

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

Національний університет
«Одеська юридична академія»

НАУКОВІ ПРАЦІ

НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

Том XXVII



Видавничий дім
«Гельветика»
2020

У збірнику наукових праць Національного університету «Одеська юридична академія» опубліковано статті провідних учених НУ ОЮА, докторів та кандидатів наук, а також відомих правників з інших вузів України.

Збірник статей розрахований на фахівців, що працюють у сфері юриспруденції, студентів-юристів, а також юристів-практиків, які цікавляться тенденціями розвитку правового життя сучасного суспільства.

**Рекомендовано до друку та поширення через мережу Internet
вченого радою Національного університету
«Одеська юридична академія» 09.10.2020 р. (протокол № 2).**

Редакційна колегія:

Ю. В. Цуркан-Сайфуліна, д-р юрид. наук, проф. (головний редактор);
М. Р. Аракелян, д-р юрид. наук;
Л. І. Аркуша, д-р юрид. наук, проф.;
В. В. Дудченко, д-р юрид. наук;
Т. А. Латковська, д-р юрид. наук, проф.;
В. О. Туляков, д-р юрид. наук, проф.;
Г. О. Ульянова, д-р юрид. наук, проф.;
Є. О. Харитонов, д-р юрид. наук, проф.;
О. І. Харитонова, д-р юрид. наук, проф.;
Lauri Mälksoo, PhD (Естонія);
Emre Sencer, PhD (США).

Сайт видання: www.naukovipraci.nuoua.od.ua

Збірник внесено до Переліку наукових фахових видань України категорії «Б» у галузі юридичних наук (081 «Право», 293 «Міжнародне право»), в яких можуть публікуватися результати дисертаційних робіт на здобуття наукових ступенів доктора і кандидата наук відповідно до Наказу Міністерства освіти та науки України № 409 від 17.03.2020 р. (Додаток 1).

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

H. B. Aniščuk

ПОЛІГАМІЯ В ІНДІЇ: ГЕНДЕРНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Актуальність вибраної теми полягає у тому, що на початку ХХІ століття проблема прав жінок перебуває у центрі уваги країн світу, які вибрали шлях на побудову гендерної демократії. Україна, яка прагне увійти до Європейського Союзу, докладає зусиль щодо вирішення гендерних проблем.

Проблема рівноправ'я у шлюбі є досі залишається гострою в країнах, які не проводять гендерно-правові реформи. Наприклад, у країнах ісламського фундаменталізму не визнається рівність жінки та чоловіка, і як наслідок, прояви гендерної дискримінації досі зберігаються, зокрема у шлюбі та сім'ї. Наприклад, згідно з Кораном чоловіку дозволяється мати чотири дружини. Дружині дозволяється мати лише одного чоловіка. Це – один із прикладів гендерної нерівності у шлюбі.

Наявна позиція, згідно з якою інститут багатоженства ототожнюється з обмеженням прав і свобод жінок. Оскільки полігамія пошиrena у багатьох мусульманських громадах, її існування пояснюється особливостями ісламської ідеології, яка закріплює залежне становище жінки у сім'ї та суспільстві. Досі багато західних дослідників і представників міжнародних правозахисних і неурядових організацій ототожнюють полігамію із соціальною несправедливістю і порушенням прав жінок [7].

Нині у країнах із паритетною демократією вважається, що проявом гендерної рівності у шлюбно-сімейній сфері є моногамія. Однак зберігаються країни, в яких досі є полігамія.

На увагу заслуговує Індія, яка провела правові реформи з метою встановлення гендерної рівності у шлюбі. Сучасна Індія вибрала правовий курс на перехід від полігамії до моногамії, а це сприятиме насамперед захисту прав індійських жінок у шлюбі.

Метою статті є дослідження полігамії в Індії в гендерно-правовому аспекті. Для цього поставлено такі завдання:

- надати теоретичне визначення полігамії;
- розкрити поняття полігінії та поліандрії як форм полігамного шлюбу;
- визначити поняття сорорату як форми полігінії;
- здійснити гендерно-правовий аналіз полігамії в Індії на різних історичних етапах розвитку індійського суспільства;
- надати висновки щодо поставленої проблеми.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, у яких започатковано розв'язання такої проблеми і на які спирається автор, дає змогу дійти висновку, що нині у вітчизняній літературі бракує наукових грунтовних розвідок, у яких досліджувалося б вибрана тема. Зокрема, серед вітчизняних учених на увагу заслуговує монографія В. Глиняного «Правовое положение замужней женщины с древнего времени и до конца XIX в.» [4]. Серед іноземних праць заслуговують на увагу насамперед наукові роботи К. Белікової [1], М. Краснової [10], О. Ляшенко [11], О. Успенської [18], Є. Юрлової [22]. Серед вітчизняних праць слід відзначити Словник гендерних термінів, укладачем якого є З. Шевченко [19], яка надала теоретичне визначення таких понять, як «полігамія», «полігінія», «поліандрія» тощо. Заслуговує на увагу праця О. Рождественської, яка проаналізувала перші зміни у шлюбно-сімейному законодавстві Індії XX ст. [16]. Загалом, можна стверджувати, що у вітчизняній юриспруденції тема полігамії з гендерно-правового погляду залишається малодослідженою. Зокрема, це стосується й дослідження Індії – країни, в якій з найдавніших часів відомі полігамічна і моногамічна форми шлюбу.

Полігамія – санкціонована суспільством можливість чоловіка або жінки мати декілька шлюбних партнерів одночасно [10]. Інакше кажучи, полігамія – багатошлюбність. Може виступати у формі полігінії (коли чоловік має кілька жінок) чи поліандрії (коли жінка має кілька чоловіків) [11, с. 627].

До недавнього часу у шлюбно-сімейному праві Індії поряд із моногамією допускалися обидва варіанти полігамії: багатоженство (полігінія) та багатомужжя (поліандрія).

Полігінія – санкціонована суспільством можливість чоловіка мати декілька шлюбних партнерів (дружин) одночасно (багатоженство) [10]. Багатоженство поділяється соціальними антропологами на сороратне і несороратне. У разі сороратного багатоженства всі дружини одного чоловіка є сестрами, у разі несороратного – не є.

Полігінія як форма полігамії відома із найдавніших часів у Індії. В індійських драматичних та епічних творах можна знайти сліди полігамії. Так, наприклад, у Рамаяні цар Дашаратхі мав трьох дружин: першу дружину – Каушалью, другу – Кайкеї і третю – Сумітру [5].

В Індії полігінія законом була дозволена. Число дружин було визначено Законами Ману для кожної варни. Наприклад, у брахмана могло бути чотири дружини, у кшатрія – 3, у вайшія – 2, а у шудри – тільки одна дружина. Так, відповідно до ст. 13 глави III Законів Ману зазначається про те, що для шудри призначена дружина шудрянка, для вайшія – шудрянка і своєї варни, для кшатрія – ті обидві і своєї варни, для брахмана – ті три, а також своєї варни [6, с. 38]. Інакше кажучи, в індусів закон увів моногамію тільки у шудрів, людей нижчого і бідного класу. У варні вайшів можна було мати 2 дружини, у варні кшатріїв – 2 або 3, у варні брахманів – до 4. Закони Ману дозволяли вступати у шлюб одночасно з двома жінками і у разі, якщо відбулася підміна нареченої, тобто якщо після того, як нареченному показана дівчина, їйому надана інша, він може одружитися на обидвох за одну ціну [11].

У відомому давньоіндійському трактаті «Повчання у сфері чуттєвих бажань людини» (Повчання у камі), складеному Махараши Ватс'яна між II і IV ст., питанню полігінії приділено певну увагу. У цьому трактаті описується поведінка чоловіка і дружини у полігамних сім'ях: чоловік, який бере декількох дружин, має бути справедливим до кожної з них, він не повинен нехтувати ними або залишати без уваги [10].

У вищезгаданому трактаті наведено причини, за якими чоловік міг одружуватися ще раз при житті першої дружини:

1. Якщо дружина дурна чи має дурний характер.
2. Якщо дружина не подобається чоловіку.
3. Якщо дружина не народжує дітей.
4. Якщо дружина народжує тільки дівчат.
5. Якщо дружина не задовольняє чоловіка [9, с. 116].

У Давній Індії, якщо дружина не народжувала чоловіку дітей, то сама повинна була просити чоловіка взяти у дім ще одну дружину. І коли чоловік її вводить нову дружину у дім, перша дружина мала уступити їй своє верховенство та прийняти її як сестру [9, с. 116–117].

На увагу заслуговують взаємини між старшою дружиною та молодшою дружиною. Молодша дружина мала поважати старшу як свою матір і ніколи не мала нічого говорити стороннім і навіть своїм родичам про сімейні справи без відома старшої дружини. Молодша дружина мала розповідати все про себе старшій дружині, та її не дозволялося наблизатися до чоловіка свого без дозволу старшої. До дітей старшої дружини мала вона ставитися краще, ніж до власних [9, с. 118].

Слід зазначити, що у Давній Індії багатоженство могло включати більше ніж дві дружини. Чоловік, у якого багато дружин, мав вчиняти по справедливості щодо них усіх [9, с. 121].

Царі, брахмані і навіть представники нижчих варн мали право на декілька дружин. Хоча Закони Ману проголошували вищою дхармою чоловіка і дружини взаємну вірність до смерті (Закони Ману, глава X, ст. 101), чоловік міг мати декілька дружин у деяких випадках. Прямо вказує на багатоженство ст. 85 глави X дхармашастри, в якій вказується про ставлення до жінок, взятих із різних варн: «Якщо дівчі народжені беруть дружин із своєї та іншої варн, то старшинство, шана і житлове приміщення для них мають відповідати порядку варн» [11].

