic Studies Institute, U.S. Army War College. Carlisle Barracks, March 15, 1995. p. 21 p.
7. The National Security Strategy of the United States of America. *Whitehouse.gov*: веб-сайт. 68 p. URL : <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2017/12/NSS-Final-12-18-2017-0905.pdf> (дата звернення: 5.10.2020).

Анотація

Стрюк М. П. Досвід США в системі управління сектором безпеки і оборони. – Стаття.

У статті йдеться про нормативні засади й доктринальні документи, які визначають основні пріоритети та принципи, що використовуються під час реалізації зовнішньої та внутрішньої політики Сполученими Штатами Америки у сфері національної безпеки і оборони. Зазначаються принципи, які сформулювались в США під час Холодної війни з Радянським союзом (пріоритет усунення військових загроз США та союзників, принцип стримування та залякування супротивників США в засадничих документах, принцип переваги жорстких дій у вирішенні конфліктів, які можуть загрожувати національній безпеці США). Акцентовано увагу, що після розпаду Радянського союзу загроза повномасштабної військової агресії проти США постає в документах на другий план, а на перший виходять тероризм, економічні та екологічні проблеми. Наголошується, що в США, окрім доктринальних та концептуальних документів, щодо сектору безпеки і оборони діє закон 1947 р. «Про національну безпеку», який чітко визначає процедурні аспекти взаємодії та повноваження усього інституту сектору безпеки і оборони. Вказуються основні відмінності та зміст понять «концепція», «доктрина», «стратегія» в теорії державного управління сектором безпеки і оборони. Наголошується, що в США існують загальні елементи та закономірності щодо цілей Стратегії національної безпеки у вигляді фундаментальних інтересів США: забезпечення національної безпеки, процвітання та свободи американських громадян, доктрини про національні інтереси в розумінні кожного президента, визначення цілей та завдань, місця США у світовому порядку, визначення завдань, які будуть реалізовуватись суб'єктами сектору національної безпеки та оборони США. Наводяться в дослідженні відмінності

щодо основних засад стратегій національної безпеки від адміністрацій Б. Обама 2010 р. та 2015 р., а також Д. Трампа 2017 р. Наводяться особливості механізму прийняття управлінських рішень у відповідності до законодавства у сфері безпеки і оборони США.

Ключові слова: Стратегія національної безпеки, доктрина, концепція, США, адміністрація президента, терористична загроза.

Summary

Striuk M. P. US experience in security and defense management system. – Article.

The article discusses the normative principles and doctrinal documents that define the main priorities and principles used in the implementation of foreign and domestic policy of the United States in the field of national security and defense. The principles formulated in the United States during the Cold War with the Soviet Union (priority to eliminate US military threats and allies, the principle of deterrence and intimidation of US opponents in the basic documents, the principle of priority of tough action in resolving conflicts that may threaten US national security). It is emphasized that after the collapse of the Soviet Union, the threat of full-scale military aggression against the United States appears in the background, and terrorism, economic and environmental issues come to the fore. It is noted that in the United States, in addition to doctrinal and conceptual documents on the security and defense sector, there is a law of 1947 "On National Security", which clearly defines the procedural aspects of interaction and powers of the entire institution of the security and defense sector. The main differences and content of the concepts "concept", "doctrine", "strategy" in the theory of public administration of the security and defense sector are indicated. It is emphasized that in the United States there are common elements and patterns regarding the goals of the National Security Strategy in the form of fundamental US interests: ensuring national security, prosperity and freedom of American citizens, doctrines of national interests in understanding each president, defining goals and objectives, defining the tasks that will be implemented by the subjects of the US national security and defense sector. The study presents differences in the basic principles of national security strategies from the B. Obama administrations in 2010 and 2015, as well as D. Trump in 2017. The features of the mechanism for making management decisions in accordance with US security and defense legislation.

Key words: National security strategy, doctrine, concept, USA, presidential administration, terrorist threat.

УДК 340

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i87.2816>*Н. П. Харченко*

ВИДИ СТРАТЕГІЧНИХ ПРАВОВИХ АКТІВ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ

Стратегічні правові акти є новим та нерозробленим предметом загальнотеоретичної науки, попри давню практику створення, ухвалення та застосування вищими вітчизняними та закордонними державними органами. Нині вони посідають значне місце в упорядкуванні суспільних відносин у різних сферах життєдіяльності суспільства та функціонування державних інституцій. Навіть є базисом для створення багатьох магістральних нормативно-правових актів України. Таку тенденцію також спостерігають й інші науковці та зауважують, що «<...> за останнє десятиліття з'явилося безліч документів нетипової правової природи – концепції, доктрини, програми, прогнози розвитку <...>» [1, с. 5].

Попри їхню важливу роль в упорядкуванні суспільних відносин варто визнати недостатній рівень дослідження та формулювання чітких наукових поглядів щодо визначення правової природи, доктринальної дефініції, ознак, специфіки стратегічних актів як виду нормативно-правового акта, так і розкриття їх класифікації й аргументованих критеріїв для диференціації.

Отже, наукова невизначеність та неоднозначність у наукових колах щодо таких питань, як значення та роль стратегічних актів у вітчизняному законодавстві, їхнє місце в ієрархії нормативно-правових актів України, зумовили актуальність написання цієї наукової статті.

Метою написання даної наукової статті є окреслення загальнотеоретичних засад класифікації стратегічних актів у вітчизняній юридичній доктрині для більш ґрунтовного окреслення їхньої правової природи в системі законодавства України. Тому автором поставлені такі завдання: розкрити особливості стратегічних правових актів у системі законодавства України; дослідити наукові позиції щодо класифікації правових актів, зокрема й стратегічних; запропонувати авторське бачення класифікації стратегічних правових актів.

Як ми вже зазначали, класифікація стратегічних правових актів як предмет дослідження є нерозробленим питанням на рівні загальнотеоретичної науки. Однак вагоме значення для розуміння цієї проблематики мають праці С. Гусарева, А. Завального, Ю. Максименко, О. Мінченко, М. Пендюри, О. Тихомирова, О. Тюріної та інших.

Тривалий час стратегічні правові акти були насамперед частиною правового регулювання суспільних відносин у сфері національної безпеки України. Однак у жодному з нормативно-правових актів не було нормативно визначено перелік стратегічних актів. Лише з ухваленням нової редакції Закону України «Про національну безпеку України» від 21 червня 2018 р. було визначено деякі види стратегічних правових актів, а також порядок розроблення, ухвалення та зміст деяких

видів стратегій. Хоча забезпечення реалізації державної політики у сферах національної безпеки й оборони здійснюється шляхом розроблення не лише стратегій, а й інших стратегічних актів: концепцій, програм, планів розвитку органів сектора безпеки і оборони (ст. 25) [3].

Нині стратегічні правові акти не лише важлива частина національно-безпекового законодавства, а й вагомий інструмент правової політики в інших сферах. Однак і досі їх перелік, особливості й ієрархія не визначені в жодному нормативно-правовому акті, а також у відповідних законопроектах. І навіть щорічне збільшення кількості стратегічних правових актів у вітчизняному законодавстві не сприяє активізації правотворців щодо усунення цієї прогалини у праві. Ситуація ускладнюється також тим, що відсутні широкі наукові дискусії у вітчизняній правовій доктрині щодо цього.

Отже, з метою розкриття питання класифікації стратегічних правових актів уважаємо за необхідне окреслити концептуальні засади, що зумовлюють авторське бачення їх місця й значення у правовій доктрині та вітчизняній системі законодавства. Зокрема, стратегічні акти:

1) є самостійною правовою категорією та предметом дослідження загальнотеоретичної науки, а також важливим елементом системи законодавства України;

2) є особливими, нетиповими, нетрадиційними правовими актами, а також засобами правового регулювання;

3) здебільшого є взаємопов'язаними та взаємозалежними один з одним, оскільки кожен із них виконує різні ролі у правовому регулюванні суспільних відносин;

4) детермінують розроблення й ухвалення нових як стратегічних, так і «класичних» нормативно-правових актів;

5) переважно ухвалюються «пакетом» від загального стратегічного правового акта, де закріплюються концептуальні засади правового регулювання тієї чи іншої сфери суспільних відносин, мета, напрями, завдання державного та суспільного розвитку (основи державної політики, доктрина, концепція, щорічні послання тощо), до «конкретизуючих» правових актів, де визначаються механізм, процедура та строки реалізації концептуальних положень (стратегія, програма, план дій тощо);

6) не мають нормативно уніфікованої ієрархії, однак найбільш розповсюдженими є такі моделі взаємозв'язку:

– Доктрина → Концепція → Стратегія → Програма → План (А. Баровська) [4];

– Концепція → Доктрина → Стратегія → Програма (Г. Ситник) [5];

– Стратегія → Концепція → Доктрина → Програма (А. Кузьменко) [6];

– Концепція → Стратегія → Доктрини → Програми (В. Ліпкан) [7];

– Доктрина → Стратегія → Програми → Плани (Н. Харченко) [8; 9] тощо;

7) не впливають на виникнення суб'єктивних прав, не накладають юридичних обов'язків, не визначають заходів юридичної відповідальності, не змінюють правового статусу суб'єктів і не є підставою для виникнення, зміни або припинення правовідносин, але ухвалюються відповідно до законодавства, на підставі тих норм і принципів правотворчості, які використовуються під час ухвалення всіх «кла-

сичних» нормативно-правових актів, а також у межах компетенції суб'єктів правотворчості, зокрема й вищих органів державної влади;

8) не мають науково узгодженої юридичної категорії та легальної дефініції, що сприяє плюралізму наукових підходів щодо назви таких актів («доктринальні акти», «програмні документи», «концептуальні акти», «акти програмно-директивного характеру», «квазінормативні акти», «стратегічні правові акти», «стратегічні акти»);

9) характеризуються часто-густо невідповідністю назви стратегічного правового акта змісту правових норм, які містяться в ньому, тобто не враховуються особливості та мета конкретного стратегічного правового акта, а також підпорядкованість між різними стратегічними актами, адже, попри назву нормативно-правового акта, стратегічний акт має насамперед визначати напрями, цілі, завдання державного чи суспільного розвитку в конкретній сфері;

10) здебільшого відповідальними за реалізацією стратегічних правових актів є ті органи державної влади, які їх не ухвалювали (наприклад, Кабінет Міністрів України має забезпечувати реалізацію норм загальнодержавних програм, ухвалених Верховною Радою України, чи щорічні послання Президента України до Верховної Ради України «Про внутрішнє та зовнішнє становище України» тощо).

Незважаючи на динаміку ухвалення різноманітних стратегічних актів у вітчизняній системі законодавства, а також наявність окремих проєктів нормативно-правових актів, спрямованих на встановлення єдиних та узгоджених правил розроблення, ухвалення, чіткої класифікації та ієрархії стратегічних правових актів, дана прогалина в законодавстві актуальна й донині.

Класифікація нормативно-правових актів відображена у значній кількості наукових загальнотеоретичних робіт, на відміну від класифікації стратегічних правових актів. Здебільшого науковці дають характеристику різним стратегічним правовим актам, групують їх лише за одним критерієм – назвою стратегічного правового акта, класифікують їх на доктрини, стратегії, концепції, програми, плани тощо.

У зв'язку із чим важлива класифікація, запропонована І. Берназюк, хоча і стосується суто стратегічних актів Верховної Ради України. Так, дослідниця вважає, що стратегічні акти Верховної Ради України «<...> доцільно класифікувати за джерелом закріплення на: 1) акти, які визначені в Конституції України (коаліційна угода, засади, основи); 2) акти, визначені в законах України (декларації, заяви, звернення); 3) акти, правовий статус яких не визначений конституційним законодавством України (стратегії, концепції), а також спеціальні акти, ухвалені спільно з іншими суб'єктами владних повноважень (наприклад, Універсал національної єдності)» [14, с. 158].

Екстраполюючи вищезазначені положення на предмет дослідження, а також з урахуванням виокремлених особливостей стратегічних правових актів як виду нормативно-правових актів, уважаємо за можливе запропонувати таку їх класифікацію:

1) за суб'єктами створення: стратегічні правові акти Президента України, Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, центральних і місцевих органів виконавчої влади, органів і посадових осіб місцевого самоврядування тощо;

- 2) за формою закріплення: закони, укази, постанови, накази тощо;
- 3) за територією дії: загальні, обов'язкові для виконання на всій території держави; відомчі, норми яких поширюються на організації та осіб, що перебувають у системі службового підпорядкування відповідного міністерства, відомства; місцеві, дія яких обмежується територією відповідної адміністративно-територіальної одиниці;
- 4) за часом дії: постійні, тимчасові;
- 5) за простором: екстериторіальні та територіальні;
- 6) за строком дії: довгострокові, середньострокові та короткострокові;
- 7) за порядком ухвалення: видані одноособово (указ Президента України), ухвалені колегіально (постанова Кабінету Міністрів України);
- 8) за назвою: доктрини, стратегії, концепції, програми, плани тощо;
- 9) за сферами регулювання суспільних відносин: екологічні, економічні, оборонні та національної безпеки, воєнні, інформаційні тощо;
- 10) за характером спеціалізованих норм: акти-декларації, акти-концепції, акти-стратегії тощо;
- 11) за цільовим призначенням: декларативні, програмні, коцептуальні тощо.

Звичайно, запропоновані критерії класифікації потребують постійного вдосконалення у зв'язку з перманентним розвитком суспільства, держави, системи законодавства. Саме тому ще раз хочемо наголосити на необхідності подальшого розроблення чи вдосконалення змісту законопроекту «Про нормативно-правові акти», яке є одним із напрямів Плану законопроектної роботи Верховної Ради України на 2020 р., затвердженого постановою Верховної Ради України від 16 червня 2020 р., а також законопроекту «Про державне стратегічне планування», у яких на легітимному рівні мають бути закріплені головні принципи створення, ухвалення, класифікації та ієрархії стратегічних правових актів.

Література

1. Малько А., Гайворонская Я. Доктринальные акты как основной инструмент правовой политики. *Право : журнал Высшей школы экономики*. 2018. № 1. С. 4–25.
2. Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2030 р. : Закон України від 28 лютого 2019 р. № 2697–VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2697/2019> (дата звернення: 18.09.2020).
3. Про національну безпеку України : Закон України від 21 червня 2018 р. № 2469–VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2469-19#n355> (дата звернення: 18.09.2020).
4. Баравська А. Структура керівних документів державної політики в інформаційній сфері : нагальні проблеми та шляхи впорядкування. URL: [https:// http://old2.niss.gov.ua/articles/572/](https://old2.niss.gov.ua/articles/572/).
5. Ситник Г. Державне управління у сфері забезпечення національної безпеки України: теорія і практика : автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 25.00.01. Київ, 2004. 36 с.
6. Кузьменко А. Проблеми відповідності стратегії та системи забезпечення безпеки України національним потребам. *Юридичний журнал*. 2006. № 10. С. 1–21.
7. Ліпкан В. Теоретичні основи та елементи національної безпеки України : монографія. Київ : Текст, 2003. 600 с.
8. Харченко Н. Стратегические акты Украины: понятие и особенности. *Leges Se Viata*. 2020. № 3 (339). С. 70–73.
9. Харченко Н. Стратегічні правові акти в Україні: плюралізм наукових підходів. *Прикарпатський юридичний вісник : науково-практичний журнал*. 2019. Вип. 4. С. 48–51.
10. Теорія держави та права : навчальний посібник / Є. Білозьоров та ін. ; за заг. ред. С. Гусарева, О. Тихомирова. Київ : НАВС, 2017. 318 с.

11. Рабінович П. Основи загальної теорії права та держави : навчальний посібник. 5-те вид., зі змінами. Київ : Атіка, 2001. 176 с.
12. Теорія держави і права : підручник / кол. авт. ; кер. кол. авт. Ю. Ведерніков. 2-е вид., перероб. і доп. Дніпропетровськ : Держ. ун-т внутр. прав ; Ліра Лтд, 2015. 468 с.
13. Кельман М., Мурашин О. Загальна теорія держави і права : підручник. Київ : Кондор, 2006. 477 с.
14. Берназюк І. Стратегічні акти Верховної Ради України: поняття, види та особливості. *Підприємство, господарство і право*. 2017. № 1. С. 153–158

Анотація

Харченко Н. П. Види стратегічних правових актів: загальнотеоретичні аспекти. – Стаття.

У статті розглянуто стан та напрями розвитку стратегічних правових актів як самостійної правової категорії та предмета дослідження загальнотеоретичної науки, окреслено різні наукові позиції щодо класифікації нормативно-правових та стратегічних правових актів, визначені особливості стратегічних правових актів як виду нормативно-правового акта, а також особливості застосування цієї категорії у вітчизняному законодавстві, надано авторське бачення поділу стратегічних правових актів за суб'єктами створення: стратегічні правові акти Президента України, Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, центральних і місцевих органів виконавчої влади, органів і посадових осіб місцевого самоврядування тощо; за формою закріплення: закони, укази, постанови, накази тощо; за територією дії: загальні, обов'язкові для виконання на всій території держави; відомчі, норми яких поширюються на організації та осіб, що перебувають у системі службового підпорядкування відповідного міністерства, відомства; місцеві, дія яких обмежується територією відповідної адміністративно-територіальної одиниці; за часом дії: постійні, тимчасові; за простором: екстериторіальні та територіальні; за строком дії: довгострокові, середньострокові та короткострокові; за порядком ухвалення: видані одноособово (указ Президента України), ухвалені колегіально (постанова Кабінету Міністрів України); за назвою: доктрини, стратегії, концепції, програми, плани тощо; за сферами регулювання суспільних відносин: екологічні, економічні, оборонні та національної безпеки, воєнні, інформаційні тощо; за характером спеціалізованих норм: акти-декларації, акти-концепції, акти-стратегії тощо; за цільовим призначенням: декларативні, програмні, концептуальні тощо; акцентовано на науковій актуальності дослідження стратегічних правових актів загальнотеоретичною наукою, а також законодавчому закріпленні концептуальних засад розроблення й ієрархії стратегічних правових актів відповідно до головних характеристик і особливостей кожного з них.

Ключові слова: нормативно-правовий акт, стратегічний правовий акт, класифікація стратегічних правових актів, види стратегічних правових актів, критерії класифікації стратегічних правових актів.

Summary

Kharchenko N. P. Types of strategic legal acts: general theoretical aspects. – Article.

The article considers the state and directions of development of strategic legal acts as an independent legal category and subject of research of general theoretical science, outlines various scientific positions on the classification of normative legal and strategic legal acts, identifies features of strategic legal acts as a type of normative legal act. of this category in the domestic legislation, the author's vision of division of strategic legal acts on subjects of creation is given: strategic legal acts of the President of Ukraine, the Verkhovna Rada of Ukraine, the Cabinet of Ministers of Ukraine, central and local executive bodies, bodies and officials of local government, etc.; by form of consolidation: laws, decrees, resolutions, orders, etc.; by territory of action: general, obligatory for execution on the whole territory of the state; departmental, the rules of which apply to organizations and persons who are in the system of official subordination of the relevant ministry, department; local, the effect of which is limited to the territory of the relevant administrative-territorial unit; by time of action: permanent, temporary; by space: extraterritorial and territorial; by validity: long-term, medium-term and short-term; according to the procedure of adoption: issued individually (decree of the President of Ukraine), adopted collectively (resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine); by name: doctrines, strategies, concepts, programs, plans, etc.; by areas of regulation of public relations: environmental, economic, defense and national security, military, information, etc.; by the nature of specialized norms: acts-declarations, acts-concepts, acts-strategies, etc.; by purpose: declarative, program, conceptual, etc.; emphasis is placed on the scientific relevance of the study of strategic legal acts by general theoretical science, as well as the legislative consolidation of the conceptual foundations of development and hierarchy of strategic legal acts in accordance with the main characteristics and features of each of them.

Key words: normative legal act, strategic legal act, classification of strategic legal acts, types of strategic legal acts, criteria of classification of strategic legal acts.

УДК 343.9

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i87.2817>*О. І. Хороновський*

СТРУКТУРНІ ОЗНАКИ СУЧАСНИХ ТРАНСНАЦІОНАЛЬНИХ ОРГАНІЗОВАНИХ ЗЛОЧИННИХ УГРУПОВАНЬ, ЯКІ ФУНКЦІОНУЮТЬ НА ШКОДУ ЕКОНОМІЧНИМ ІНТЕРЕСАМ ДЕРЖАВИ

Постановка проблеми. На сучасному етапі, через еволюцію злочинної діяльності, питання протидії транснаціональній злочинності набувають неабиякої актуальності та посідають важливе місце у становленні правової держави, її інтеграції у світову спільноту, що є неможливим без забезпечення активної наступальної протидії злочинності та досягнення уповільнення темпів її зростання на основі чітко визначених пріоритетів, поступового нарощування зусиль міжнародних інституцій, держави і громадськості, удосконалення законодавства, організації засобів і методів відвернення та розкриття злочинів.

Особливість транснаціональних організованих злочинних угруповань пояснюється тим, що останні зазвичай завдають шкоди своєю діяльністю не лише окремим фізичним або юридичним особам, а несуть небезпеку для галузей народного господарства окремих держав та їхніх національних економік загалом.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням організованої злочинності загалом та транснаціональної організованої злочинності зокрема присвячували свої праці досить багато дослідників. Теоретичним основам протидії транснаціональній організованій злочинності присвячено роботи М.Г. Вербенського, О.М. Бандурки, В.В. Голіни, О.М. Джужи, О.Ф. Долженкова, В.М. Дрьоміна, Г.П. Жаровської, А.П. Закалюка, Н.А. Зелінської, О.В.Козаченко, В.П. Коржа, Г.П. Пожидаєва, І.В. Пшеничного, Е.В. Расюка, Є.Д. Скулиша, Є.Л. Стрельцова, М.І. Хавронюка й інших.

Визнаємо значущість здобутків означених науковців, з урахуванням масштабного реформування законодавства, системи правоохоронних та судових органів, системних перетворень у державній антикорупційній та фіскальній політиці, варто зазначити, що дотепер так і не вироблено загальноновизнаного розуміння транснаціональних організованих злочинних угруповань, чітко не окреслено їхніх структурних ознак.

Нині у вітчизняній правничій науці фактично немає спеціальних досліджень, що стосуються саме структурних ознак транснаціональних організованих злочинних угруповань, які, зокрема, функціонують на шкоду економічним інтересам держави. Наявні ж напрацювання зазвичай висвітлюють лише окремі підходи до цього питання, стосуються в основному загального поняття транснаціональної організованої злочинності без конкретизації сфери її діяльності.

Метою статті є виокремлення структурних ознак саме транснаціональних злочинних угруповань, які функціонують на шкоду економічним інтересам держави.

Виклад основного матеріалу дослідження. Для дослідження структурних ознак сучасних транснаціональних організованих злочинних угруповань, які функціо-

нують на шкоду економічним інтересам держави, вважаємо за доцільне використати структурно-функціональний метод, який, на наш погляд, дозволить найбільш повно розкрити їхні сутнісні ознаки.

Структурно-функціональний метод – це підхід в описі і поясненні систем, за якого досліджуються їхні елементи і залежності між ними в рамках єдиного цілого. Кожен елемент цієї структури виконує визначені функції, що задовольняють потреби системи. Діяльність елементів системи програмується загальною структурною організацією, займаними ними позиціями і виконуваними ролями [1].

Структурний підхід передбачає визначення кількісного складу учасників транснаціональних злочинних об'єднань, їхнього опису і характеру взаємозв'язків.

Структура злочинного об'єднання – це його внутрішня побудова, яка визначається відповідною конфігурацією і змістом стійких зв'язків учасників об'єднання та забезпечує психологічну єдність і стабільність останнього [2].

Чинний Кримінальний кодекс України виділяє дві форми організованої злочинності, які по своїй суті можуть бути транснаціональними: організована група – якщо в готуванні або вчиненні злочину брали участь декілька осіб (три і більше), які попередньо зорганізувалися у стійке об'єднання для скоєння цього й іншого (інших) злочинів, об'єднаних єдиним планом із розподілом функцій учасників групи, спрямованих на досягнення цього плану, відомого всім учасникам групи, та злочинна організація – якщо злочин скоєний стійким ієрархічним об'єднанням декількох осіб (п'ять і більше), члени якого або структурні частини якого за попередньою змовою зорганізувалися для спільної діяльності з метою безпосереднього вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів учасниками цієї організації або керівництва чи координації злочинної діяльності інших осіб, або забезпечення функціонування як самої злочинної організації, так і інших злочинних груп [3].

На відміну від національного законодавства Конвенція Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) проти транснаціональної організованої злочинності (далі – Конвенція) виділяє лише одну форму організованої злочинності – організована злочинна група, під якою розуміє структурно оформлену групу у складі трьох або більше осіб, що існує протягом визначеного періоду часу і діє узгоджено з метою здійснення одного або декількох «серйозних» злочинів, визнаних такими відповідно до цієї Конвенції, для того, щоб одержати, прямо або посередньо, фінансову або іншу матеріальну вигоду [4].

Отже, у структурному плані можна виокремити принаймні два основні рівні організованості транснаціональних злочинних формувань, які функціонують на шкоду економічним інтересам держави.

Перший рівень – організована група, яка має елементарну структуру: «керівник – учасники, або виконавці». Така група вчинює зазвичай злочини, що не потребують особливої підготовки. Рівень злочинного професіоналізму таких груп відносно невисокий, вони чисельно невеликі, рідко мають корумповані зв'язки (якщо такі є, то службовий статус корумпованих осіб невисокий).

Другий рівень – злочинна організація з вищою функціональною диференціацією, ієрархічністю, розподілом ролей, зазвичай наявністю корумпованих зв'язків у державному апараті та правоохоронних органах. Чисельність їх досить велика

(до кількох десятків осіб), що і дає змогу забезпечувати певну структурування групи (організатори – «мозковий центр», технічні виконавці, «силовий блок», «прикриття і забезпечення», юридичний та бухгалтерський супровід та інші варіанти).

Транснаціональний характер структурної організованості злочинного об'єднання, з урахуванням положення ст. 3 Конвенції, полягає в тому, що один із його учасників учиняє злочинні діяння в більш ніж одній державі, зокрема й тоді, коли більша частина їх підготовки, планування, керівництва або контролю має місце в іншій державі. Водночас не є обов'язковою умовою факт перетинання злочинцями державних кордонів або постійне місце дислокації за кордоном, якщо мають місце істотні наслідки в іншій державі [4].

З урахуванням вищезазначеного, характерні структурні ознаки транснаціональної організованої злочинності на шкоду економічним інтересам держави умовно можемо розділити на дві групи: загальні – які характерні для всіх видів транснаціональної організованої злочинності, та спеціальні – характеризують безпосередньо діяльність транснаціональних організованих злочинних угруповань, які функціонують на шкоду економічним інтересам держави.