Аналізуючи полігінію в Індії, слід зазначити, що у цій країні існував сорорат (від лат. soror – сестра) – це звичай, згідно з яким чоловік вступає у шлюб одночасно або послідовно з деякими рідними та двоюродними сестрами дружини. Він укладався як під час шлюбу, незважаючи на те, що дружина ще жива, так і після її смерті. Звичай, згідно з яким чоловік, укладаючи шлюб з будь-якою жінкою, може одружуватися і з її сестрами, трапляється доволі часто, проте це одна із форм полігінії, а не груповий шлюб [12, с. 39–40]. Отже, одруження із сестрами практикувалося як форма полігінії в індійському суспільстві.

Інститут багатоженства був поширеній серед більшості громад на території країни й особливо в індійських князівствах. У класичний раджпутський період вельми поширеними були полігамні шлюби і сім'ї. Це поясню-

вали необхідністю забезпечити виживання та стійку життєдіяльність сім'ї. Практично всі раджпутські раджи мали багато дружин і дітей [18]. Зазвичай кажуть, що у раджпутських радж і махарадж було по двадцять дружин. Проте не всі вони могли вважатися повноправними дружинами. Частина з них, безперечно, належала до категорії наложниць і навіть домашніх служниць, які згідно з раджпутським звичаєм мали право на специфічну увагу господаря. У незаможних раджпутських сім'ях, де також було по три-чотири дружини, зазвичай лише одна з них була справжньою, шлюб з якою укладався за всіма правилами. Інші могли бути по статусу наложницями. У раджпутських помістях усі дружини і наложниці мешкають на жіночій половині, проте наложниці виконують таку роботу, яку скоріш мали б виконувати слуги. Вони і самі зазвичай належали до більш низьких каст [18].

Звичай полігамії відносився все-таки до вищих верств раджпутського суспільства – раджам, махараджам, тхакурам, раватам. Рядові раджпути дуже рідко мали декілька дружин – якщо у першої не було дітей або вона була хвора, одружувалися вдруге. У великих сім'ях така практика надмірно ускладнювала життя, хоча слід визнати, що полігамія у раджпутів – явище принципово можливе за будь-якого економічного добробуту [18].

В Індії полігінія зберігалася протягом багатьох століть. Проте з часом інститут багатоженства почав поступово витіснятися моногамним шлюбом.

Перші кампанії щодо скасування полігінії розгорнулися у XIX ст. Так, у Бенгалії з'явилися соціальні реформатори, які зробили скасування багатоженства головним питанням іхніх соціальних реформ. «Брахмо самадж», а потім і об'єднання «Молода Бенгалія» на чолі з Генрі Дерозі (1809–1831) – талановитим поетом португальсько-індійського походження, що дуже впливув на молодь, відіграли помітну роль у боротьбі проти полігамії [22, с. 53].

Ісвар Чандра Шарма (1820–1891), відомий як Від'ясагар (буквально «Океан знань»), також прославився як борець за скасування полігамії. У 1856 р. Від'ясагар направив петицію губернатору Бенгалії з пропозицією заборонити полігамію. Уряд був схильний розглянути цю петицію позитивно. Однак на той час ситуація в країні змінилася. Після індійського повстання 1857–1859 рр. британська влада змінила свій колишній підхід до соціальних реформ. Королева Вікторія випустила прокламацію, в якій містилася обіцянка не втручатися в релігійні справи індійців [22, с. 54].

У 1866 р. Від'ясагар знов звернувся до уряду з тією ж пропозицією щодо заборони полігамії. Британська влада призначила комітет для вивчення цього питання. Однак усі індійці – члени цього комітету, окрім самого Від'ясагара, дійшли висновку, що ситуація для скасування полігамії «не дозріла», суспільство потребує подальшої освіти та просвіти. Як наслідок, міністр зі справ Індії виступив проти будь-якого втручання в соціальні та релігійні звичаї індійців [22, с. 54].

Лише в 1872 р. колоніальна влада Бенгалії прийняла Закон про цивільний шлюб, який дозволяв міжкастові шлюби та вторинне заміжжя вдів, забороняв полігамію та дитячі шлюби (мінімальний вік для нареченого був встановлений у 18 років, для нареченої – 14 років) [21, с. 54]. Нагадаємо, що до 1891 р. мінімальний вік згоди на статевий зв'язок для дружини був

10 років. Згодом він був підвищений до 12 років, а в 1929 р. – до 14 років (для чоловіків – до 18 років) [22, с. 210].

Слідом за Бенгалією почалися соціальні реформи у Бомбейському регіоні.

У 1954 р. в Індії було прийнято Спеціальний закон про шлюб (Special Marriage Act, 1954). Цей закон замінив собою Спеціальний закон про шлюб від 1872 р. (Special Marriage Act, 1872). Новий закон підвищив шлюбний вік для жінок до 18 років, а для чоловіків – до 21 року. Шлюб мав бути моногамним, за багатоженство передбачалася кримінальна відповідальність [16, с. 43]. Отже, згідно з цим законом громадянам Індії було заборонено мати більше однієї дружини. Проте його дія не поширювалася на мусульман Індії.

Далі було прийнято Закон про індуський шлюб (1955 р.), який визнавав дійсним шлюб між представниками різних каст і затверджував принцип моногамії [21, с. 103].

Вищезгадані реформи пов'язані з тим, що у середині ХХ ст. на конституційному рівні було проголошено принцип рівноправ'я статей. Так, у незалежній Індії жінки вперше отримали рівні з чоловіками права після набуття чинності Конституції 26 січня 1950 р. та прийняття низки законів, що покращують їх становище.

Слід зазначити, що полігінія для мусульман зберігалася до останнього часу.

Проте міф про його виняткову та масову практику багатоженства індійських мусульман було розвінчано ще на початку 1960-х років. Насправді з'ясувалося, що полігамія серед мусульман поширювалася навіть менше, ніж серед індусів і навіть серед племен. Дослідження, що було здійснено серед різних релігійних груп, виявило, що загалом по країні багатоженство практикувалося в 5,9% сімей, серед них: у племен – 15,5%, буддистів – 8%, джайнів – 6,7%, індусів – 5,8%, мусульман – 5,7% [21, с. 103]. Наприкінці ХХ ст. цей показник знизився в усіх групах, окрім племен.

Правові реформи щодо остаточного скасування інституту полігамії тривали й на початку ХХІ ст. Так, у лютому 2015 р. Верховний Суд Індії прийняв рішення, згідно з яким забороняється мусульманам практика полігамії. Згідно з ісламським звичаєм чоловік може мати до 4 дружин. У постанові Верховного Суду вказується: «Те, що захищається статтею 25-ю (право сповідувати будь-яку релігію), стосується винятково релігійної віри і не покриває релігійну практику, яка іде всупереч з принципами громадського порядку, моралі і здоров'я. Полігамія не є інтегральною частиною релігії». Постанова Верховного Суду дозволяє звільнити державних службовців на підставі того, що вони уклали шлюб за існування першого.

Розгляд справи був викликаний петицією Анджум Бегум. Хурашид Ахмед Хан, інженер-меліоратор, був одружений з її сестрою, Сабіні Багум, а потім одружився і з нею. Суд нижчої інстанції постановив, що Хан порушив кодекс поведінки державного службовця, і Хан спробував оскаржити це рішення у Верховному суді [8].

Щодо заборони полігамії мусульманська громада Індії розкололася на дві частини. Слід зазначити, що мусульман в Індії всього 14%, проте це 170 млн людей, тобто більше, ніж населення Росії. Одні вважають, що

давно пора прийти до єдиного законодавства у питаннях шлюбу і сім'ї для всієї Індії. Інші запевняють, що влада замахнулася на шаріат. Сама влада, однак, стверджує про те, що веде боротьбу із залишками колоніалізму. І в цій заявлі є резон: ще в 1937 р., за 10 років до надання Індії незалежності, британська колоніальна адміністрація прийняла Закон «Про застосування мусульманського персонального права». Відповідно до нього мусульмани мають право розв'язувати сімейні питання, що стосуються шлюбу та розлучення, спадкування за відсутності заповіту, розділу власності, отримання приданого, опікунства та інше згідно з ісламським правом. І справа не тільки в мусульманах – намагаючись внести розкол у антибританський рух, який часто використовував релігійні лозунги, британці дозволили мати свої сімейні норми всім основним релігіям країни: вони є у індусів, сікхів, парсів, християн та інших. Винятком став лише найвідоміший у туристів курортний штат Гоа, який декілька століть був територією Португалії і Ліссабон зміг встановити там загальне сімейне право для представників усіх релігій [3].

Отже, Верховний суд Індії заборонив чоловікам-мусульманам на бюджетній роботі мати декількох дружин одночасно, дійшовши висновку, що полігамія не є обов'язковою та невіддільною частиною ісламу. Таким чином, тепер бюджетників, яких викриють у багатоженстві, будуть звільнити без попередження [15].

У 2012 р. індійська ісламська семінарія Дар-уль-Улем Деобанд випустила фетву, в якій вказувала чоловікам на практичну неможливість справедливо ставитися до двох дружин в умовах місцевих звичаїв [15].