До загальних рис відносимо такі:

1) *стійкість*. Стойкість злочинних формувань означає їхню здатність протидіяти зовнішнім та внутрішнім чинникам, забезпечувати свою функціональність та стабільність протягом певного проміжку часу;

2) *ієрархічність*. Сутністю ієрархічності організованого злочинного угруповання є характер взаємин між його учасниками, який будується на принципах підпорядкованості, дотриманні певних правил поведінки та досягнення спільної мети;

3) *розподіл функцій та ролей*. Розподіл функцій у злочинному об'єднанні – це розподіл обов'язків між його учасниками під час спільного вчинення злочинів. Розподіл ролей у злочинному об'єднанні – це розподіл обов'язків між різними видами співучасників під час учинення злочинів. Розподіл ролей визначає структуру злочинного об'єднання та є різновидом розподілу функцій між різними видами співучасників;

4) *спеціальна мета*. Під спеціальною метою розуміється вчинення одного або кількох злочинів для того, щоб отримати будь-яку матеріальну вигоду.

Серед спеціальних ознак транснаціональних організованих злочинних угруповань, які функціонують на шкоду економічним інтересам держави виділяємо:

1) *наявність спеціального суб'єкта злочину*. Суб'єкти злочинної діяльності (в основному організатори та виконавці) характеризуються наявністю спеціальних знань та навичок у сфері економічної діяльності. Зазвичай це особи, які мають певний досвід роботи у сфері юриспруденції, бухгалтерії, менеджменту, інтелектуальних технологій, маркетингової діяльності тощо.

У теорії кримінального права серед суб'єктів таких злочинів залежно від обов'язкових і додаткових якостей (які мають бути властиві такій особі: за місцем такої особи у структурі об'єкта, її правами й обов'язками, які покладені на неї правовими приписами) науковцями виділяється три основні категорії: будь-яка особа, що підлягає кримінальній відповідальності, яка порушує або не виконує певні

обов'язки у сфері економічної діяльності; спеціальні суб'єкти; спеціально-конкретні суб'єкти [5, с. 112]. Будь-яка особа, що підлягає кримінальній відповідальності, яка порушує або не виконує певні обов'язки, за своїм юридичним змістом є загальним суб'єктом злочину, тому окремої кримінально-правової характеристики не потребує. У свою чергу, спеціальних (спеціально-конкретні суб'єкти злочину) за юридичним змістом їхніх додаткових ознак можна розподілити на три підгрупи: службові особи; фізичні особи, які не оформили статусу юридичної особи; інші особи у сфері економічної діяльності з ознаками спеціального суб'єкта;

2) *високий рівень латентності*. Порівняно з багатьма іншими кримінальними правопорушеннями злочинам, які вчиняються транснаціональними організованими злочинними угрупованнями на шкоду економічним інтересам держави, властива значно більша латентність, яка залежить від двох чинників – окремих характерних властивостей осіб, що вчинюють такі злочини. Перший із них – це значний рівень інтелектуального розвитку, наявність якого в разі вчинення злочинів дозволяє ретельно планувати таку суспільно небезпечну діяльність, тривалий час залишати її невикритою правоохоронними органами. Другий – досить високий у загальному плані соціальний статус цілої низки суб'єктів таких злочинів, у зв'язку із чим така злочинність у західних країнах часто зветься «білокомірцевою» [6].

Закордонними дослідниками зверталася увага на велику схожість злочинців у «білих комірцях» з особами, які не скоїли жодних злочинів. Порівняно з іншими такі злочинці значно менше разів були захоплені на місці вчинення злочинів, рідше арештувалися, проти них висувалося менше обвинувачень, вони рідше потрапляли у в'язницю, а строки їх ув'язнення були значно менш тривалими, ніж у злочинців інших категорій. Такі злочинці були старшими за віком, ніж інші, серед них було більше жінок, вони частіше були пов'язані родинними зв'язками та мали більше дітей. У порівнянні з іншими злочинцями «білі комірці» значно рідше вчинювали злочини та взагалі були менш схильні до скоєння правопорушень, менше вживали алкогольних напоїв, і набагато менше – наркотиків [7, с. 20–21].

Отже, характер такої протиправної діяльності має завуальований характер і здебільшого вона коїться під виглядом легальної фінансово-господарської діяльності з урахуванням усіх можливих прогалин та колізій вітчизняного та міжнародного законодавства, у зв'язку із чим виявити ознаки такої діяльності без наявності спеціальних знань та відповідної підготовки практично неможливо;

3) *наявність фінансових ресурсів*. У даному контексті фінансові ресурси трактуємо як власний або позичковий капітал у грошовій чи будь-якій іншій формі, який перебуває у розпорядженні організованого злочинного угруповання та використовується з метою реалізації злочинного умислу. Такі ресурси залежно від категорії складності вчинюваних злочинів можуть спрямовуватись на: оренду приміщень, придбання комп'ютерної техніки, реєстрацію суб'єктів господарювання, відкриття та купівлю компаній-нерезидентів, відрядження за кордон, найм працівників (здебільшого «фунтів» – номінальних керівників та засновників підприємств), виготовлення печаток (бланки, штампи тощо), підкуп службових осіб контролюючих органів (у нашому випадку це можуть бути працівники органів фіскальної служби, фінансової розвідки, національних регуляторів банківської

системи, фондового ринку, ринку фінансових послуг тощо), відкриття банківських рахунків тощо;

4) *високий рівень конспірації*. Конспірація в даному разі є своєрідним комплексом режимних заходів, який уживається всіма учасниками злочинного формування, спрямований на збереження в таємниці факту його існування та характеру протиправної діяльності. Одним з основних сучасних елементів конспірації є шифроване цифрове спілкування учасників злочинного угруповання за допомогою мобільних додатків (Viber, Skype, WhatsApp, Imo, Signal, Threema, Telegram та інших). Також можуть розроблятися власні програми для конспіративного спілкування обмеженого кола осіб;

5) *наявність власної служби безпеки*. Зазвичай транснаціональні злочинні угруповання мають у розпорядженні власні служби безпеки, до складу яких входять особи, які часто мають досвід роботи у правоохоронних органах, поінформовані про форми і методи роботи правоохоронних органів, оснащені засобами виявлення технічних пристроїв із негласного зняття інформації, мають неофіційний доступ до баз даних державних органів, систематично проводять заходи з контролю спостереження тощо;

6) *наявність корумпованих зв'язків*. Транснаціональні злочинні угруповання корумпують як національних, так і іноземних посадових осіб із метою отримання можливості вести або продовжувати економічну діяльність у якій-небудь країні або отримувати які-небудь преференції.

Президентська комісія із дотримання закону і здійснення правосуддя у Сполучених Штатах Америки встановила: «Усі наявні дані вказують на те, що організована злочинність процвітає там, де нею підкуплені місцеві посадові особи. Перебувати на утриманні організованої злочинності – звичний стан місцевої влади і політичних діячів. Ні політичні діячі, ні обвинувачі, ні навіть судді, – за словами відомого норвезького юриста І. Анденеса, – не гарантовані від спокуси. Чим більше поширюється корупція, тим важче з нею боротися. Кожен, хто надає відомості про корупцію, ризикує тим, що він повідомляє їх одному з тих, кого підкуповують. Отже, організована злочинність досягла успіху у створенні імунітету від покарання за допомогою підкупу правоохоронних органів і встановлення власної системи залякування» [8, с. 412–413].

Висновки. Виділені нами структурні ознаки транснаціональних організованих злочинних угруповань, які функціонують на шкоду економічним інтересам держави, свідчать про високий рівень еволюції транснаціональних злочинних елементів та необхідність в удосконаленні форм та методів боротьби з ними. Запропоновані структурні ознаки не є вичерпними, залежать від багатьох об'єктивних та суб'єктивних чинників. Подальшими перспективними дослідженнями можуть бути структурні елементи діяльності транснаціональних організованих злочинних угруповань в економічній сфері вузької спеціалізації, як-от банківська система, ринок цінних паперів, небанківські фінансові послуги тощо.

Література

1. Структурно-функціональний аналіз та моделювання розвитку економіки : монографія / В.К. Галіцин та ін. Київ : КНЕУ, 2013. 377 с.
2. Корнієнко М.В. Організована злочинність в Україні : сучасний стан, кримінологічна характеристика, заходи протидії. Київ : Фонд Юрнауки, 2004. 300 с.
3. Кримінальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>.
4. Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності. Прийнята резолюцією 55/25 Генеральної Асамблеї від 15 листопада 2000 р. *Відомості Верховної Ради України* URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_789#Text.
5. Жаровська Г.П. Співучасть у злочині за кримінальним правом України : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2004. 211 с.
6. Кузнецова Т.К. Офшорні операції як чинник тінізації економіки. *Український соціум*. 2009. № 4 (31). С. 70–73.
7. Podgor E., Israel J. White Collar Crime in a Nutshell. St. Paul : West Group, 1997. 452 p.
8. Михайлов О.Є., Горбань А.В., Міщук В.В. Кримінологія : навчальний посібник. Київ : Знання, 2012. 565 с.

Анотація

Хороновський О. І. Структурні ознаки сучасних транснаціональних організованих злочинних угруповань, які функціонують на шкоду економічним інтересам держави. – Стаття.

У статті розглянуто питання структурної побудови сучасних транснаціональних організованих злочинних угруповань, які функціонують на шкоду економічним інтересам держави. Виділено два основні рівні їхньої організованості. Перший рівень – організована група, яка має елементарну структуру: «керівник – учасники, або виконавці». Рівень злочинного професіоналізму таких груп відносно невисокий, вони чисельно невеликі, рідко мають корумповані зв'язки. Другий рівень – злочинна організація з високою функціональною диференціацією, ієрархічністю, розподілом ролей, наявністю зазвичай корумпованих зв'язків у державному апараті та правоохоронних органах. Чисельність їх досить велика, що і дає змогу забезпечувати певну структуру організації групи: організатори – «мозковий центр», технічні виконавці, «силовий блок», «прикриття і забезпечення», юридичний та бухгалтерський супровід й інші варіанти.

Визначено, що транснаціональний характер структурної організованості злочинного об'єднання полягає в тому, що один із його учасників учиняє злочинні діяння в більш ніж одній державі, зокрема й коли більша частина їх підготовки, планування, керівництва або контролю має місце в іншій державі. Водночас не є обов'язковою умовою факт перетинання злочинцями державних кордонів або постійне місце дислокації за кордоном, якщо мають місце істотні наслідки в іншій державі.

Запропоновано умовний поділ їхніх структурних ознак на загальні, які характерні для всіх видів транснаціональної організованої злочинності, зокрема: стійкість, ієрархічність, розподіл функцій та ролей, спеціальна мета, та спеціальні – характеризують безпосередньо діяльність транснаціональних організованих злочинних угруповань, які функціонують на шкоду економічним інтересам держави, а саме: спеціальний суб'єкт злочину, високий рівень латентності, наявність фінансових ресурсів, високий рівень конспірації, власна служба безпеки, корумповані зв'язки. Надано характеристику визначених загальних та спеціальних структурних ознак.

Ключові слова: форма організованої злочинності, рівень організованості, структура злочинного об'єднання, учасник злочинного формування, транснаціональний характер, корумповані зв'язки, «білокомірцева злочинність».

Summary

Khoronovskiy O. I. Structural features of modern transnational organised criminal groups which harms state economic interests. – Article.

The article goes on the structural construction of modern transnational organised criminal groups which harms state economic interests. The two main levels of their organization are defined. The first level concerns an organised group, which has an elementary structure: “manager – participants, or executors”. The level of criminal professionalism of these groups is relatively low, they are numerically not large, rarely use corruption connections. The second level concerns criminal organisations with higher functional differentiation, hierarchy, distribution of functions and roles and as rule availability of corruption connec-

tions in state apparatus and law enforcement bodies. The number of these groups is big enough, that enables some structuring: organiser – “think tank”, technical executers, “power unit”, “cover and security”, legal and accounting support etc.

It is defined that transnational character of structural organization of criminal association is that one of its participants commits criminal actions in more than one country, including when most of preparation, planning, management or control takes place in another country. Herewith crossing the state border by criminals or their permanent location abroad is not necessary factor, if there are significant consequences in another country.

It is proposed the conditional divide of structural features of modern transnational organised criminal groups which harms state economic interests by general and special. General features characterise all types of transnational organised crime, especially resistance, hierarchy, distribution of roles, special purpose. Special features characterise directly the activity of transnational organised criminal groups which harms state economic interests, especially special perpetrator of an offence, high level of latency, financial recourses, high level of conspiracy, own security service, corruption connections. Given a description of defined general and special structural features of modern transnational organised criminal groups which harms state economic interests.

Key words: form of organised crime, level of organization, structure of criminal association, participant in criminal group, transnational character, corruption connections, “white-collar crime”.

УДК 341.11

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i87.2818>*І. В. Хостюк***МІЖНАРОДНО-ПРАВОВА ПРОБЛЕМАТИКА СКАСУВАННЯ ПРАВА ВЕТО ПОСТІЙНИХ ЧЛЕНІВ РАДИ БЕЗПЕКИ ОРГАНІЗАЦІЇ ОБ'ЄДНАНИХ НАЦІЙ**

Постановка проблеми дослідження. Право вето постійних членів Ради Безпеки Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) є одним із найважливіших аспектів їхнього міжнародно-правового статусу. Воно є не просто особливою юридичною конструкцією в контексті принципу суверенної рівності держав, а й інструментом, який було надано міжнародною спільнотою окремим державам із метою гарантування міжнародного миру та безпеки. Проте дуже часто дискутується питання щодо реформування права вето як такого, яке в поточному вигляді перешкоджає ефективній діяльності Ради Безпеки й ООН загалом.

Мета цього дослідження – узагальнення пропозицій щодо реформування права вето постійних членів Ради Безпеки ООН у доктрині права міжнародних організацій.

Стан дослідження проблеми. В українській міжнародно-правовій доктрині дослідження, присвячені реформуванню права вето постійних членів Ради Безпеки ООН, здійснювали Р. Губань, Л. Дорош, С. Охремчук, І. Черінько й інші. У закордонній правовій науці варто виділити праці Ф. Вілкокса, П. Маланчука, А. Петерс та інших. Проте комплексного дослідження зазначеної проблеми з урахуванням пропозицій щодо цього у вітчизняній науці міжнародного права нині не проводилося.

Виклад основного матеріалу. Майже протягом усієї своєї сімдесятип'ятирічної історії ООН постійно зазнавала критики через свою діяльність. Організацію часто називали неефективною, зокрема через неспроможність забезпечити міжнародний правопорядок та верховенство міжнародного права в міжнародних відносинах. Ця критика супроводжувалася також пропозиціями щодо можливого реформування внутрішньоорганізаційного механізму ООН, зокрема міжнародно-правового статусу постійних членів Ради Безпеки (далі – РБ) ООН.

У цьому контексті дискусія зазвичай ведеться у двох основних напрямках: по-перше, збільшення кількості постійних членів Ради; по-друге, скасування їхнього права вето. Представники доктрини міжнародного права підкреслюють важливість вирішення саме цього питання в контексті реформування РБ ООН. Так, Р. Гейгер зазначає, що «справжньою проблемою реформування Радбезу є не стільки постійне членство, як їхнє право вето» [1, с. 759].

Навіть більше, окремі дослідники розглядають право вето як ключову проблему того, що РБ ООН на різних етапах зарекомендувала себе як неефективна міжнародна інституція. На думку А. Петерс, «після початкового періоду, протягом якого РБ ООН функціонувала належним чином, та з інтенсифікацією конфлікту між Сходом та Заходом на початку 1950-х рр., Радбез став бездіяльним через часте застосування права вето її постійними членами» [1, с. 764].

Тому цілком логічно, що висловлювалися пропозиції стосовно вдосконалення цього інструменту: як щодо повного скасування права вето постійних членів Ради, так і щодо внесення змін до цього механізму, зокрема через його обмеження. На думку Р. Губаня, «основними причинами, які зумовлювали необхідність проведення реформи Ради Безпеки ООН, стали питання щодо правила одностайності великих держав та стосовно надання права вето постійним членам Ради Безпеки ООН» [2, с. 70].

Проте якщо ми говоримо про проблематику скасування чи обмеження права вето постійних членів РБ ООН, варто розуміти, що вони є частиною загального дискурсу стосовно реформування Ради. Тому доцільно розглядати його в контексті і, у рамках цього дослідження, висвітлити питання реформування РБ ООН загалом. У цьому контексті необхідно зазначити, що предметні дискусії в доктрині міжнародного права щодо цього тривають уже давно. Як слушно зазначає Р. Губань, «проблема реформи Ради Безпеки ООН виникає водночас зі створенням Організації Об'єднаних Націй» [2, с. 70].

Варто особливо наголосити, що доцільність та потреба в реформуванні РБ ООН визнається і на офіційному рівні. Зокрема, у доповіді Спеціальної комісії міжнародних експертів високого рівня 2004 р. мета такого реформування РБ ООН сформульована як «збільшення ефективності та довіри до Ради Безпеки, а головне – посилення її спроможності та готовності діяти в умовах загроз» [3]. У цій же доповіді було визначено основні критерії, яким має відповідати таке реформування, а саме:

1. Підвищення рівня залученості до процесу ухвалення рішень у РБ ООН держав, які роблять найбільший фінансовий, військовий та дипломатичний внесок у діяльність Організації.

2. Збільшення репрезентативності процесу ухвалення рішень у РБ ООН через запровадження більш широкого членства в Раді, зокрема держав, що розвиваються.

3. Недопущення зниження ефективності діяльності РБ ООН.

4. Посилення демократичної природи РБ ООН та її підзвітності [3].

Робоча група наголошувала, що цим критеріям повинно відповідати і потенційне розширення членського складу РБ ООН, про що йтиметься нижче [3].

Питання міжнародно-правового статусу постійних членів Ради в частині можливості застосування права вето перебувають у центрі відповідних дискусій. Ми зупинимося на ключових пропозиціях щодо зміни (скасування або обмеження) права вето постійних членів РБ ООН.

Варто наголосити, що у практиці міжнародно-правових відносин питання потенційного скасування права вето постійних членів РБ ООН обговорювалося практично від самого початку створення організації. Американський учений Ф.О. Вілкокс відзначав, що ще під час конференції в Сан-Франциско «багато делегатів заявляли, що вони не заперечували б проти права вето так активно, якби вони отримали певні гарантії, що процес внесення змін до Статуту ООН може бути лібералізовано і з'явиться можливість для переосмислення Організації в майбутньому» [4, с. 950]. Хоча тут право вето протиставлялося внесенню змін до Статуту ООН, можна дійти висновку, що держави, які не були наділені правом вето, прагнули забезпечити можливість скасування цього права вето в довгостроковій перспективі.

Проте «малі» держави, попри те, що «довго і гучно дискутували стосовно скасування права вето щодо поправок до Статуту запропонованих всезагальною конференцією з перегляду» [4, с. 951], змогли добитися лише часткового його обмеження, зафіксованого в п. 2 ст. 109 Статуту (неможливість блокування скликання та роботи конференції щодо перегляду Статуту ООН постійними членами через застосування права вето) [5]. Проте цей компроміс, досягнутий на самому початку створення й існування ООН, не знімав питання, відтоді йде активне обговорення доцільності повного скасування чи подальшого обмеження права вето постійних членів РБ ООН як у науці, так і у практиці міжнародного права.

Водночас навіть ті, хто в 1945 р. загалом прихильно ставилися до ідеї закріплення права вето постійних членів РБ ООН, не розглядали це як вічний елемент їхнього міжнародно-правового статусу і навіть вказували на тимчасовий, ситуативний характер цього положення. Той же Ф.О. Вілкокс стверджував: «Якщо ж тоді «великодержавна одногосність» сьогодні є *sine qua non* для Об'єднаних Націй, ми повинні прийняти її як тимчасову фазу розвитку світової організації та докласти всіх зусиль, щоб вона запрацювала», а також підкреслював, що із часом ООН буде спроможна «впровадити більше методів та технік справді демократичної інституції» [4, с. 954]. Проте після сімдесяти п'яти років функціонування РБ ООН можна констатувати, що сприйняття тимчасового характеру права вето постійних членів не пройшло перевірку часом і нині не може розглядатися як реалістичне.

Також у контексті міжнародно-правових дискусій щодо цього, які велися в перші роки існування ООН, необхідно згадати Консультативний висновок Міжнародного Суду ООН щодо компетенції Генеральної Асамблеї в питанні прийому держав до складу ООН від 3 березня 1950 р. Хоч у ньому Суд і підтримав необхідність урахування права вето постійних членів Ради Безпеки ООН під час ухвалення рекомендації про прийом нових членів ООН, двоє суддів – чилієць А. Альварес та бразилець Ф. Асеведо висловили окремі застереження саме в частині застосування права вето в цьому локальному питанні.

Якщо Ф. Асеведо виходив із позицій, що право вето не може застосовуватися до прийому нових членів, оскільки це питання є процедурним, то А. Альварес розглядав можливість процедурного обмеження застосування права вето під час розгляду такого роду питань. Зокрема, він пропонував наділити ГА ООН правом надавати оцінку допустимості застосування постійними членами РБ ООН права вето під час ухвалення рекомендації Ради про прийом нових членів Організації. На його переконання, ГА ООН повинна була давати оцінку того, наскільки застосування права вето відповідало цілям Статуту ООН і чи не було воно зловживанням цим правом із боку постійних членів РБ ООН. Якщо ж було б встановлено, що мало місце зловживання, то Асамблея отримувала б право прийняти нового члена і без рекомендації РБ ООН [6, с. 20–21].

Дискусії щодо обмеження чи скасування права вето постійних членів РБ ООН активно ведуться і на сучасному етапі, зокрема на доктринальному рівні. Наприклад, І. Черінько вважає, що «право вето в Раді Безпеки ООН не відповідає реаліям сучасного світу» [7, с. 139]. Л. Дорош і С. Охремчук зазначають, що «саме право вето є основною перешкодою у виконанні Радою її основних функцій – збереження миру та безпеки, і вимагає першочергової уваги міжнародної спільноти» [8, с. 22].

Своєю чергою, П. Маланчук зазначає, що процедура голосування у РБ ООН піддається жорсткій критиці, оскільки «не відбиває змін, що сталися в міжнародній системі від 1945 р. [9, с. 512]. Схожу позицію було підтримано в доповіді Спеціальної комісії міжнародних експертів 2004 р., де зазначено, що «інститут вето має анахронічний характер, який непридатний для інституції в дедалі більш демократичному часі» [3].

Представники міжнародно-правової доктрини також прямо вказують на те, що застосування права вето або ж збереження алгоритму його функціонування в чинній формі може спричиняти ризики для діяльності ООН загалом. Наприклад, Р. Гейгер наголошує, що «ситуація (із застосуванням права вето постійними членами РБ ООН – І. Х.) може стати згубною для авторитету Радбезу, особливо коли постійні члени застосуванням права вето не дають Раді можливості виконувати свої функції, передбачені гл. VII Статуту ООН» [1, с. 760]. На думку іншого юриста-міжнародника К. ван Кестерен, «людство повинне створити іншу модель роботи планети; потрібні нові форми глобального управління» [10, с. 261].

Навіть більше, експерти припускають, що наслідком невдоволення міжнародною спільнотою такою патовою ситуацією та неефективністю ООН може бути створення альтернативної міжнародної організації. Так, Р. Гейгер вважає, що «більшість «звичайних» держав – членів ООН можуть мати спокусу створити нові міжнародні об'єднання, які у своїх основоположних засадах не будуть приписувати аристократичні привілеї одній чи більше «високопоставленим державам» [1, с. 760].

Як шляхи вирішення ситуації, що склалася, у науковій доктрині було сформульовано конкретні пропозиції щодо можливості скасування чи реформування права вето постійних членів РБ ООН. Зокрема, Л. Дорош та С. Охремчук проаналізували ці пропозиції та виділили основні ідеї щодо зміни порядку ухвалення рішень РБ ООН та застосування права вето, як-от:

1. Ухвалення рішень у РБ ООН консенсусом усіх членів.
2. Добровільна відмова постійних членів РБ ООН від використання свого права вето у випадках учинення міжнародних злочинів (геноцид, злочини проти людства та масштабні військові злочини).
3. Дозвіл на застосування права вето в разі, якщо проти рішення водночас проголосували два або більше постійних членів РБ ООН.
4. Дозвіл застосування права вето виключно щодо питань, передбачених гл. VII Статуту ООН («Дії щодо загрози миру, порушень миру й актів агресії»).
5. Уведення можливості подолання права вето двома третинами голосів складу РБ ООН.
6. Ліквідація права вето загалом [8, с. 22–23].

Окрім наукового дискурсу щодо права вето в діяльності РБ ООН, на сучасному етапі ведеться і формальна дискусія в рамках офіційних механізмів ООН. Так, Робоча група з питань справедливого представництва та збільшення членства в Раді Безпеки та інших питань, що стосуються Ради Безпеки, яка була створена в 1993 р. і, серед іншого, розглядала питання про «Ухвалення рішень у Раді Безпеки, включно з питанням права вето» [11].

У звіті Робочої групи, хай і побічно, але вказувалося на надзвичайно дражливий і політичний характер права вето постійних членів РБ ООН і необхідність обережно підходити до винесення його на розгляд. Зокрема, у частині можливості надання права вето новим постійним членам РБ ООН зазначалося, що «поширення права вето на нових постійних членів має розглядатися наприкінці досягнення угоди щодо пакета реформ» [11], вочевидь, щоб це питання не заблокувало розгляд реформ у принципі.

У звіті Робочої групи також було запропоновано кілька підходів до застосування права вето після завершення процесу реформування Ради, а саме:

- нові постійні члени РБ ООН мають отримати ті самі повноваження та привілеї, що і чинні постійні члени;
- наділення нових постійних членів РБ ООН правом вето з одночасним установленням обмежень для застосування права вето як новими, так і чинними членами;
- ненаділення нових постійних членів РБ ООН правом вето;
- нові постійні члени РБ ООН повинні висловити готовність отримати цей статус без отримання права вето або ж бути згодними застосовувати право вето до завершення процедури періодичної оцінки розширеної Ради тощо [11].

Водночас висловлювалися пропозиції збереження право вето в поточній формі [11].

У результаті проведеного аналізу вищенаведених пропозицій можна дійти висновку, що Робоча група, яка їх формулювала, опинилися одразу між «кількох вогнів»: очевидним бажанням потенційних нових постійних членів РБ ООН володіти всіма елементами їхнього поточного міжнародно-правового статусу, зокрема правом вето; неготовністю чинних постійних членів ділити своє чи не ключове повноваження з іншими державами; ініціативами щодо обмеження чи скасування права вето у принципі тощо.