Незважаючи на те, що нині законодавство Індії забороняє багатоженство, деякі випадки полігамії все ще мають місце. Зокрема, в індійському штаті Мізорам (Mizoram) існує незвична полігінія. Зіона Чана (Ziona Chana) – засновник релігійної секти, що підтримує багатоженство. У його селищі є багатоженство його послідовників, але сам він перевершив усіх – у нього 39 дружин, 95 дітей і 35 онуків. Цей рекорд зафіксований у Книзі рекордів Гіннеса як найбільша сім'я у світі [14].

У селі Бактванг у 4-поверховому будинку проживає усього одна сім'я – місцева пам'ятка, дружини, діти і онуки 70-річного багатоженця. У глави сім'ї – окріма кімнати, всі інші мешкають у великих залах. У цьому ж будинку знаходиться школа, столярні майстерні, курник, хлів для свиней – все, що потрібно для автономного існування мікродержави. Зіона Чана вважає, що бог надав йому благословення і не покарав таким чином: «Я вважаю себе щасливою людиною – у мене 39 дружин, і я – голова найбільшої сім'ї у світі», – повідомив він в інтерв'ю лондонській газеті “Sun”. Секта Чана нараховує 400 прихильників, яким дозволено брати у дружини стільки жінок, скільки заманеться [14].

У великій сім'ї сувора дисципліна і субординація. Головна дружина – найстаріша і найперша з усіх – Затіанджи. Вона керує усіма іншими дружинами, доньками і невістками. Її першочергове завдання – організовувати роботу на кухні, адже на одну вечерю уходить 100 кг рису, 30 курей, 60 кг картоплі. Інші дружини займаються також пранням та прибиранням [14].

Наймолодшій дружині – 27 років, і Зіона не збирається зупинятися на досягнутому, він цілком допускає думку про новий шлюб. В один із років він одружився відразу на 10 жінках. 37-річна Нгайзуалі вважає себе коханою дружиною, тому що чоловік протягом 18 років дозволяє їй щоденно його розчісувати [14].

В юності Зіона Чана не збиралася одружуватися – він бачив, як складно його батькові із 7 дружинами. Проте пізніше увійшов у смак, напевно, зрозумів переваги полігамної сім'ї: всі виконують свої обов'язки, його вважають гарним чоловіком у селі і самим головним чоловіком вдома [14].

Держава не допомагає багатодітній сім'ї – усі сини працюють теслями, як і Зіона Чана, і утримують дружин. Глава сім'ї пишається тим, що грошей їм вистачає і на одяг, і на їжу [14].

Індія – одна із небагатьох країн світу, де живуть народи, що практикують поліандрію – багатомужжя. В минулому поліандрія була поширенна тут значно ширше, причому не лише у корінних народів, але і у арійських племен, які потрапили під їхній вплив. У всякому разі давньоіндійські міфи свідчать про те, що цей звичай зустрічався в арійських князівствах Північної і Центральної Індії.

Епос «Махабхарата» містить згадку про поліандрію [13]. Цей твір розповідає про дівчину Драупаді, доньку царя Панчалів, яка вийшла заміж за п'ятьох братів Пандавів, тобто стала їхньою спільною дружиною. Сталося так, що старший із братів програв красуню у кістки принцу Кауравів, що призвело до низки подій, які закінчилися війною між Пандавами і Кауравами. Поліандрія головної героїні поеми «Махабхарата», яку поділили між собою брати Пандави, не тільки не засуджується, проте є предметом ретельного виправдання словами матері братів Кунти: «Володійте благом спільно!». Йдеться про братську поліандрію, коли всі брати становляться чоловіками одної жінки. Народжений у поліандрічному шлюбі син, як зазначає ст. 182 глави X Законів Ману, вважався сином усіх братів: «Якщо між братами, що походять від одного батька, один має сина, Ману оголосив їх усіх завдяки цьому сину, що мають синів» [11].

Коли прийшли англійці, поліандрія в Індія зберіглась лише у горців Гімалаїв та у деяких місцевостях південної Індії. І досі багатомужжя зустрічається у споріднених тибетцям ладкхів, які живуть на високогірному плато Ладакх у штатах Джамму і Кашмір.

Також відомо, що поліандрія має обмежене поширення, головним чином серед частини зареєстрованих племен пригімалайського району (у штатах Утар-Прадеш і Хімачал-Прадеш) [21, с. 103].

Справді, поліандрія практикується й сьогодні, щоправда, у прихованій формі. Так, у деяких штатах Індії набирає обертів явище, з яким повалені як індійські, так і ісламські общини. В окрузі Багпат індійського штату Утар-Прадеш, де мешкає значна за чисельністю мусульманська громада, катастрофічно знижується чисельність молодих дівчат та жінок, і чоловіки стикалися із проблемою відсутності наречених, повідомляє The Telegraph.

Такий демографічний дисбаланс деякі спеціалісти пов'язують у тому числі з абортами за статевою ознакою, а саме спробами позбутися дівчат, – явище дуже популярне у східних общинах. Через брак молодих жінок

в Уттар-Прадеш почали виникати так звані поліандрічні шлюби. Спочатку дівчат видавають заміж за одного молодого чоловіка, а далі їй пояснюють, що жити вона буде по факту з усіма рідними братами чоловіка, їх можна назвати чоловіками № 2, № 3 і так далі. «Багатомужниця» жити складно, адже, окрім побутових обов'язків, їм доводиться підтримувати подружні стосунки з деякими чоловіками по черзі, мешкаючи з ними всіма в одному будинку, а це тягне за собою появу на світ дітей із невідомим батьком. Виходить така традиційна східна поліаморія. З огляду на сувері ісламські норми такі зв'язки неприйнятні та порушують цілий спектр законів шаріату, однак ця побутова східна практика існує споконвіку. Одруження і процес залишання на Сході ускладняються також тим, що за наречену доводиться платити родичам великі відкупні та оплачувати дороге весілля, подарунки, а це по кишені далеко не кожному. За даними правозахисників, таких «сімей» в окрузі Багпат нараховується приблизно 2 100, і життя жінок, за їхніми словами, вкрай важке [2].

Отже, поліандрія – санкціонована суспільством можливість жінки мати декілька шлюбних партнерів (чоловіків) одночасно. Це дуже рідкісна форма шлюбу. Одним із його прикладів є деякі суспільства Південної Індії та Тибету. Тут вважається нормальним, коли жінка, виходячи заміж, автоматично стає дружиною всіх братів свого чоловіка та вони живуть разом. Поліандрія в родинах Південної Індії стала зрозумілою, коли в результаті аналізу демографічної ситуації виявилося, що в цих регіонах чоловіче населення значно перевищує за своєю чисельністю жіноче [19]. Поліандрія породжує ситуацію, що не є характерною для полігінії – біологічний батько дитини зазвичай невідомий. Так, у південно-індійській культурі чоловіки, мабуть, не цікавилися встановленням біологічного батьківства. Хто з чоловіків ставав батьком дитини, визначалося в процесі обряду, коли один із чоловіків підносив вагітній дружині іграшкові лук і стрілу. Якщо згодом інший чоловік виявляв бажання стати батьком, ритуал повторювався під час наступної вагітності. Мабуть, поліандрія існувала тільки у суспільствах з украї низьким життєвим рівнем, де практикувалося умертвіння дівчаток [19].

В історії індійського суспільства, якщо багатоженство було досить поширеним явищем, то багатомужжя, або поліандрія, траплялося рідше і було виключено у сім'ях, що належали до вищих варн.

Таким чином, в Індії протягом багатьох століть поряд із моногамними шлюбами існували полігамні шлюби. Зокрема, були шлюби як у формі полігінії, так і у формі поліандрії. Ситуація змінилася після здобуття Індією незалежності та прийняття Конституції 1950 р., яка проголосила гендерну рівність. Щоправда, полігінія до початку ХХІ ст. зберігалася для індійських мусульман. Поліандрія й досі зберігається у деяких індійських племен у прихованій формі моногамного шлюбу.

Підсумовуючи, слід зазначити, що де-юре на початку ХХІ ст. для всіх громадян Індії встановлене загальне сімейне право, а це означає моногамію у шлюбі. Проте де-факто зберігаються полігамні шлюби, попри закріплення принципу гендерної рівності на конституційному рівні.

Література

1. Беликова К.М. Некоторые аспекты брачно-семейных отношений с позиции судов. URL: //e-notabene.ru.
2. В Индии в связи с дефицитом невест начала процветать полиандрия – одна жена на трех братьев. URL: sedmitza.ru /text/9224775.
3. Власти Индии намерены запретить исламскую практику многоженства. URL: //densegodnya.ru.
4. Глинный В.П. Правовое положение замужней женщины с древнего времени и до конца XIX в. Одесса : Юридична література, 1999. 304 с.
5. Древнее ведическое сказание Рамаяна. Арийский цикл. Москва : Амрита-Русь, 2016. 592 с.
6. Крестовська Н.М., Цвіркун О.Ф. Історія держав і права зарубіжних країн : хрестоматія-практикум. Закони Ману. Харків : Одіссей, 2010. С. 32–61.
7. Зелькина А. Женщины за многоженство. Преимущества и недостатки полигамии. URL: lenta.ru.
8. Индия запретила мусульманам многоженство. URL: mignews.com.
9. Кама Сутра / пер. с англ. Н. Роговой. Санкт-Петербург : Азбука, Азбука-Аттикус, 2018. 224 с.
10. Краснова М.Н. Влияние кастового строя и гендерных установок на формы брака в Древней Индии. URL: //cyberleninka.ru.
11. Ляшенко Е.Н. О формах брака по древнеиндийским источникам. URL: //cyberleninka.ru.
12. Максимов А. Этнографические труды. Москва : Studi Aids, 2019. 325 с.
13. Махабхарата. Маусала-парва. Махапрастханица-парва. Москва : Ганга, 2016. 216 с.
14. Многоженство по-индийски: в самой большой семье в мире 1 муж, 39 жен и 95 детей. URL: //kulturologia.ru.
15. Мусульман будут увольнять за полигамию. URL: //ansar.ru.
16. Рождественская Е.С. Первые изменения в брачно-семейном законодательстве Индии XX века – специальный закон о браке 1954 года. *Вісник Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна. Серія «Право»*. 2016. Випуск 21. С. 32–35.
17. Успенская Е.Н. Антропология индийской касты. Санкт-Петербург : Наука, 2010. 558 с.
18. Успенская Е.Н. Раджпуты. Рыцари средневековой Индии. URL: coolib.com.
19. Шевченко З.В. Словник гендерних термінів. Черкаси : Видавець Чабаненко Ю., 2016. URL: //a-z-gender.net.
20. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.М. Шемшученко (голов. редкол.) та ін. т. 4: Н-П. 2012. 720 с.
21. Юрлова Е.С. Женщины в индийской семье. *Этнографическое обозрение*. 1991. № 1. С. 97–106.
22. Юрлова Е.С. Женщины Индии. Традиции и современность. Москва : Институт востоковедения РАН, 2014. 520 с.