Особливо активно в цьому контексті обговорювалося питання про обмеження чи скасування права вето постійних членів РБ ООН. Зокрема, у пропозиціях, які були включені до звіту, підкреслювалося: «Постійні члени Ради повинні вживати «обмежень у застосуванні права вето», а також висловлювалися ідеї, що право вето повинно застосовуватися лише із «життєво важливих питань» для ООН. Також пропонувався протилежний підхід – заборонити застосування права вето щодо питань відповідно до розд. VII Статуту ООН [11].

Більш однозначно щодо можливості надання права вето новим постійним членам РБ ООН висловилася Спеціальна комісія міжнародних експертів у своїй доповіді 2004 р. У ній чітко зафіксована пропозиція, що «за будь-якого проекту реформування не повинно мати місце розширення права вето» [3].

Тобто міжнародні експерти прагнули, по суті, увести мораторій на застосування цього інструменту, але не в цілях монополізації цього права постійними членами РБ ООН, а через його, як уважали експерти, анахронічний характер. Крім того, експерти висловлювали пропозиції щодо обмеження права вето, зокрема, закликали обмежити його застосування лише тими питаннями, «у яких справді поставлені на карту життєво важливі інтереси» [3].

Крім пропозицій щодо скасування права вето або ж мораторію на його поширення на нових постійних членів РБ ООН, висловлюють й інші. Наприклад, Спе-

ціальна комісія міжнародних експертів у своїй доповіді 2004 р. пропонувала ввести практику так званого індикативного (сигнального) голосування, яке давало б змогу попередньо зафіксувати позицію всіх членів РБ ООН із певного питання і не призводило б до ухвалення юридично обов'язкових рішень. На думку експертів, це давало б змогу «підвищити відповідальність за застосування права вето» [3].

Підсумовуючи, варто зазначити, що скасування права вето постійних членів Ради Безпеки ООН є одним із найбільш дискутованих питань щодо реформування внутрішньорганізаційного механізму ООН у доктрині права міжнародних організацій. Як у науці, так і у практиці, за підсумками міжнародного права діяльності спеціальних тимчасових органів ООН напрацьована низка пропозицій щодо цього, зокрема його цілковите скасування, обмеження або ж зміну порядку його застосування.

Водночас будь-які зміни міжнародно правового статусу постійних членів Ради Безпеки ООН можливі відповідно із процедурою, передбаченою Статутом ООН. Також, на нашу думку, пошук шляхів вирішення цієї проблеми є невіддільним від розв'язання інших аспектів міжнародно-правового статусу постійних членів Ради, зокрема їх кількісного складу.

Література

1. The Charter of the United Nations : A Commentary / Edts. B. Simma et al. 3rd Edt. Oxford : Oxford University Press, 2002. 1236 p.
2. Губань Р. Проблеми реалізації проєктів реформи Ради Безпеки ООН. *Юридичний журнал*. 2007. № 11. С. 64–73.
3. A More Secure World: Our Shared Responsibility Report of the Secretary-General's High-level Panel on Threats, Challenges and Change: A/59/565 of 2 December 2004. *United Nations General Assembly*. Cit. 08.10.2020. URL : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/602/31/PDF/N0460231.pdf?OpenElement>.
4. Wilcox F.O. II. The Yalta Voting Formula. *American Political Science Review*. 1945. Vol. 39. P. 943–956.
5. Устав Организации Объединенных Наций и Устав Международного Суда от 26 июня 1945 г. Цит. 18.09.2019 г. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_010.
6. Competence of Assembly regarding admission to the United Nations, Advisory Opinion : I.C. J. Refiorts 1950, 57 p.
7. Чернінко І. Проблеми реформування Ради Безпеки ООН. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. 2011. Вип. 96. Ч. I. С. 138–139.
8. Дорош Л., Охремчук С. РБ ООН у сучасних умовах: до проблеми пошуку варіантів реформування. *Humanitarian vision*. 2015. Vol. 1. № 2. С. 19–26.
9. Маланчук П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом. Пер. з англ. 7-е вид., переробл. Харків : Консум, 2000. 591 с.
10. The Security Council and the Use of Force: Theory and Reality. *A Need for Change?* / N. Blokker, N. Schrijver. Leiden : Brill Nijhoff, 2005. 312 p.
11. Report of the Open-ended Working Group on the Question of Equitable Representation on and Increase in the Membership of the Security Council and Other Matters related to the Security Council : Supplement № 47 (A/55/47) / UN General Assembly. New York : United Nations, 2001. 177 p.

Анотація

Хостюк І. В. Міжнародно-правова проблематика скасування права вето постійних членів Ради Безпеки Організації Об'єднаних Націй. – Стаття.

Постійні члени Ради Безпеки Організації Об'єднаних Націй є важливим елементом міжнародно-правової системи миру та безпеки, яка постала після Другої світової війни. Водночас право вето є одним із ключових елементів їхнього міжнародно-правового статусу. Первинно воно постало як гарантія стабільної діяльності Радбезу та забезпечення балансу між великими державами в умовах холодної війни. Проте в багатьох випадках цей юридичний інструмент став інструментом політичної помсти в умовах біполярного світу.

Така ситуація призвела до значної критики самого факту існування та застосування цього інструменту як своєрідного «гальма» для ефективної діяльності Організації Об'єднаних Націй загалом. Тому скасування права вето є одним із найбільш обговорюваних питань міжнародно-правового дискурсу навколо реформування Ради Безпеки Організації Об'єднаних Націй, правових основ статусу постійних членів Ради.

У статті розглядаються міжнародно-правові пропозиції щодо скасування або реформування права вето постійних членів Ради Безпеки Організації Об'єднаних Націй. Особлива увага приділяється напрацюванню офіційних міжнародних робочих груп у рамках Організації Об'єднаних Націй. Виділяються юридичні основні пропозиції стосовно реформування права вето.

Робиться висновок, що питання реформування повноважень постійних членів Ради Безпеки Організації Об'єднаних Націй щодо застосування права вето ще тривалий час залишатиметься однією з найбільш актуальних проблем сучасного міжнародного публічного права в контексті реформування Організації Об'єднаних Націй загалом. Чинні пропозиції, напрацьовані як в науці права міжнародних організацій, так і у практичній діяльності Організації Об'єднаних Націй, передбачають три основні шляхи проведення змін: цілковите скасування права вето, обмеження або зміну порядку його застосування.

Підкреслюється, що Статут Організації Об'єднаних Націй передбачає спеціальну процедуру щодо внесення змін до нього, реформування чи скасування права вето має бути здійснене відповідно до цієї процедури. Особливий акцент робиться на взаємопов'язаності міжнародно-правового дискурсу щодо скасування права вето постійних членів Ради Безпеки Організації Об'єднаних Націй та інших питань їхнього правового статусу, зокрема і скорочення чи збільшення їхнього кількісного складу.

Ключові слова: право вето, реформування ООН, Рада Безпеки ООН.

Summary

Khostyuk I. V. International legal issues of abolishing the “power of veto” of permanent members of the UN Security Council. – Article.

The permanent members of the UN Security Council are an important element of the international legal system that emerged after the Second World War. At the same time, the power of veto is one of the key elements of their international legal status. Initially, it emerged as a guarantee of stable activity of the Security Council and ensuring a balance between the great powers in the Cold War. However, in many cases, this legal instrument has become a tool for settling political accounts in a bipolar world.

This situation has led to significant criticism of the very existence and use of this tool as a kind of “brake” for the effective functioning of the United Nations as a whole. Therefore, the abolition of the power of veto is one of the most discussed issues of international legal discourse around the reform of the UN Security Council and, in fact, the legal basis for the status of permanent members of the Council.

The article considers international legal proposals to abolish or reform the power of veto of permanent members of the UN Security Council. Particular attention is paid to the work of official international working groups within the UN. The main legal proposals for reforming the right of veto are highlighted.

It is concluded that the abolition of the power of veto of permanent members of the UN Security Council is one of the most discussed issues related to the reform of the UN internal mechanism in the doctrine of the law of international organizations. Both in doctrine and in practice, following the results of the international law of activity of special temporary bodies of the UN, a number of offers in this occasion, in particular, its full cancellation, restriction or change of the order of its application is developed.

Key words: power of veto, UN reform, UN Security Council.

УДК 342.9

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i87.2819>

А. М. Чорна

ДО ХАРАКТЕРИСТИКИ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ОКРЕМИХ ЦЕНТРАЛЬНИХ ОРГАНІВ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ ЯК СУБ'ЄКТІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ СУБ'ЄКТІВ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Постановка проблеми. Роль підприємницької діяльності для держави та суспільства складно переоцінити, адже вона має суттєвий вплив на всі сфери суспільного життя. Так, з економічної точки зору підприємницька діяльність сприяє залученню великих грошових коштів у різні галузі господарства, що сприяє розвитку національної економіки в цілому. Активні учасники підприємницької діяльності є найбільшими й основними платниками податків. Не можна не відмітити й соціальний ефект підприємництва, оскільки широка мережа малих і середніх підприємств сприяє створенню робочих місць. Підприємництво в суспільстві так само необхідне, як і в економіці; в установах сфери обслуговування – так само, як на промислових підприємствах. А тому важливим завданням держави є створити всі необхідні умови для забезпечення прав суб'єктів підприємницької діяльності. Досягти останнього, на нашу думку, неможливо без належного функціонування відповідних суб'єктів.

Стан дослідження. Прямо чи опосередковано адміністративно-правовий статус тих чи інших суб'єктів різних галузей права досліджували: С.С. Алексєєв, М.Г. Александров, М.В. Вітрук, Ю.С. Гамбаров, Н.П. Журавльова, Р.І. Кондратьєв, О.В. Кохановська, О.О. Красавчиков, І.М. Кучеренко, М.С. Малєїн, О.П. Орлюк, Р.О. Стефанчук, Є.О. Суханов, В.О. Тархов, Ю.Г. Ткаченко, Г.Ф. Шершеневич та інші. Однак і дотепер не отримало свого комплексного дослідження питання адміністративно-правового статусу суб'єктів забезпечення прав суб'єктів підприємницької діяльності у сфері оподаткування.

Мета статті – надати характеристику правовому статусу окремих центральних органів виконавчої влади як суб'єктів забезпечення прав суб'єктів підприємницької діяльності.

Виклад основного матеріалу. Починаючи наукове дослідження, слід вказати, що особливе місце серед суб'єктів забезпечення прав суб'єктів підприємницької діяльності у сфері оподаткування посідають органи виконавчої влади на чолі з Кабінетом Міністрів України. Так, як встановлено в ст. 113 Конституції України, Кабінет Міністрів України є вищим органом у системі органів виконавчої влади. Він є відповідальним перед Президентом України та Верховною Радою України, підконтрольний та підзвітний останній [1]. Більш детально правовий статус Кабінету Міністрів України регламентовано в положеннях Закону України «Про Кабінет Міністрів України». Так, у ст. 20 вищенаведеного нормативно-правового акта встановлено основні повноваження Кабінету Міністрів України в різних сферах суспільного життя. Комплексний аналіз зазначених законодавчих положень надав змогу виокремити ті з повноважень Кабінету Міністрів України, які в повній

мірі характеризують його як суб'єкта забезпечення прав суб'єктів підприємницької діяльності. Серед таких повноважень слід назвати такі: забезпечує проведення державної економічної політики, здійснює прогнозування та державне регулювання національної економіки; забезпечує розроблення і виконання загальнодержавних програм економічного та соціального розвитку; сприяє розвитку підприємництва на засадах рівності перед законом усіх форм власності та соціальної спрямованості національної економіки, здійснює заходи щодо демонополізації та антимонопольного регулювання економіки, розвитку конкуренції та ринкової інфраструктури; забезпечує здійснення державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності; забезпечує розроблення і виконання програм структурної перебудови галузей національної економіки та інноваційного розвитку, здійснює заходи, пов'язані з реструктуризацією та санацією підприємств і організацій, забезпечує проведення державної промислової політики, визначає пріоритетні галузі промисловості, які потребують прискореного розвитку [2], тощо. Окрім вищенаведеного, слід зазначити, що так само, як і вказані вище суб'єкти, Кабінет Міністрів України здійснює регулюючий вплив на правовідносини з приводу забезпечення прав суб'єктів підприємницької діяльності шляхом видання відповідних правових актів. Так, як слідує з аналізу ст. 49 (акти Кабінету Міністрів України) Закону України «Про Кабінет Міністрів України», Кабінет Міністрів України на основі та на виконання Конституції і законів України, актів Президента України, постанов Верховної Ради України, прийнятих відповідно до Конституції та законів України, видає обов'язкові для виконання акти – постанови і розпорядження. Постановами Кабінету Міністрів України є акти нормативного характеру, а розпорядженнями – акти з організаційно-розпорядчих та інших поточних питань [2].

Отже, як окремий вид суб'єктів забезпечення прав суб'єктів підприємницької діяльності у сфері оподаткування слід розглядати Кабінет Міністрів України. Адміністративно-правовий статус даного суб'єкта зумовлений декількома особливостями: він є вищим органом виконавчої влади, а тому координує та контролює діяльність усіх інших підпорядкованих йому органів у досліджуваному напрямі; він наділений широким колом повноважень у досліджуваній сфері; здійснює правове регулювання суспільних відносин, пов'язаних із забезпеченням прав суб'єктів підприємницької діяльності у сфері оподаткування.