А н о т а ц і я

Аніщук Н. В. Полігамія в Індії: гендерно-правовий аспект. – Стаття.

Стаття присвячена дослідженням полігамії в Індії, яка розглядається у контексті питань гендерної рівності та гендерної дискримінації у шлюбі. Гендерно-правовий аналіз, покладений в основу дослідження, дає змогу подивитися на проблему полігамії з позиції прав жінок. Наводиться позиція, згідно з якою інститут багатоженства ототожнюється з обмеженням прав і свобод жінок. Констатується, що досі багато західних дослідників і представників міжнародних правозахисних і неурядових організацій ототожнюють полігамію із соціальною несправедливістю і порушенням прав жінок.

На увагу заслуговує Індія, яка провела правові реформи з метою встановлення гендерної рівності у шлюбі. Сучасна Індія вибрала правовий курс на перехід від полігамії до моногамії, а це сприятиме насамперед захисту прав індійських жінок у шлюбі. Полігамія – санкціонована суспільством можливість чоловіка або жінки мати декілька шлюбних партнерів одночасно. Інакше кажучи, полігамія – багатошлюбність. Може виступати у формі полігінії (коли чоловік має кілька жінок) чи поліандрії (коли жінка має кілька чоловіків).

До недавнього часу у шлюбно-сімейному праві Індії поряд із моногамією допускалися обидва варіанти полігамії: полігінія та поліандрія. В Індії полігамія законодавством була

дозволена. Число дружин було визначено Законами Ману для кожної варни. Інститут багатоженства був поширеній серед більшості громад на території країни й особливо в індійських князівствах. Звичай полігамії належав до вищих верств суспільства. Бідні люди дуже рідко мали декілька дружин – тільки якщо у першої не було дітей або вона була хвора, одружувалися вдруге.

В Індії полігінія зберігалася протягом багатьох століть. Проте з часом інститут багатоженства почав поступово витіснятися моногамним шлюбом. Перші кампанії щодо скасування полігінії розгорнулися у XIX ст. У статті аналізується розвиток законодавства Індії щодо ліквідації полігамії. окрему увагу приділено питанню поліандрії в Індії, яка практикується у деяких народів. Зазначається, що це явище характерне для бідних верств суспільства. Робиться висновок, що де-юре в XXI ст. для всіх громадян Індії встановлене загальне сімейне право, а це означає моногамію у шлюбі. Проте де-факто зберігаються полігамні шлюби, попри закріплення принципу гендерної рівності на конституційному рівні.

Ключові слова: Індія, полігамія, гендерна рівність, гендерна дискримінація, права жінок, закон про шлюб.

S u m m a r y

Anischuk N. V. Polygamy in India: gender-legal aspect. – Article.

The article is sanctified to research of polygamy in India, that is examined in the context of questions about gender equality and gender discrimination in marriage. The gender-legal analysis fixed in basis of research allows to look at the problem of polygamy from position of rights for women. Point of view is presented, according to which the institution of polygamy is identified with the restriction of the rights and freedoms of women. It is stated that so far many Western researchers and representatives of international human rights and non-governmental organizations have identified polygamy with social injustice and the violation of women's rights.

India that conducted legal reforms with the purpose of establishment of gender equality in marriage deserves attention. Modern India chose a legal course on a transition from polygamy to monogamy, and it will promote, foremost, to the protection of rights for the Indian women in marriage. Polygamy is the possibility of man or women to have a few marriage partners simultaneously sanctioned by society. Can come forward in form poligyny (when a husband has a few wives) or poliandry (when a wife has a few husbands).

Till recently in a marriage-domestic law for India along with monogamy both variants of polygamy were assumed: poligyny and poliandry. In India polygamy by a legislation was settled. The number of wives was certain Laws of Manu for every group of people. The institution of polygamy was distributed among most communities in the country and especially in the Indian principalities. The custom of polygamy still belonged to the upper strata of society. Poor people very rarely had several wives – if the first one had no children, or she was sick, they married a second time.

Polygyny has been preserved in India for many centuries. However, over time, the institution of polygamy began to be gradually replaced by monogamous marriage. The first campaigns against polygyny unfolded in the nineteenth century. The article analyzes the development of Indian law on the elimination of polygamy. Special attention is paid to the issue of poliandry in India, which is practiced by some peoples. It is indicated that this phenomenon is characteristic of the poor. It is concluded that de jure in the XXI century for all citizens of India established a common family law, which means monogamy in marriage. However, de facto polygamous marriages persist despite the consolidation of the principle of gender equality at the constitutional level.

Key words: India, polygamy, gender equality, gender discrimination, rights for women, Marriage Act.

УДК 343.01
DOI <https://doi.org/10.32837/prnuola.v27i0.676>

Д. О. Балобанова

ВІМІР “SUSTAINABLE DEVELOPMENT” ДЛЯ ДИНАМІКИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

Революційне залучення новел до всієї системи, яка еволюційно розвивається, з усіма ознаками наступності і узгодженості, при цьому збереження функціонування всієї системи і продовження руху до визначененої мети і є ознакою стійкості такої системи. У сучасних умовах це доволі важко, адже напрями розвитку, які продукувало глобальне суспільство, дещо вирізнялися в кримінальному праві України протягом віків. Водночас напрацьовані в державі норми та стійкість їх розвитку впливають на систему зсередини не менше, ніж тиск ідеологічних глобальних елементів, які впливають на неї ззовні.

Оптимальним розвитком кримінального права є його стійкий розвиток, який характеризується наступністю та узгодженістю і водночас переважно еволюційністю, за винятком випадків інновацій, які виникають у зв'язку з появою нових видів злочинності, протидія яким наявними засобами кримінального права неможлива. Це стосується технічного складника динаміки, що зумовлюється і змістовим, і сучасним ідеологічним її спрямуванням.

Отже, динаміка кримінального права нині, в зоні балансування еволюційного і революційного впливів, має формуватися технічно з позицій наступності й узгодженості на національному рівні, водночас має ідеологічно відповідати правовій політиці, яка діє на глобальному (міжнародному) рівні і прийнята державою.

Наземо таку динаміку для кримінального права «динамікою стійкого розвитку», оскільки такий розвиток вирізняє її від безсистемно змінюваних і наповнюваних етапів динаміки, водночас наділяє її двома важливими сенсами – неможливістю замірання і стійкістю в мінливих умовах.

Нині в міжнародно-правовій термінології широко використовується термін «сталий розвиток» (“*Sustainable development*”). Цей термін виступає ключовим у низці міжнародних документів, але його назва дещо не відповідає змісту, що вкладався в нього на початку його впровадження. Загалом концепція “*Sustainable development*” первинно використовувалася у сфері економіки природокористування: це організаційний принцип для досягнення цілей розвитку людства з одночасним підтриманням здатності природних систем надавати природні ресурси, від яких залежить економіка і

суспільство. Але останнім часом термін усе більше і більше поширюється і на інші сфери правового регулювання [1], а також використовується у соціодинаміці.

Термін виник у 1980 р. у світовій стратегії охорони природи, яку опублікував Міжнародний союз охорони природи. У Стратегії “*Sustainable development*” фігурував як глобальний пріоритет [2]. Два роки потому Всесвітня хартія ООН природи визначила його серед основних принципів збереження, які мають оцінюватися як критерії впливу людини на природу [3]. Сучасна Концепція “*Sustainable development*” заснована на звіті Всесвітньої комісії ООН з навколошнього середовища (World Commission on Environment and Development (WCED)) «Наше спільне майбутнє» 1987 р. [4]. У цій доповіді саме відображеній той зміст, який нині все більше розуміється міжнародною спільнотою як “*Sustainable development*”¹.

У 1992 р. Конференція ООН з навколошнього середовища і розвитку опублікувала Хартію Землі [5], в преамбулі якої зазначено: «Ми перебуваємо в критичному моменті в історії Землі, тоді як людство повинно вибрести своє майбутнє. Мірою того, як світ стає все більше взаємопов’язаним та крихким, майбутнє одночасно є і великою небезпекою, і великою перспективою. Для того щоб рухатися далі, ми повинні визнати, що серед чудової різноманітності культур і форм життя ми – одна людська сім’я і одна громада Землі із загальною долею. Ми повинні об’єднатися, щоб принести стало глобальне суспільство, засноване на повазі до природи, загальних прав людини, економічної справедливості і культури світу. З цією метою вкрай важливо, щоб ми, народи Землі, оголошували нашу відповідальність один перед одним, перед усім людством і майбутнім поколінням» [6].

Таким чином, Хартією Землі у 1992 р. геоекономічна семіотична конструкція “*Sustainable development*” вийшла за межі первинного використання і поширилася не лише на повагу до природи, а й на права людини, через економічну справедливість інтерпретувала право на розвиток, а також поширилась на культуру світу.

Надалі, зокрема, з прийняттям Декларації тисячоліття ООН, термін “*sustainable development*” проникає майже в усі сфери життєдіяльності людства ХХІ століття [7; 8]. В її першому розділі «Цінності і принципи» зазначено: «Ми вважаємо, що головним завданням, що стоїть перед нами сьогодні, є забезпечення того, щоб глобалізація стала позитивним фактором для всіх народів світу» (п. 5); «Ми вважаємо, що істотно велике значення для міжнародних відносин у ХХІ столітті буде мати низка фундаментальних цінностей. До них належать: Свобода. Рівність. Солідарність. Терпимість. Повага до природи. Загальний обов’язок» [9] (національних держав – прим. авт., Д.Б.).

Однак не менш важливе і те, що на початку глобалізаційних процесів ще у 1970 р. у науці ідея “*Sustainable development*” уже розглядалася

¹ За визначенням Brundt and Report, “*Sustainable development*” – це розвиток, який відповідає потребам дійсності, не ставлячи під загрозу здатність майбутніх поколінь задовольняти власні потреби. Він містить у собі дві ключові концепції: 1) концепцію «потреб», зокрема, основних потреб бідних людей у світі, яким слід приділяти першочергову увагу; 2) ідею обмежень, що налаштовуються станом технологій та соціальної організації на здатність навколошнього середовища задовольняти нинішні і майбутні потреби.

як розвиток у триєдності груп факторів «економічних, екологічних і соціальних» стосовно «екології, економіки і справедливості» [10]. І саме це і відобразилося у Декларації тисячоліття ООН як визначення її основних цілей: мир, безпека і роззброєння (Р. II); розвиток і викорінення жебрацтва (Р. III); охорона нашого спільнотного навколошнього середовища (Р. IV); права людини, демократія і благе управління (Р. V); захист уразливих (Р. VI) та інше.

З аналізованого стає зрозумілим, що визначення "*Sustainable development*", первинно закріплене на глобальному рівні в Хартії Землі як геоекономічна категорія, з прийняттям Декларації тисячоліття повною мірою поширилося на всі сфери, яких так чи інакше стосується питання глобалізації, а основними сферами його дії є сфери економіки, екології і суспільства.

З 2006 р. в Україні функціонує представництво Світового центру даних Міжнародної наукової ради, яке спеціалізується на проведенні міждисциплінарних досліджень складних систем різної природи. Його діяльність спрямована на вивчення механізмів доступу української наукової спільноти до глобальних інформаційних ресурсів у галузі наук про Землю, планетарної і космічної фізики та відповідних суміжних дисциплін, а також збору і зберігання глобальних і регіональних даних для проведення досліджень у галузі сталого розвитку та прийняття управлінських рішень. Офіційний портал СЦН-Україна проводить періодичні аналізи рівня сталого розвитку в Україні, серед пунктів соціально-інституціонального виміру у Таблиці 1.1. якого містяться такі показники, як «потерпілі від злочинів», «кількість злочинних організацій», «індекс сприйняття корупції». Таблиця 1.2. «Індикатори загроз» аналізує показники «злочинність» як коефіцієнт злочинності по регіонах, «корупція» як індекс сприйняття корупції [11].

Аналізуючи кримінальне право і його розвиток, В.О. Туляков зазначає, що «адитивний характер кримінального права на практиці, формування кримінальної заборони передбачає не лише конституційні правила і процеси підключення, а й категоріальну та нормативну залежність від множинності різних видів процесів. <...> Кримінальне право намагається регулювати ентропійний характер і види масових злочинів і зловживань законом, які здійснюються у відповідних просторово-економічних та політичних обставинах, які залежать від стійкого розвитку» [12, с. 15] (курсив мій – Д.Б.). Відповідно, і кримінальне право має зазнавати такої динаміки, яка, відчуваючи ентропійний характер девіацій та кримінальних правопорушень, має реагувати на них і лишатися стійким.

У контексті бачення кримінального права з урахуванням соціально-економічних трансформацій зрозуміло, що ефективність його нині залежить від динаміки та здатності до протидії проявам, які впливають на об'єктивні показники "*Sustainable development*" у державі. Відповідно, динаміка кримінального права за таких умов виступає демонстратором його відповідності викликам та загрозам розвитку на глобальному та національному рівнях у реальних умовах і в перспективі.

Глобалізаційні процеси і сучасні формати оцінки соціальної безпеки підтверджують висловлену В.О. Туляковим позицію стосовно відвертого переходу вітчизняного кримінального правосуддя в новий формат: «кримі-

нальне правосуддя демонструє перехід від абсолютних форм публічно-правових відносин для переходу в підходи постмодерну сучасності з цілісною системою, яка, по суті, заснована на ландшафтній ідеології концепції прав людини і різnobічного захисту основних людських цінностей» [12, с. 16].

У 2015 р. ООН була прийнята Резолюція 70/1 «Перетворення нашого світу: Порядок денний у галузі сталого розвитку на період до 2030 року» [13], в преамбулі якої зазначено: «Дійсний Порядок денний – це план дій для людей, планети і процвітання. <...> Ми сповнені рішучості сприяти побудові миролюбного, справедливого і вільного від соціальних бар'єрів суспільства, в якому немає місця страху і насильству. Не може бути стійкого розвитку без миру і миру без стійкого розвитку». У п. 8 Резолюції зазначається: «Нам бачиться світ, в якому забезпечується загальна повага до прав людини і людської гідності, верховенство права, справедливість, рівність і недискримінація, повага до расового, етнічного та культурного розмаїття; світ рівних можливостей, що дозволяє повною мірою розкрити людський потенціал і сприяє загальному процвітанню». Чи не це є кристалізацією цілей та завдань сучасного права в контексті загальних цілей Декларації тисячоліття в умовах глобалізації? Наскільки така система відповідає і може відповідати системі цінностей, котрі захищає кримінальне право України?

З цього приводу абсолютно слушно зазначає Н.А. Савінова: «Якщо взяти за основу систему абсолютних цінностей, на захист котрих спрямоване сучасне кримінальне право, як не дивно, першою з них визначається безпека, а вже після неї всі інші цінності: справедливість, гуманізм, верховенство права і т.д. Безпека як цінність, яка задовольняє первинний рівень потреб, звичайно, на перший погляд, є найважливішою, якщо кримінальне право спрямоване на «убезпечення суспільних відносин від». Цінністю, безсумнівно, є безпека, і захищаємо ми суспільні відносини від загроз саме цієї цінності. Хоча ця теза стосується переважно давнішнього теоретичного спору «Що ж захищає кримінальне право?», а по суті, суспільні відносини, котрі виникають не з приводу цінностей або самі по собі, не є цінними насправді, і суспільна значущість їх низька» [14, с. 71].

В.О. Навроцький зазначає, що КК України 2001 р. виявився «сирим», оскільки готовувався без належно сформульованої концепції реформування кримінального законодавства [15, с. 760]. На момент прийняття його діяли базові міжнародні документи, які визначали систему цінностей ХХІ сторіччя, і їх урахування, якнайменше, було б важливим навіть на первинному етапі. Таке врахування давало б можливість не лише зменшити перевантаження КК новелами, які протирічили такій системі цінностей, а й значно ширше дивитися на підходи до дискреції основних прав людини, які підлягають кримінально-правовій охороні. Напевно, що інститут потерпілого був би в обов'язковому порядку включений до КК, і компенсаторні механізми, і покарання були б іншими...

О.М. Костенко, відстоюючи концепцію соціального натуралізму, демонструє таку критику позитивістських підходів, що досі панують у постраянському просторі: «Останнім часом внаслідок кризи соціального порядку у суспільстві загострюється, зокрема, боротьба між «класами» злочинців

і незлочинців. Нагальною стає проблема конфлікту між свободою і безпекою у всьому світі: розширення свободи людини загрожує безпеці, а зміщення безпеки обмежує свободу людини. Все важче стає розрізняти добро і зло, а також істину і псевдоістину, справедливість і псевдосправедливість, свободу і псевдосвободу, прогрес і псевдопрогрес, порядок і псевдопорядок, демократію і псевдodemократію, політику і псевдополітику, правосуддя і псевдоправосуддя, підприємництво і псевдопідприємництво і т.п. Засоби існуючого нині світогляду виявляються недостатніми для того, щоб вирішити цю проблему, запропонувавши критерій для розрізнення зазначених речей. Вказане стосується і праворозуміння, зокрема проблеми розрізнення у правознавстві «права» і «псевдоправа» [16].

Водночас науковці, які ретельно стежать за розвитком національного права в глобальному світі, твердять про те, що право загалом і кримінальне право зокрема втрачають свої раніше відомі важелі впливу. В.О. Туляков визначає цей стан як стан «сингулярності» кримінального права: «імперативний концепт публічно-правового захисту прав та свобод фізичних та юридичних осіб, громади, держави може бути вщент порушеним за допомогою неконтрольованого поширення диспозитивної приватності паралельного регулювання» [17, с. 24].