Слід зазначити, що, діючи як суб'єкт забезпечення прав суб'єктів підприємницької діяльності у сфері оподаткування, Кабінет Міністрів України реалізує свої повноваження як безпосередньо, так і через інші органи державної виконавчої влади. Зокрема, відповідно до ч. 2 ст. 1 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» Кабінет Міністрів України здійснює виконавчу владу безпосередньо та через міністерства, інші центральні органи виконавчої влади, Раду міністрів Автономної Республіки Крим та місцеві державні адміністрації, спрямовує, координує та контролює діяльність цих органів [2]. А тому як окремі види досліджуваних суб'єктів слід розглядати наведені вище органи виконавчої влади. Здійснимо характеристику особливостей адміністративно-правового статусу окремих з таких суб'єктів, функціонування яких має безпосереднє відношення до забезпечення прав суб'єктів підприємницької діяльності у сфері оподаткування.

Представниками першої групи зазначених суб'єктів є центральні органи виконавчої влади. Правовий статус таких суб'єктів, організацію, повноваження та порядок їхньої діяльності встановлено на рівні Закону України «Про центральні органи виконавчої влади» від 13 березня 2011 року. Відповідно до ст. 1 вищенаведеного нормативно-правового акта систему центральних органів виконавчої влади становлять міністерства України та інші центральні органи виконавчої влади. При цьому міністерства забезпечують формування та реалізують державну політику в одній чи декількох сферах, інші центральні органи виконавчої влади виконують окремі функції з реалізації державної політики. Повноваження міністерств, інших центральних органів виконавчої влади поширюються на всю територію держави [3]. Шляхом аналізу наведених законодавчих положень можна дійти певних висновків, які можуть бути використані для позначення особливостей адміністративно-правового статусу центральних органів виконавчої влади: 1) будучи цілісним державним утворенням, вони складаються з міністерств та інших центральних органів виконавчої влади; 2) вони є загальнодержавними суб'єктами, оскільки їхні повноваження не обмежуються окремо взятою адміністративно-територіальною одиницею, а поширюються на всю без виключення територію нашої держави; 3) однак такі повноваження мають чітку спрямованість і направлені на врегулювання однієї чи декількох споріднених сфер суспільного життя. З урахуванням наведених вище особливостей адміністративно-правового статусу центральних органів виконавчої влади повинні бути названі ті з них, які належать до суб'єктів забезпечення прав суб'єктів підприємницької діяльності у сфері оподаткування.

Як слідує з аналізу положень Закону України «Про центральні органи виконавчої влади», міністерство є центральним органом виконавчої влади, який забезпечує формування та реалізує державну політику в одній чи декількох визначених Кабінетом Міністрів України сферах, проведення якої покладено на Кабінет Міністрів України Конституцією та законами України. Основними завданнями міністерства як органу, що забезпечує формування та реалізує державну політику в одній чи декількох сферах, є: забезпечення нормативно-правового регулювання; визначення пріоритетних напрямів розвитку; інформування та надання роз'яснень щодо здійснення державної політики; узагальнення практики застосування законодавства, розроблення пропозицій щодо його вдосконалення та внесення в установленому порядку проектів законодавчих актів, актів Президента України, Кабінету Міністрів України на розгляд Президентів України та Кабінету Міністрів України; забезпечення здійснення соціального діалогу на галузевому рівні; здійснення інших завдань, визначених законами України [3]. З аналізу Схеми спрямування і координації діяльності центральних органів виконавчої влади Кабінетом Міністрів України через відповідних членів Кабінету Міністрів України, що затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 10 вересня 2014 року № 442 слідує, що сьогодні функціонує велика кількість міністерств. З огляду на особливості їхнього адміністративно-правового статусу як суб'єктів забезпечення прав суб'єктів підприємницької діяльності у сфері оподаткування нами розглядаються такі міністерства:

1) Міністерство внутрішніх справ України, яке відповідно до положення «Про Міністерство внутрішніх справ України», що затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 28 жовтня 2015 року № 878, є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, який забезпечує формування державної політики у сфері забезпечення прав і свобод людини, інтересів суспільства й держави, протидії злочинності, підтримання публічної безпеки і порядку, а також надання поліцейських послуг [4];

2) Міністерство аграрної політики та продовольства, яке відповідно до Положення «Про Міністерство аграрної політики та продовольства», затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 25 листопада 2015 року № 1119, є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує: формування та реалізацію державної аграрної політики, державну політику у сферах сільського господарства та з питань продовольчої безпеки держави [5];

Особливості адміністративно-правового статусу наведених вище міністерств полягають у тому, що вони реалізують повноваження, направлені на охорону та захист суспільних відносин із приводу підприємницької діяльності. Окрім цього, вони формують та забезпечують реалізацію державної політики в галузях, що пов'язані зі здійсненням підприємницької діяльності, а саме це паливно-енергетичні комплекси, сільське господарство, нагляд та контроль за господарською діяльністю тощо. Проте міністерством, до основних завдань якого належить забезпечення прав суб'єктів підприємницької діяльності, є Міністерство фінансів України. Відповідно до Положення «Про Міністерство фінансів України», затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 20 вересня 2014 року № 375, Міністерство фінансів України є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну фінансову та бюджетну політику, державну політику у сфері державного пробірної контролю, бухгалтерського обліку, випуску і проведення лотерей, а також забезпечує формування та реалізацію державної політики у сфері контролю за дотриманням бюджетного законодавства, державного внутрішнього фінансового контролю, казначейського обслуговування бюджетних коштів, запобігання і протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму, забезпечує формування державної політики у сфері організації та контролю за виготовленням цінних паперів, документів суворої звітності та забезпечує формування та реалізацію єдиної державної податкової, митної політики, державної політики з адміністрування єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, державної політики у сфері боротьби з правопорушеннями під час застосування податкового та митного законодавства, а також законодавства з питань сплати єдиного внеску, державної політики у сфері видобутку, виробництва, використання та зберігання дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, дорогоцінного каміння органічного утворення та напівдорогоцінного каміння, їх обігу та обліку [6]. Аналіз наведених вище завдань Міністерства фінансів України свідчить про його першорядну роль в аспекті забезпечення прав суб'єктів підприємницької діяльності у сфері оподаткування.

Говорячи про інші центральні органи виконавчої влади як суб'єктів забезпечення прав суб'єктів підприємницької діяльності у сфері оподаткування, слід зазначити, що особливості їхнього адміністративно-правового статусу будуть, окрім іншого, знаходити свій прояв у назві відповідного органу. У даному випадку йдеться, що такі суб'єкти відповідно до приписів чинного національного законодавства можуть утворюватися як служби, інспекції або агентства. При цьому назва відповідного суб'єкта буде мати свій прямиий вплив на його функціональне призначення. Зокрема, з аналізу Розділу III «Інші центральні органи виконавчої влади» Закону України «Про центральні органи виконавчої влади» слідує, що створюється орган виконавчої влади, більшість функцій якого пов'язана з наданням адміністративних послуг фізичним особам. У свою чергу як інспекція центральний орган виконавчої влади створюється, якщо більшість його функцій є контрольно-наглядовими за дотриманням органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їхніми посадовими особами, юридичними та фізичними особами актів законодавства. Насамкінець, як агентство центральний орган виконавчої влади створюється в разі, якщо більшість із його функцій пов'язані з управлінням державною власністю [2].

Станом натеper функціонує велика кількість служб, інспекцій та агентств. У контексті досліджуваного питання найбільший інтерес для нас представляють такі центральні органи виконавчої влади, як служби. Серед них як суб'єкта забезпечення прав суб'єктів підприємницької діяльності у сфері оподаткування слід розглядати Державну аудиторську службу України, яка діє відповідно до положення «Про державну аудиторську службу України», затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 3 лютого 2016 року № 43. Відповідно до положення Служба є центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування і реалізує державну політику у сфері державного фінансового контролю [7];

Окремо слід згадати такого провідного суб'єкта забезпечення прав суб'єктів підприємницької діяльності, як Державна податкова служба (далі – ДПС). ДПС є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через Міністра фінансів, і який реалізує державну податкову політику, державну політику з адміністрування єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування. Основними завданнями ДПС є: 1) реалізація державної податкової політики, здійснення в межах повноважень, передбачених законом, контролю за надходженням до бюджетів та державних цільових фондів податків, зборів, платежів, державної політики у сфері контролю за виробництвом та обігом спирту, алкогольних напоїв, тютюнових виробів, пального, державної політики з адміністрування єдиного внеску, державної політики у сфері контролю за своєчасністю здійснення розрахунків в іноземній валюті в установленій законом строк, дотриманням порядку проведення готівкових розрахунків за товари (послуги), проведення розрахункових операцій, а також за наявністю ліцензій на провадження видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню відповідно до закону; 2) внесення на розгляд Міністра фінансів пропозицій щодо забезпечення формування: державної податкової політики; здійснення контролю за надходженням до бюджетів та державних цільових

фондів податків, зборів, платежів; державної політики у сфері контролю за виробництвом та обігом спирту, алкогольних напоїв, тютюнових виробів, пального; державної політики з адміністрування єдиного внеску, а також у сфері боротьби з правопорушеннями під час застосування законодавства з питань сплати єдиного внеску; державної політики у сфері контролю за своєчасністю здійснення розрахунків в іноземній валюті в установленій законом строк, дотриманням порядку проведення готівкових розрахунків за товари (послуги), проведення розрахункових операцій, а також за наявністю ліцензій на провадження видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню відповідно до закону.

Висновок. Таким чином, центральні органи виконавчої влади, набуваючи адміністративно-правового статусу суб'єктів забезпечення прав суб'єктів підприємницької діяльності, реалізують свої повноваження шляхом забезпечення формування та реалізації державної політики, а також окремі функції з реалізації державної політики у вказаному спрямуванні. Серед особливостей їхнього адміністративно-правового статусу слід назвати те, що: вони є представниками державної виконавчої влади; їхня компетенція поширюється на всю територію України; їхня назва залежить від їх функціонального призначення; вони наділені широким комплексом повноважень, спрямованих на забезпечення прав суб'єктів підприємницької діяльності у сфері оподаткування.

Література

1. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
2. Про Кабінет Міністрів України : Закон України : від 27 лют. 2014 р. № 794-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 22. Ст. 222.
3. Про центральні органи виконавчої влади : Закон України від 17 бер. 2011 р. № 3166-VI. *Офіційний вісник України*. 2011. № 27. Ст. 1123.
4. Про затвердження Положення про Міністерство внутрішніх справ України : Постанова Кабінету Міністрів України від 28 жовт. 2015 р. № 878. *Офіційний вісник України*. 2015. № 89. Ст. 2972.
5. Про затвердження Положення про Міністерство аграрної політики та продовольства України : постанова Кабінету Міністрів України від 25 лист. 2015 р. № 1119. *Офіційний вісник України*. 2016. № 2. Ст. 68.
6. Про затвердження Положення про Міністерство фінансів України : постанова Кабінету Міністрів України від 20 серп. 2014 р. № 375. *Офіційний вісник України*. 2014. № 69. Ст. 1936. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/375-2014-p>.
7. Про затвердження Положення про Державну аудиторську службу України : Постанова Кабінету Міністрів України ; Положення від 03.02.2016 р. № 43. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/43-2016-p>.

Анотація

Чорна А. М. До характеристики правового статусу окремих центральних органів виконавчої влади як суб'єктів забезпечення прав суб'єктів підприємницької діяльності. – Стаття.

Актуальність статті полягає в тому, що роль підприємницької діяльності для держави та суспільства складно переоцінити, адже вона має суттєвий вплив на всі сфери суспільного життя. Так, з економічної точки зору підприємницька діяльність сприяє залученню великих грошових коштів у різні галузі господарства, що сприяє розвитку національної економіки в цілому. Активні учасники підприємницької діяльності є найбільшими і основними платниками податків. Не можна не відмітити й соціальний ефект підприємництва, оскільки широка мережа малих і середніх підприємств сприяє створенню робочих місць. Підприємництво в суспільстві так само необхідне, як і в економіці; в устано-

вах сфери обслуговування – так само, як на промислових підприємствах. А тому важливим завданням держави є створити всі необхідні умови для забезпечення прав суб'єктів підприємницької діяльності. У статті на основі аналізу наукових поглядів учених та норм чинного законодавства України надано характеристику правового статусу окремих центральних органів виконавчої влади як суб'єктів забезпечення прав суб'єктів підприємницької діяльності. Наголошено, що як окремий вид суб'єктів забезпечення прав суб'єктів підприємницької діяльності у сфері оподаткування слід розглядати Кабінет Міністрів України. Адміністративно-правовий статус даного суб'єкта зумовлений декількома особливостями: він є вищим органом виконавчої влади, а тому координує та контролює діяльність усіх інших підпорядкованих йому органів у досліджуваному напрямі; він наділений широким колом повноважень у досліджуваній сфері; здійснює правове регулювання суспільних відносин, пов'язаних із забезпеченням прав суб'єктів підприємницької діяльності у сфері оподаткування. Узагальнено, що центральні органи виконавчої влади, набуваючи адміністративно-правового статусу суб'єктів забезпечення прав суб'єктів підприємницької діяльності, реалізують свої повноваження шляхом забезпечення формування та реалізації державної політики, а також окремі функції з реалізації державної політики у вказаному спрямуванні. Серед особливостей їхнього адміністративно-правового статусу слід назвати те, що: вони є представниками державної виконавчої влади; їхня компетенція поширюється на всю територію України; їхня назва залежить від їх функціонального призначення; вони наділені широким комплексом повноважень, спрямованих на забезпечення прав суб'єктів підприємницької діяльності у сфері оподаткування.