Ще Ф. фон Лист вказував на існування науково обґрунтованої кримінальної політики за умови, якщо «в її основу будуть покладені дані кримінальної біології (антропології) і кримінальної соціології (статистики)» [18, с. 7]. А А.Е. Жалінський стверджував, що «предмет соціального аналізу кримінального права визначається його зв'язком із загальними соціальними процесами, у томі числі з діяльністю різних соціальних груп. Він, зокрема, повинен включати в себе: потребу суспільства в кримінальному праві; позицію суспільства щодо кримінального права; ресурси, які суспільство вкладає в дію кримінального права. Врешті-решт, предмет кримінального права включає в себе небезпеки, пов'язані з виходом кримінального права на межі соціальних потреб» [19, с. 14].

Система соціальних цінностей та чесних критеріїв кримінального права у сучасних національних державах має відповідати шкалі цінностей глобальній, яку визнають люди в усьому світі. «Еталоном, шкалою оцінок, — пише В.К. Грищук, — ефективності кримінально-правової норми є мета, переслідувана законодавцем. Ієархії суспільних інтересів відповідає (має відповідати) суспільна ієархія цілей, які держава намагається досягнути за допомогою кримінального закону зокрема» [20, с. 39].

На думку В.О. Тулякова, «за умов глобалізації стан сингулярності, поширюючись у мережевих гібридних формах нормосвідомості, стає все більш популярним. Концепт публічної заборони спрацьовує, коли ця заборона отримує суб'єктивну оцінку. У випадках, коли паралельна реальність (доповнена реальністю) формує нові можливості індивідуальної чи колективної поведінки, заборони не існують. Вони міняються на дозволи» [17, с. 24]. Ту ж позицію підтримує іншими словами П.А. Альбрехт: «...тенденцію можна описати як суспільний відступ від природного стану. Правовий стан залишають величезними кроками, без можливості повернутися, механізмами влади стають війна, страждання та не визначений законом

уряд, коли правопорушників вбивають без судового розгляду найвищими державними органами та коли у такий спосіб по всьому світу легалізується державний тероризм» [21, с. 19].

І з цим не можна не погодитися, адже підтвердженням такого стану, зокрема в Україні, виступає не лише безкарність певних соціальних явищ, які зовні мають усі ознаки кримінальних правопорушень, а й тенденція некараності масових протиправних діянь і, навпаки, приховування «незручних злочинів» як, зокрема, розстріл Небесної Сотні на Майдані в Києві чи трагедія Будинку профспілок в Одесі 2014 року. Аналогічні ситуації спостерігаються в інших країнах світу, і не лише в країнах, які розвиваються.

Стан, в якому нині опинилося кримінальне право, Н.А. Савінова визнає як «ефект Плато» – стан неможливості розвитку якостей предмета з «інших» стосовно нього причин, запозичуючи цей термін з біологічних наук. Серед таких причин неможливості розвитку кримінального права в сучасному стані вона визначає: «доктрина кримінального права, яка заснована на ідеології закритого суспільства, де панують лише внутрішні правові конструкції чи домінують інтереси держави (тобто можновладців), не може бути ефективною» [22, с. 122]. А подолання «ефекту плато» кримінального права шляхом виконання, по суті, функцій кримінального права інститутами суспільства доказує саме через реалізацію ідеї включення в кримінальне право інституту кримінально-правового поводження зі злочинцями та жертвами злочину, запропонованої В.О. Туляковим у 2000 р. як Державної концепції допомоги жертвам злочину [23, с. 5], а також проекту Закону «Про охорону прав жертв злочинів» [24], яка до цього часу кримінальним правом, на жаль, не лише не реалізована, навіть не прийнята до уваги, але частково виконується медіацією та практиками відновленого правосуддя [22, с. 123].

«Динаміка, тобто реалізація і розвиток кримінального права, охоплює всі процеси його функціонування – криміналізації та декриміналізації, розробку кримінально-правових позицій, які пов’язані або безпосередньо не пов’язані із використанням кримінального закону, виключно професійну діяльність з його застосування, забезпечення виконання кримінально-правових рішень та ін.», – писав А.Е. Жалінський [25]. Таке бачення є вельми необхідним нині, коли «саме відпрацювання теоретичної моделі механізму кримінально-правового впливу в змозі надати імпульс догматичним дослідженням форм та структури Кримінального кодексу майбутнього» [26, с. 114].

Нами визначено, що оптимальну динаміку права в умовах перетворень суспільства характеризує її стійкий розвиток. Стійкий розвиток (*Sustainable development*) – послідовний еволюційний рух до поставленої мети, який відображується в позитивній динаміці галузі, в якій здійснюється. Стійкий розвиток права – послідовний еволюційний розвиток, який включає необхідні періоди прогресивного руху та спокою, спрямовані до досягнення запланованої мети і здійснюються з урахуванням наступності та узгодженості.

Таким чином, ми маємо справу з визначенням конкретних мети (1), а також критеріїв наступності (2) та узгодженості (3) в ідеї стійкого розвитку кримінального права.

Динаміка кримінального права в умовах мінливого суспільства повинна характеризуватися стійким розвитком. Під стійким розвитком кримінального права доцільно розуміти послідовний еволюційний комплексний розвиток галузі кримінального права, який базується на наступності та узгодженості, спрямований до досягнення запланованої мети. Отже, стійкий розвиток зазвичай еволюційний, але включає в себе і необхідні інновації та реформи. Так, стійкий розвиток кримінального права в умовах трансформації системи цінностей суспільства та необхідних новел у кримінально-правовому регулюванні, з одного боку, а з іншого – наступністю та узгодженістю, має являти собою періоди прогресивного руху та зумовленого спокою, повний комплекс яких спрямований на досягнення запланованої мети.

Водночас, говорячи про прогрес у праві, слід розуміти набуття предметом нових сучасних якостей у часі та просторі. Відповідно, прогресивний рух і є розвитком. Отже, стійкий розвиток – прогресивний еволюційний рух, на відміну від регресу – втрати предметом необхідних якостей у просторі і часі.

Революційний рух кримінального права загалом недоцільний, адже при ньому втрачатиметься наступність та узгодженість. В умовах динаміки стійкого розвитку кримінального права він може стосуватися окремих норм кримінального права, але лише за умови, якщо впровадження таких відповідає наступності та узгодженості.

Водночас наявність певної «кримінальної спадщини», з якою ми ввійшли в третє тисячоліття, вимагає розробки й реалізації ефективної стратегії протидії як загалом злочинності, так і її найнебезпечнішим проявам зокрема. Однак така стратегія повинна формуватися не тільки на науково обґрунтованому прогнозі розвитку кримінальної ситуації та відповідної політики, а й на розумінні необхідності сучасного бачення реалій впливу на кримінальне право глобальних світових перетворень та традицій очікувань від кримінального права у суспільстві.

Поєднання всіх компонентів динаміки стійкого розвитку кримінального права (мети, відповідності критеріям наступності та узгодженості, а також включення оцінок реалій криміногенної ситуації одночасно з реаліями впливу) і є основною функцією ефективної кримінально-правової політики.

Література

1. Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015. URL: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E (дата звернення: 26.11.2020).
2. World Conservation Strategy: Living Resource Conservation for Sustainable Development (PDF). International Union for Conservation of Nature and Natural Resources, 1980. URL: <http://www.a21italy.it/medias/31C2D26FD81B0D40.pdf> (дата звернення: 26.11.2020).
3. World Charter for Nature, United Nations, General Assembly, 48th Plenary Meeting, 28 October 1982. URL: <https://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r007.htm> (дата звернення: 26.11.2020).
4. 1987: Brundtland Report. URL: https://www.are.admin.ch/are/en/home/sustainable-development/international-cooperation/2030agenda/un-_milestones-in-sustainable-development/1987--brundtland-report.html (дата звернення: 26.11.2020).
5. Caring for the Earth. A Strategy for Sustainable Living. Gland: IUCN/UNEP/WWF, 1991. URL: <http://coombs.anu.edu.au/~vern/caring/caring.html> (дата звернення: 26.11.2020).