Ключові слова: правовий статус, центральні органи виконавчої влади, суб'єкт, права, підприємницька діяльність.

Summary

Chorna A. M. On the characteristics of the legal status of individual central executive bodies as the subjects guaranteeing the rights of business entities. – Article.

The relevance of the article is that the role of entrepreneurial activity for the state and society is difficult to overestimate, because it has a significant impact on all spheres of public life. Thus, from an economic point of view, entrepreneurial activity contributes to attracting large sums of money in various sectors of the economy, which contributes to the development of the national economy as a whole. Active business participants are the largest and main taxpayers. It is necessary to note the social effect of entrepreneurship, as a wide network of small and medium enterprises contributes to job creation. "Entrepreneurship in society is just as necessary as in the economy; in institutions of the service sector - as well as in industrial enterprises. Therefore, the important task of the state is to create all the necessary conditions to ensure the rights of business entities. The article, based on an analysis of scientific views of scientists and current legislation of Ukraine, provides a description of the legal status of individual central executive bodies as subjects of ensuring the rights of business entities. It was emphasized that the Cabinet of Ministers of Ukraine should be considered as a separate type of subjects for ensuring the rights of business entities in the field of taxation. The administrative and legal status of this entity is due to several features: it is the highest body of executive power, and therefore coordinates and controls the activities of all other bodies subordinate to him in the study area; he is endowed with a wide range of powers in the research area; carries out legal regulation of public relations related to ensuring the rights of business entities in the field of taxation. It is generalized that the central executive bodies, acquiring the administrative and legal status of the subjects of ensuring the rights of business entities, exercise their powers by ensuring the formation and implementation of state policy, as well as certain functions of implementing state policy in this direction. Among the features of their administrative and legal status should be mentioned that: they are representatives of the state executive power; their competence extends to the entire territory of Ukraine; their name depends on their functional purpose; endowed with a wide range of powers aimed at ensuring the rights of business entities in the field of taxation.

Key words: legal status, central executive bodies, subject, rights, entrepreneurial activity.

УДК 342.9

DOI <https://doi.org/10.32837/apdp.v0i87.2820>

А. В. Чуб

ІСТОРИКО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА СТАНОВЛЕННЯ КОНЦЕПЦІЇ СУБ'ЄКТИВНИХ ПУБЛІЧНИХ ПРАВ

Постановка проблеми. Процеси демократизації та самостійної активності громадянського суспільства, необхідні для відповідного рівня суспільного розвитку, значним чином відстають від аналогічних у розвинених країнах, що зумовлено успадкованими з радянських часів традиціями державоцентризму. Аспекти, які залишилися для багатьох держав у давньому минулому – формування демократичних підвалин функціонування державних органів, переніс акцентів з безпосереднього управління як прояву влади на допоміжні, сервісні функції держави, визначення реалізації та захисту прав, свобод та інтересів особи метою існування держави – в українському адміністративно-правовому полі лише віднедавна стали об'єктом уваги науковців та практиків. Відліковим моментом нашого аналізу вибраний період на зламі ХІХ – ХХ століть, коли в наукових колах європейських правознавців виникли жваві дискусії навколо суб'єктивних прав. Вагомий внесок у становлення теорії суб'єктивних прав зробили представники континентальної Європи, особливо німецькі дослідники.

Стан наукової розробки проблеми. Проблематика суб'єктивних прав, у тому числі суб'єктивних публічних, була об'єктом наукового аналізу в працях таких видатних зарубіжних учених, як Б. Віншайд, К. Гербер, Г. Дернбург, Л. Дюгі, Г. Еллінек, Р. Єринг, І. Колер, К. Лемайєр, Д. Майорана, Г. Мейєр, О. Мейєр, Ф. Регельсбергер, С. Романо, Й. Ульбрих тощо, які й заклали підвалини для її подальшого теоретичного розвитку. Варто виділити наукові розробки таких вчених, як В.Б. Авер'янов, Ю.П. Битяк, В.І. Васильєва, О.В. Гончарук, Б.М. Дронів, С.П. Погребняк, Р.В. Сивий, В.М. Селіванов, В.В. Галуцько, Р.А. Калужний, М.П. Кунцевич, Ю.О. Легеза, С.В. Савченко, О.М. Вінник, Є.В. Курінний, В.К. Колпаков, Т.О. Коломоєць, А.Я. Курбатов, С.Т. Гончарук та ін. Однак у дослідженнях представників адміністративної науки відсутнім є комплексне дослідження становлення та розвитку концепції суб'єктивних публічних прав.

Метою дослідження є здійснення характеристики наявних теорій походження суб'єктивних публічних прав.

Виклад основного матеріалу. Хронологічно першими серед дослідників суб'єктивних прав називають представників теорії волі. Одним із перших права приватної особи у відносинах із державою розглянув у другій половині ХІХ століття Карл фон Гербер у роботі «Публічні права». На думку вченого, який першоосновою права вважав владну волю, у відносинах держави й підданих останнім завжди належить підлегле становище, проте при цьому в приватних осіб залишаються певні «основні» права, над якими держава не владна; при цьому зміст зазначених прав залежав від виставлених державною владою обмежень для влад-

ного розсуду. Тобто в трактовці Гербера публічні права приватних осіб зводились до довільних можливостей, які з'являлися завдяки добровільним самообмеженням державної влади [1].

Бернхард Віндшайд зосереджував увагу на понятті суб'єктивного права, яке розумів як створений юридичним порядком дозвіл діяти в певний спосіб, наданий державною владою. Як і Гербер, Віндшайд відводив визначальні позиції владі, яка і встановлювала норми об'єктивного права, тобто створювала певний юридичний порядок; суб'єктові в цій теоретичній конструкції відводиться функція вибирати жадану модель поведінки з тих, що дозволені правом. Суб'єктивне право в такому трактуванні мало об'єктивний характер [2].

У свою чергу Генрих Дернбург розглядав суб'єктивні права як такі, що вкорінені в самій особі людини й деяким чином залежать від її соціального статусу – від «поваги, якої вдалося добитися людині стосовно своєї особи та майна». При цьому суб'єктивне право визначається як право користуватися життєвими благами, яке надається окремій особі загальною волею [3, с. 100].

Зі свого боку Рудольф фон Єринг вибудовував розуміння суб'єктивних прав, спираючись на засади теорії інтересу. Згідно з думкою дослідника, право як продукт народного життя утворюється внаслідок боротьби між різними елементами цього життя, його метою є встановлення певного порядку співіснування зазначених елементів. Тобто суб'єктивне право – не якась абстрактна ідея, не відображення владної волі, як у концепції Гербера, а інструмент реалізації суспільних інтересів різних соціальних елементів. У цьому світлі суб'єктивне право визначається автором як «юридично захищений інтерес».

У суб'єктивному праві, вважає Єринг, потрібно розрізняти два моменти: субстанціональний, або матеріальний, в якому виражається мета права, тобто користь, вигода, яку здобувають за допомогою права, і формальний момент, який стосовно цієї мети виступає як засіб досягнення. Перший момент правознавець образно називає ядром, а другий – шкаралупою, що його закриває. Цей аспект надалі багаторазово піддавався критиці з боку теоретиків-правознавців. На їхню думку, розуміння суб'єктивного права як юридично захищеного інтересу і матеріально-формальна модель цього права не збігаються в тому, що інтерес стосується виключно «ядра», а «шкаралупа» залишається забутою, тоді як саме у формальній забезпеченості інтересів полягає юридична сторона суб'єктивного права. Інтерес же являє собою лише мету, а не суть права [4].

У межах теорії інтересу розглядав суб'єктивні права (і можливість їх захисту) і Карл Лемайер. Його погляди стосовно суб'єктивних публічних прав спиралися на глибокий історико-правовий аналіз еволюції відносин між державою та окремою особою, здійснений ним у праці «Адміністративна юстиція: поняття охорони суб'єктивних публічних прав у зв'язку з розвитком поглядів щодо держави» [5]. Розглядаючи великий масив історичних фактів, дослідник упевнено доводить існування традиції беззахисності особи перед свавіллям державної влади, притаманні давнім країнам; права індивіда закінчували своє існування там, де виступала держава. Аналізуючи історію інституту адміністративної юстиції як еволюцію захисту сфери прав окремої особи від держави, Лемайер підкреслює роль незалежності

судової влади від органів державного управління як юридичної гарантії існування і збереження суб'єктивних прав.

Цікавий внесок у теоретико-методологічні розробки зробив австрійський правник Едмунд Бернацик. Розмірковуючи про взаємні відносини між суб'єктами права та адміністративними органами, автор виділяє три типові ситуації, коли ці відносини відбуваються, та засади для їх виникнення:

1) за умови наявності юридичного інтересу – якщо суб'єкт має кваліфікований юридичний інтерес, щодо якого орган адміністрації зобов'язаний виявити його законність і врахувати його, якщо це можливо (а якщо ні, то повинен виправдати відмову);

2) за умови наявності фактичного інтересу – якщо суб'єкт господарювання в нинішній чи майбутній ситуації отримає пряму користь у результаті дій чи бездіяльності органу публічної влади;

3) за умови наявності публічного суб'єктивного права – якщо суб'єкт звертається до адміністративного суду з позовом щодо вимоги від органу публічної влади конкретних дій (або утримання від певних дій), які він юридично зобов'язаний виконувати (утримуватися) відповідно до свого призначення [6].

Далі цей підхід отримав назву «тріада Бернацика» й активно використовувався в науковій літературі зарубіжних країн з адміністративного права.

Методологічну позицію теорії інтересів поділяв і видатний український правознавець Богдан Кістяківський. Взагалі, суб'єктивні публічні права поряд з участю народу в законодавстві та державному управлінні вчений вважав підвалинами правової держави [7, с. 154]. Обмеження державної влади інтересами особи відбувається за рахунок визнання за людиною суб'єктивних прав у відносинах із тими, хто стоїть вище; таким, за Б.О. Кістяківським, має бути головний принцип правової держави. На думку істориків права, саме Б.О. Кістяківський вперше серед правових теоретиків на теренах Російської імперії заговорив про законне обмеження державної влади правами окремої особистості [8].

Визнаючи індивіда рівноцінною стороною публічних відносин поряд із державою, вчений серед публічних прав, що йому належать, виділяв насамперед права політичні, що стосуються участі в діяльності держави та державних органів. Окрім цього, Б.О. Кістяківський згадував як суб'єктивне публічне право так зване «право на гідне людське існування», що фактично являло собою сукупність декількох прав: права на невтручання держави в особисте життя, права на труд, права на розвиток власних здатностей, право на участь у матеріальних та духовних благах тощо. Аналізуючи сучасний йому стан речей, дослідник зауважував, що законодавчого забезпечення на той момент дістали лише суб'єктивні публічні права на юридичний захист індивіда з боку держави через суд [8, с. 24–28].

Розглядаючи теорію суб'єктивних публічних прав, не можна обійти увагою напрацювання відомого правознавця Георга Еллінека, які в історії правових учень називають «змішаною теорією волі та інтересу» [9, с. 20]. Виходячи, як і попередньо цитовані вчені, з тези про об'єктивний характер публічного права, Еллінек визначає його як право, що регулює відносини між державою та її членами. При цьому через те, що «не існує влади, яка могла б гарантувати однакову цінність

вимог особи владної та підлеглої» [10], на перший погляд, держава як «колективна особа» виглядає єдиним суб'єктом публічного права. Спростовуючи цю тезу, Еллінек доходить висновку, що держава володіє правами лише в тому разі, якщо їй протистоять інші особи: і та сторона, що має владу, і та, що владі підкорюється, мають взаємні права та обов'язки [10].

Іншими словами, в контексті цієї концепції суб'єктами публічних прав можуть бути як держава, так й індивіди, що створюють її субстрат. При цьому публічні права індивідів утворюються завдяки самообмежуванню державою власних публічних прав; це самообмеження, на думку вченого, відбувається негативним або позитивним шляхом. У першому випадку держава визнає певну сферу життя індивіда принципово вільною від владного втручання, обмежуючи державні домагання. Другий (позитивний) шлях полягає в тому, що держава надає підлеглим правову можливість пред'являти певні домагання стосовно державних послуг. Крім того, держава наділяє певне коло індивідів здатністю діяти в інтересах держави, виражаючи у своїх діях волю держави. Тобто йдеться про три особливі правові стани або статуси індивіда як члена певної держави: негативний, позитивний і активний. Негативний статус є для індивіда сферою свободи від держави. Позитивний статус втілюється у правовій здатності індивіда висувати домагання до держави. Активний статус, або статус активного громадянства, полягає у правовій здатності індивіда діяти для держави. Самі собою зазначені статуси, вважає Еллінек, ще не були правами: це тільки різні становища індивіда стосовно держави. Але в кожному разі, коли на певному статусі ґрунтується правове домагання, статус починає поєднуватися із суб'єктивними публічними правами [1].

Таким чином, у концепції суб'єктивних публічних прав Г. Еллінека акцентовано увагу на взаємних правах і обов'язках держави і громадянина як обов'язковій умові існування публічного права. У найбільш загальному вигляді сукупність суб'єктивних публічних прав, за Еллінеком, складається з права індивідів бути вільними від державних домагань у певних сферах приватного життя; права отримувати й вимагати отримання від держави певних послуг; права брати участь у діяльності держави.