6. The Earth Charter. Офіційний сайт Ініціативи Хартії Землі: *вебсайт*. URL: <https://earthcharter.org/read-the-earth-charter/> (дата звернення: 26.11.2020).
7. Bringing human health and wellbeing back into sustainable development. In: IISD Annual Report 2011-12. URL: https://www.iisd.org/pdf/2012/annrep_2011_2012_en.pdf (дата звернення: 26.11.2020).
8. UNESCO Publication: Issues and Trends in Education for Sustainable Development. URL: <http://www.guninetwork.org/news/unesco-publication-issues-and-trends-education-sustainable-development> (дата звернення: 26.11.2020).
9. Декларація тисячоліття. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_621?find=1&text=%D1%83%D1%81%D1%82%D0%BE%D0%B9%D1%87%D0%B8%D0%B2%D0%BE%D0%B5#w13 (дата звернення: 26.11.2020).
10. Passet René (1 January 1979). *L'Économique et le vivant* (in French). Payot. URL: https://books.google.com.ua/books/about/L_%C3%89conomique_et_le_vivant.html?id=4RFOAQAAIAAJ&redir_esc=y (дата звернення: 26.11.2020).
11. Україна в індикаторах сталого розвитку. Офіційний портал українського представництва Світового центру даних з геоінформатики та сталого розвитку: *вебсайт*. URL: <http://wdc.org.ua/sites/default/files/SD2019-P2-FULL-UA.pdf> (дата звернення: 26.11.2020).
12. Tulyakov V.A. Criminal law and development. *Международное право развития: современные тенденции и перспективы*: мат-лы межд. науч.-практ. конф. (г. Одесса, 17 июня 2015 г.). Одесса, 2015. С. 14–19.
13. Резолюція ООН 70/1 «Перетворення нашого світу: Порядок денний в галузі сталого розвитку на період до 2030 року». URL: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=R (дата звернення: 26.11.2020).
14. Савінова Н.А. Криза цінностей у парадигмі кримінального права. *Суперечності взаємо-дії моралі і права у сучасному українському суспільстві*: мат-ли Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Харків, 30 травня 2019 р.). Харків, 2019. С. 70–74.
15. Навроцький В.А. Факторы нестабильности украинского уголовного законодательства. *Уголовное право: истоки, реалии, переход к устойчивому развитию*: мат-лы VI Российского конгресса уголовного права (г. Москва, 26–27 мая 2011 г.). Москва, 2011. С. 759–761.
16. Костенко О.М. Що є право? Про основи «натуралістичної» юриспруденції у світлі соціального натурализму. URL: <https://www.science-community.org/ru/node/1390> (дата звернення: 26.11.2020).
17. Туляков В.О. Сингулярність кримінального права та державний примус. *Правовий вплив на неправомірну поведінку: актуальні грани*: монографія / за ред. О.В. Козаченка, Є.Л. Стрельцова. Миколаїв : Іліон, 2016. С. 23–30.
18. Лист Ф. Задачи уголовной политики. Преступление как социально-патологическое явление / сост. и предисл. В.С. Овчинского. Москва : ИНФРА-М, 2004. 110 с.
19. Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. 2-е изд. перераб. и доп. Москва : Проспект, 2015. 400 с.
20. Грищук В.К. Соціальна цінність закону про кримінальну відповідальність. *Соціальна функція кримінального права: проблеми наукового забезпечення, законотворення та правозастосування*: мат-ли міжн. наук.-практ. конф. (м. Харків, 12–13 жовтня 2016 р.). Харків, 2016. С. 38–43.
21. Альбрехт П.А. Юридичний, соціальний та суспільний вимір правосуддя у світлі розвитку європейського кримінального права. *Проблеми науки кримінального права та їх вирішення у законотворчій та правозастосовній діяльності*: мат-ли міжн. наук.-практ. конф. (м. Харків, 8–9 жовтня 2015 р.). Харків, 2015. С. 18–23.
22. Савінова Н.А. Ефект Плато (Plateau Effect) у парадигмі вітчизняної кримінально-правової доктрини. *Соціальна функція кримінального права: проблеми наукового забезпечення, законотворення та правозастосування*: матеріали міжн. наук.-практ. конф. (м. Харків, 12–13 жовтня 2016 р.). Харків, 2016. С. 119–124.
23. Туляков В.О. Вчення про жертву злочину: соціальні та правові основи : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08. Одеса, 2001. 36 с.
24. Туляков В.О. Концепція проекту Закону «Про охорону прав жертв злочинів». *Актуальні проблеми політики* : зб. наук. пр. 2002. Вип. 13–14. С. 388–394.
25. Жалинский А.Э. Работа с уголовным правом в структуре профессиональной юридической деятельности. *Право. Журнал Высшей школы экономики*. 2008. № 1. С. 111. URL: <http://ecsocgnan.hse.ru/text/35864958.html> (дата звернення: 26.11.2020).

26. Туляков В.О. Дія кримінального права у контексті доктринальних та соціальних змін. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2014. № 2. С. 108–117.

А н о т а ц і я

Балобанова Д. О. Вимір "Sustainable development" для динаміки кримінального права. – Стаття.

Оптимальним розвитком кримінального права є його стійкий розвиток. Це стосується технічного складника динаміки кримінального права, що зумовлюється і змістом, і сучасним ідеологічним її спрямуванням. Під стійким розвитком кримінального права доцільно розуміти послідовний еволюційний комплексний розвиток галузі кримінального права, який базується на наступності та узгодженості, спрямований до досягнення запланованої мети. Отже, стійкий розвиток зазвичай еволюційний, але включає в себе і необхідні інновації та реформи. Так, стійкий розвиток кримінального права в умовах трансформації системи цінностей суспільства та необхідних новел у кримінально-правовому регулюванні, з одного боку, а з іншого – наступність та узгодженість, має являти собою періоди прогресивного руху та зумовленого спокою, повний комплекс яких спрямований на досягнення запланованої мети. Говорячи про прогрес у праві, слід розуміти набуття предметом нових сучасних якостей у часі та просторі. Відповідно, прогресивний рух і є розвитком. Отже, стійкий розвиток – прогресивний еволюційний рух, на відміну від регресу – втрати предметом необхідних якостей у просторі і часі. Революційний рух кримінального права загалом недобільний, адже при ньому втрачатиметься наступність та узгодженість. В умовах динаміки стійкого розвитку кримінального права він може стосуватися окремих норм кримінального права, але лише за умови, якщо впровадження таких відповідає наступності та узгодженості. Наявність певної «кримінальної спадщини», з якою ми ввійшли в третє тисячоліття, вимагає розробки й реалізації ефективної стратегії протидії як злочинності загалом, так і її найнебезпечнішим проявам зокрема. Така стратегія повинна формуватися не тільки на науково обґрунтованому прогнозі розвитку кримінальної ситуації та відповідної політики, а й на розумінні необхідності сучасного бачення реалій впливу на кримінальне право глобальних світових перетворень та традицій очікувань від кримінального права у суспільстві.

Ключові слова: стійкий розвиток, еволюційний розвиток, революційний розвиток, наступність, узгодженість, протидія злочинності.

S u m m a r y

Balobanova D. O. Dimension of "Sustainable development" for the dynamics of criminal law. – Article.

The optimal development of criminal law is its sustainable development. This applies to the technical component of the dynamics of criminal law, which is due to both substantive and modern ideological direction. Under the sustainable development of criminal law it is expedient to understand the consistent evolutionary complex development of the field of criminal law, which is based on continuity and coherence, aimed at achieving the planned goal. Sustainable development is usually evolutionary, but includes the necessary innovations and reforms. Thus, the sustainable development of criminal law in the transformation of society's values and the necessary innovations in criminal law regulation, on the one hand, and on the other – continuity and coherence, should be periods of progressive movement and conditioned peace, the full range of which is aimed at achieving the planned goals. Speaking of progress in law, it is necessary to understand the acquisition of the subject of new modern qualities in time and space. Accordingly, the progressive movement is a development. Thus, sustainable development it's a progressive evolutionary movement, in contrast to regression – the loss of the subject of the necessary qualities in space and time. The revolutionary movement of criminal law in general is inexpedient, because it will lose continuity and coherence. Given the dynamics of sustainable development of criminal law, it may relate to certain rules of criminal law, but only if the implementation of such corresponds to the continuity and consistency. The existence of a certain "criminal legacy", with which we have entered the third millennium, requires the development and implementation of an effective strategy to combat both crime in general and its most dangerous manifestations. Such a strategy should be formed not only on a scientifically based forecast of the criminal situation and relevant policies, but also on understanding the need for a modern vision of the realities of the impact on criminal law of global transformations and traditions of expectations from criminal law in society.

Key words: sustainable development, evolutionary development, revolutionary development, continuity, consistency, crime prevention.

Л. С. Бєлік

ДО ПИТАННЯ ТАКТИЧНИХ ЗАСАД ВЗАЄМОДІЇ СЛІДЧОГО, СЛІДЧОГО СУДДІ З ЕКСПЕРТОМ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Постановка проблеми. Сутність взаємодії полягає в узгодженій діяльності різних складників однієї чи декількох систем. Кожний суб'єкт взаємодії діє в межах своїх повноважень, методів і засобів. Вважається, що провідна роль організації взаємодії належить слідчому як координатору діяльності, певні способи зв'язку між слідчим і суб'єктами взаємодії називають формами взаємодії. Втім для того щоб говорити про взаємодію слідчого, слідчого судді з експертом, потрібно відповісти на питання: чи будуть юридичні знання спеціальними, адже за такої умови немає сенсу говорити про взаємодію.

Наукова полеміка у трактуванні терміна «спеціальні знання» заважала науковцям прийти до спільногого погляду щодо проблеми віднесення юридичної галузі знань до категорії «спеціальних», а слідчого, судді та прокурора до суб'єктів спеціальних знань.

Аналіз останніх досліджень та публікацій свідчить, що фактично в теорії сформувалися два підходи у вирішенні вказаного питання.

Перший підхід полягає в тому, що юридичні знання відносять до спеціальних знань. Його проілюстровано у роботах Н.І. Клименко, В.Д. Арсеньєва, В.Г. Заболоцького, Б.В. Романюка, В. М. Реваки та в наукових дослідженнях деяких інших учених. З.М. Соколовський, наприклад, висловлює, що спеціальні знання – це будь-які знання, у т.ч. окремі правові, але лише у вузькій (спеціальній) галузі науки, техніки, мистецтва та ремесла, які отримані у процесі фахової підготовки та професійної діяльності. На думку автора, правові знання для слідчого, які він здобув як юрист, є фаховими, а група окремих правових знань про проведення слідчих дій, доказування, застосування криміналістичної техніки тощо є спеціальними. Обґрутовуючи такий підхід, науковці посилаються на теоретичні концепції, зокрема розуміння терміна «спеціалізація», змісту кримінально-процесуального доказування або пізнавальної діяльності слідчого.

Другий підхід є діаметрально протилежним поглядом – юридичні знання не відносять до спеціальних знань. Яскраво цей погляд представлений у наукових дослідженнях А.В. Дулова, А.А. Ейсмана, М.М. Тертишника, В.І. Шиканова, М.Г. Щербаковського та інших учених.