Схожої теоретико-методологічної позиції дотримувався і Фердинанд Регельсбергер. Намагаючись розділити сфери життєдіяльності соціуму як галузі застосування публічного або приватного права, вчений акцентував на тому, що критерієм для цього розподілу виступає характер правовідносин. Як у публічних, так і у приватних правових відносинах можуть брати участь держава, окремі соціальні спільноти, громадяни; якщо жодна зі сторін правовідношення не виступає носієм влади, що має право наказувати, це правовідношення належить до приватного права, і навпаки, якщо одна зі сторін – держава, спільнота чи громадянин – наділена правом наказувати іншій, маємо справу з публічними відносинами [11].

Як із приватних, так і з публічних правовідносин, вважає Регельсбергер, впливають суб'єктивні права. Суб'єктивні публічні права дослідник розглядав крізь призму суб'єктивних інтересів; при цьому само суб'єктивне право не слугує метою діяльності, а являє собою лише засіб досягнення мети. Іншими словами, суб'єктивне право, за Регельсбергером, вміщує повноваження для здійснення дій,

що слугують досягненню суб'єктом його мети, за умови наявності волі для задоволення інтересу в досягненні мети [11].

На загальному тлі теоретизування щодо суб'єктивних прав досить оригінальною виглядає концепція солідаризму, запропонована Леоном Дюгі, який піддає сумніву можливість існування «суб'єктивних прав» як феномена. На думку правознавця, суб'єктивне право являє собою виключно «метафізичне уявлення»; у правовому аспекті може йтися лише про суб'єктивні обов'язки, якими на індивіда покладається завдання виконати певне соціально важливе призначення, для чого він має виконати певні дії, визначені об'єктивним правом. Іншими словами, Дюгі постулює об'єктивність як визначальну характеристику права, за суб'єктами залишаючи лише приписані об'єктивним правом юридичні становища та відповідні цим статусам моделі поведінки. При цьому, що важливо, «суб'єктивне юридичне становище» в розумінні Дюгі (як сукупність юридичних обов'язків і відповідних їм можливостей) досить тісно корелює із «суб'єктивними правами», тобто заперечення вченим суб'єктивних прав є скоріше номінальним: це «протест проти слова, а не проти суті, що ним позначається» [4].

Нормативна теорія суб'єктивних публічних прав віднайшла своє відображення у працях Ганса Кельзена. У своїй концепції, яку він називав «чисте вчення про право», пропонувалося розуміння правопорядку не як сукупності правових норм, а як багаторівневої системи створення й застосування права. Як концептуальна основа цього вчення виступає ідея про здатність права створювати й нищити себе через самореферентну структуру зв'язків між правовими нормами. У такій теоретичній перспективі створення права являє собою послідовну індивідуалізацію й конкретизацію правових норм: «загальні правові норми» (законодавчі приписи) конкретизують свій зміст стосовно окремих ситуацій через «індивідуальні правові норми» (судові й правозастосовні акти), через акти використання права [12, с. 175].

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

Література

1. Папа Д.М. Становлення наукових поглядів про суб'єктивні публічні права приватних осіб у вітчизняній правовій науці. *Форум права*. 2009. № 1. С. 415–419. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2009_1_59.
2. Михайлов А. Субъективное право: размышления теоретика. Право: блог. URL: <https://blog.pravo.ru/blog/5906.html>.

3. Дернбург Г. Пандекты: Общая часть / пер. с нем. Г. Фон Рехенберг ; под ред. : П. Соколовского. Москва : Унив. тип., 1906. 481 с.
4. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Москва : Изд-е Бр. Башмаковых, 1910. Т. III–IV. URL: <https://studfile.net/preview/429026>.
5. Лемайер К. Административная юстиция: понятие охраны субъективных публичных прав в связи с развитием воззрений на государство ; перевод с немецкого: А.Э. Нольде ; предисл. В. Дерюжинский. С.-Пб. : Сенат. Тип., 1905. 215 с.
6. Koncesja publicznych praw podmiotowych. Lexplay: doradztwo prawne. URL: https://lexplay.pl/arttykul/prawo_administracyjne/koncesja_publicznych_praw_podmiotowych1.
7. Кистяковский Б.А. Государство правовое и социалистическое. *Вопросы философии*. 1990. № 6. С. 141–159.
8. Крамарук С.В. Культура права в концепте социального либерализма Б.А. Кистяковского. *Философия права*. 2007. С. 24–28.
9. Зеленцов А.Б. Субъективное публичное право : учеб. пособие. Москва : Российский университет дружбы народов, 2012. 148 с.
10. Еллинек Г. Система субъективных публичных прав / пер. со 2-го нем. изд-я. под ред. А.А. Рождественского. С.-Петербург ; Москва : Изд-во Освобождение, 1913. URL: https://viewer.rusneb.ru/ru/000199_000009_004014568?page=1&rotate=0&theme=white
11. Регельсбергер Ф. Общее учение о праве / пер. с нем. И.А. Базанова ; под ред. проф. Ю.С. Гамбарова. Москва : Типография И.Д. Сытина, 1897. 296 с. URL: https://viewer.rusneb.ru/ru/000199_000009_003680355?page=245&rotate=0&theme=white.
12. Антонов М.В. Об основных элементах чистого учения о праве Ганса Кельзена. *Труды Института государства и права Российской академии наук*. 2013. № 4. С. 172–195.

Анотація

Чуб А. В. Історико-правова характеристика становлення концепції суб'єктивних публічних прав. – Стаття.

У науковій статті визначено особливості становлення та розвитку концепції суб'єктивних публічних прав. Визначено, що хронологічно першими серед дослідників суб'єктивних прав називають представників теорії волі. Встановлено, що одним із перших права приватної особи у відносинах із державою розглянув у другій половині XIX століття Карл фон Гербер у роботі «Публічні права».

Метою дослідження є здійснення характеристики теорій суб'єктивних публічних прав приватної особи. Визначено, що у взаємних відносинах між суб'єктами права та адміністративними органами автор виділяє три типові ситуації, коли ці відносини відбуваються, та засади для їх виникнення: за умови наявності юридичного інтересу – якщо суб'єкт має кваліфікований юридичний інтерес, щодо якого орган адміністрації зобов'язаний виявити його законність і врахувати його, якщо це можливо (а якщо ні, то повинен виправдати відмову); за умови наявності фактичного інтересу – якщо суб'єкт господарювання в нинішній чи майбутній ситуації отримує пряму користь у результаті дій чи бездіяльності органу публічної влади; за умови наявності публічного суб'єктивного права – якщо суб'єкт звертається до адміністративного суду з позовом щодо вимоги від органу публічної влади конкретних дій (або утримання від певних дій), які він юридично зобов'язаний діяти виконувати (утриматися) відповідно до свого призначення. Як висновок обґрунтовано, що загальнотеоретичний підхід до визначення категорії «суб'єктивних публічних прав» буде у визнанні визначальними їхніми ознаками певних не правових, а психологічних феноменів: волі, інтересу, потенційної активності. При цьому підкреслено, що винятковий підхід до розуміння категорії суб'єктивних публічних прав визначено в концепції Г. Кельзена, який зосередив увагу на нормативно-правовому складнику суб'єктивних публічних прав.

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

Summary

Chub A. V. Historical and legal characteristics of the formation of the concept of subjective public rights. – Article.

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

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

ЗМІСТ

А. О. Алксєєва	
Щодо стандартів участі народу у здійсненні судочинства в Японії	3
Д. В. Бабенко	
Специфіка адміністративно-правового регулювання діяльності господарських товариств	11
А. І. Бондаренко	
Роль верховенства права у правозахисній діяльності сучасної держави	17
О. Ю. Водяніков	
Демократія і конституція: приховані парадокси	23
М. І. Іліка	
Звернення до джерел національних правових систем для тлумачення загальних принципів права у практиці органів міжнародної кримінальної юстиції.....	43
С. Я. Кавин	
Правові засади забезпечення кібербезпеки в державах – членах Європейського Союзу	51
М. В. Калатур	
До проблеми визначення поняття інформаційного забезпечення діяльності слідчих органів в Україні	59
К. О. Клименко, В. В. Костенко	
Проблеми правового забезпечення функціонування інфраструктури електронних адміністративних послуг	65
Д. І. Клименко	
Становлення та функціонування податкової системи України.....	72
Ю. Ю. Коломісць, С. Р. Сулейманова	
Аналіз судової практики та пропозиції до законодавства України щодо видів доходів, з яких утримуються аліменти.....	78
Р. І. Лемеха	
Правове регулювання митних режимів за Митним кодексом України та перспективи його вдосконалення.....	87
А. Б. Маслоva	
Визначення правової природи публічної адміністрації у працях учених-адміністративістів: узагальнений огляд підходів	97
Yu. I. Matat	
The role of interpretation of law in the mechanism of bridging gaps in law.....	107
В. М. Мельник	
Церковно-политический сепаратизм в пределах юго-восточной Византии: публично-правовой контекст (553–564 годы).....	113
О. С. Овечкіна	
Вирішення колізійних питань правового статусу юридичних осіб у законодавстві ФРН: сучасний стан та перспективи	120

Т. С. Перун	
Забезпечення інформаційної безпеки в зоні бойового конфлікту	131
В. П. Пташинська	
Форми надання згоди Верховною Радою України на обов'язковість міжнародного договору	139
О. М. Радченко	
Система контрольних правовідносин у сфері грошового обігу	145
А. Є. Смородина	
Проблеми укладення ліцензійного договору за законодавством України	158
М. П. Стрюк	
Досвід США в системі управління сектором безпеки і оборони	172
Н. П. Харченко	
Види стратегічних правових актів: загальнотеоретичні аспекти	179
О. І. Хороновський	
Структурні ознаки сучасних транснаціональних організованих злочинних угруповань, які функціонують на шкоду економічним інтересам держави	184
І. В. Хостюк	
Міжнародно-правова проблематика скасування права вето постійних членів Ради Безпеки Організації Об'єднаних Націй	191
А. М. Чорна	
До характеристики правового статусу окремих центральної органів виконавчої влади як суб'єктів забезпечення прав суб'єктів підприємницької діяльності	198
А. В. Чуб	
Історико-правова характеристика становлення концепції суб'єктивних публічних прав	205

CONTENTS

Aliexsieieva A. O. Regarding standards for people's participation in judicial proceedings in Japan.....	3
Babenko D. V. Specifics of administrative and legal regulation of companies	11
Bondarenko A. I. The role of the rule of law in the human rights activities of the modern state	17
Vodiannikov O. Yu. Democracy and constitution: hidden paradoxes	23
Ilika M. I. Recourse to national legal systems for interpretation of general principles of law in the practice of international criminal justice	43
Kavin S. Y. Legal framework for cybersecurity in European Union member states.....	51
Kalatur M. V. On the problem of defining the concept of informational support of the activities of investigative bodies in Ukraine	59
Klimenko K. O., Kostenko V. V. Problems of legal support of functioning of infrastructure of electronic administrative services	65
Klimenko D. I. Becoming and functioning tax system of Ukraine	72
Kolomiets Yu. Yu., Suleimanova S. R. Analysis of legal practice and suggestions to the legislation of Ukraine regarding the types of income from aliments.....	78
Lemekha R. I. Legal regulation of customs regimes under the Customs Code of Ukraine and perspectives for its improvement	87
Maslova A. B. Defining the legal nature of public administration in the works of scholars-administrators: a generalized review of approaches	97
Matat Yu. I. The role of interpretation of the law in the mechanism of bridging gaps in the law	107
Melnyk V. M. Church and political separatism within the Southeastern Byzantium: the context of public law (553–564).....	113
Ovechkina O. S. Resolving conflicting issues of the legal status of legal entities in the legislation of Germany: current status and prospects	120

Perun T. S.	
The ensuring of information security on the combat conflict area.....	131
Ptashinska V. P.	
Means of expressing consent of the Verkhovna Rada of Ukraine to be bound by an international treaty.....	139
Radchenko O. M.	
The system of control legal relations in the sphere of money circulation	145
Smorodyna A. Ye.	
Issues on concluding a license agreement under the legislation of Ukraine	158
Striuk M. P.	
US experience in security and defense management system.....	172
Kharchenko N. P.	
Types of strategic legal acts: general theoretical aspects.....	179
Khoronovskyi O. I.	
Structural features of modern transnational organised criminal groups which harms state economic interests	184
Khostyuk I. V.	
International legal issues of abolishing the “power of veto” of permanent members of the UN Security Council.....	191
Chorna A. M.	
On the characteristics of the legal status of individual central executive bodies as the subjects guaranteeing the rights of business entities.....	198
Chub A. V.	
Historical and legal characteristics of the formation of the concept of subjective public rights.....	205

Наукове видання

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Збірник наукових праць

Випуск 87

Українською, англійською і російською мовами

Редактор-коректор В. Ізак
Технічний редактор Н. Кузнецова

Підписано до друку 20.08.2020. Формат 70x100/16. Папір офсетний.
Гарнітура «Шкільна». Друк офсетний. Ум. друк. арк. 25,11. Зам. № 1020/303

Наклад 100 прим. Вид. № 7.

Видавничий дім «Гельветика»
65101, Україна, м. Одеса, вул. Інглезі, 6/1
Телефон: +38 (048) 709 38 69, +38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08
E-mail: mailbox@helvetica.com.ua
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 6424 від 04.10.2018 р.