Метою статті є дослідження та аналіз тактичних основ взаємодії слідчого, слідчого судді з експертом під час використання спеціальних знань у рамках кримінального провадження.

Виклад основного матеріалу дослідження. Виходячи із розуміння ч. 1 ст. 69, ч. 1 ст. 71 та ч. 6 ст. 95 Кримінального процесуального кодексу України (надалі – КПК України), головним критерієм визначення процесуальних форм застосування спеціальних знань у кримінальному процесі є саме суб'єкти їх застосування, зокрема:

спеціаліст у формах консультації та технічної допомоги під час досудового розслідування і судового розгляду;

судовий експерт у формі залучення до проведення судової експертизи [1].

Законодавець вкладає розуміння спеціальних знань у зміст статті 101 КПК України, яка прямо передбачає правоожної сторони кримінального провадження надати суду висновок експерта, який ґрунтуються на його наукових, технічних або інших спеціальних знаннях. Згідно з ч. 1 ст. 242 КПК України, прямо заборонено проведення експертизи для з'ясування питань права, що робить неможливим віднесення в теорії використання спеціальних знань юридичних знань до категорії «спеціальних» [1].

Тож між слідчим та експертом априорі може бути процес взаємодії. Однак варто підкреслити, що термінологію «взаємодія» традиційно використовують експерти-практики для описання залучення не експерта, а спеціаліста стосовно такої процесуальної форми, як участь спеціаліста у процесуальних діях, адже основною функцією експертних установ є не тільки проведення експертизи, а й забезпечення залучення працівників. У цьому аспекті приділяється увага взаємодії слідчого зі спеціалістом.

Згідно зі ст. 71 КПК України, спеціаліст залучається під час проведення процесуальної дії для фотографування, складення схем, планів, креслень, відбору зразків для проведення експертизи тощо. Специфіка цієї форми полягає в тому, що її реалізація слідчим фактично дозволяє оформити у процесуальне джерело доказів результат залучення в кримінальне провадження спеціаліста як суб'єкта спеціальних знань.

Відповідно п. 4.13. Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій (надалі – НС(Р)Д) та використання їх результатів у кримінальному провадженні як спеціаліст може бути запрошений співробітник (працівник) органу, якому слідчим доручено проведення негласної слідчої (розшукової) дії, що володіє спеціальними знаннями та навичками застосування технічних або інших засобів і може надавати консультації слідчому, прокурору в ході дослідження матеріалів про результати проведення НС(Р)Д [2]. Виходячи зі структури КПК України, спеціаліст належить до категорії «інші учасники кримінального провадження», враховуючи принцип неупередженості процесуальної діяльності, спеціаліст не може належати до жодної зі сторін кримінального провадження. Співробітник оперативного підрозділу – це «сторона обвинувачення», тому сам процесуальний закон вказує на хибність думки з приводу повного доручення спеціалісту в ролі співробітника оперативного підрозділу проведення НС(Р)Д. У разі доручення, згідно зі ст. 41 КПК України, проведення

будь-якої слідчої (розшукової) дії, в тому числі й негласної, оперативному підрозділу слідчий чи прокурор за необхідності окремо повинні приймати рішення про залучення іншого учасника кримінального провадження із процесуальним статусом спеціаліста. Слідчий у питанні взаємодії повинен чітко розмежовувати суб'єкта взаємодії, адже від останнього залежить, у межах яких повноважень, методів і засобів він буде діяти.

Взаємодія слідчого зі спеціалістом може розглядатися в рамках конкретної дії. Так, С.С. Кудінов у результаті дослідження змісту діяльності з проведення НС(Р)Д, використання їх результатів у кримінальному провадженні справедливо виокремив такі напрями використання спеціалістами спеціальних знань у зв'язку з проведеним НС(Р)Д:

а) для їх підготовки (пов'язується автором з вибором найбільш сприятливих умов для проведення НС(Р)Д (час, місце), підготовкою або виготовленням технічних, імітаційних засобів, визначенням кола учасників, їх підбором та інструктажем);

б) безпосередньо під час їх проведення (розглядається як вчинення конкретних дій, застосування тактичних прийомів проведення; наприклад, розкриття та запечатування спеціалістом кореспонденції, участь у здійсненні візуального спостереження);

в) для фіксації, оформлення отриманих результатів та їх збереження (полягає у врахуванні та використанні рекомендацій щодо роботи з окремими предметами, речовинами, вилученні слідів, речових доказів, у тому числі забезпечення належних умов їх зберігання до передачі прокурору);

г) проведення досліджень отриманих матеріалів (полягає у їх використанні або врахуванні безпосередньо в ході дії, наприклад, виявлення та фіксація позначок предмета контролюваної поставки; виявлення, фіксація та збереження негласно отриманих зразків хімічних речовин) [3, с. 154–161].

КПК України не містить заборон щодо процесуальних дій, в яких залучення спеціаліста є неможливим. Отже, застереження деяких учених щодо участі спеціаліста під час НС(Р)Д не мають під собою жодного юридичного підґрунтя. Залучення спеціаліста є правом слідчого, прокурора, а не їхнім обов'язком. Тому з дотриманням режиму секретності (спеціаліст повинен мати допуск до державної таємниці відповідної форми) під час проведення НС(Р)Д та виходячи зі специфіки питань її проведення, складності та її змісту, що вимагають залучення спеціальних знань, слідчий та прокурор самостійно приймають рішення про можливість залучення до НС(Р)Д спеціаліста відповідного фаху та кваліфікації.

У структурі проведення окремої слідчої дії виділяють низку послідовних у часі етапів, які покликані забезпечити її максимальну ефективність у разі суворого дотримання законності:

- підготовка і призначення судових експертіз;
- проведення дослідження; дослідження, оцінка і перевірка висновку експерта [4]. Інші автори диференціюють проведення слідчої дії на чотири стадії:

- 1) підготовка до проведення;
- 2) проведення;
- 3) фіксація ходу і результатів дії;

4) оцінка одержаних результатів, визначення їх значущості і місця у системі доказової інформації з кримінальної справи [5].

Стосовно ж судової експертизи можна вести мову про такі етапи, як:

1) підготовка та призначення судової експертизи;

2) провадження експертного дослідження, оформлення ходу і результатів дослідження у висновку експерта; проведення експертного дослідження та його відображення у висновку експерта у криміналістичній і процесуальній літературі об'єднують поняттям «провадження експертизи» [6]. Таке термінологічне уточнення є доцільним, оскільки дозволяє розмежувати «проведення судової експертизи» як процесу експертного дослідження. Ці два поняття зіставляються одне з одним як загальне і часткове;

3) оцінка висновку експерта, визначення значущості і місця висновків у системі доказової інформації у кримінальній справі [7].

Стосовно взаємодії слідчого із судовим експертом можна говорити про процес проведення судової експертизи як слідчої дії. Кожен з указаних етапів проведення відрізняється своїми цілями, повноваженнями суб'єктів і способами їх реалізації.

Підготовка до проведення слідчої дії здійснюється з метою забезпечення її найбільш ефективного проведення. Під час підготовки до призначення та проведення експертизи слідчий може отримати консультації у експерта, який на момент консультації буде перебувати у статусі спеціаліста. Вказаній суб'єкт може відповісти на такі питання:

– щодо можливості отримання доказової інформації у разі дослідження певних речових доказів;

– щодо сучасних можливостей конкретних видів експертиз, у тому числі й комплексних, зважаючи на науково-методичний рівень їхнього розвитку;

– щодо можливості проведення певної експертизи в конкретній експертній установі;

– щодо компетентності конкретної обізнаної особи та її правосуб'єктну можливість виступати в ролі експерта;

– упаковку і спосіб транспортування речових доказів;

– кількість та якість зразків для порівняльних досліджень та особливості їх відбору;

– коло та характер питань, які можуть бути поставлені експерту і з'ясовані шляхом дослідження конкретних об'єктів;

– матеріали кримінального провадження (виходіні дані), які повинні бути подані експерту [8].

С.П. Лапта впорядкував тактичні рекомендації слідчому, що стосуються організації його взаємодії з експертом після винесення постанови про призначення експертизи, зокрема [9]:

– слідчий повинен надати експерту відповідні матеріали та забезпечити безперешкодний доступ до об'єкта дослідження. Забезпечення безперешкодного доступу до об'єкта дослідження і належних умов праці, якщо експертизу потрібно провести на місці події або за місцем перебування об'єкта дослідження, безпосередньо передбачене ст. 6 Закону України «Про судову експертизу» і покладається на особу або орган, які призначили експертизу.

Крім того, присутність слідчого під час проведення експертного дослідження в умовах місця події бажана також ще з однієї причини. Не виключена можливість, що в процесі такого вивчення і ознайомлення експерта з обстановкою місця події можуть бути виявлені нові об'єкти і обставини, які під час первинного огляду не були помічені, виявлені і зафіковані в протоколі. Тоді паралельно з дослідженням повинен бути проведений додатковий слідчий огляд місця події за участю експерта, якщо нові виявлені об'єкти і обставини стосуються предмета призначеної експертизи [10, с. 124];

– слідчий має право бути присутнім під час проведення експертизи (це має особливе значення, наприклад, у разі проведення судово-медичної експертизи – для оперативного отримання слідчим важливої для розкриття та розслідування кримінального провадження інформації);

– експерт має право ознайомитися з матеріалами кримінального провадження, які стосуються проведення експертизи;

– експерт має право направити клопотання органу, який призначив експертизу про надання додаткових матеріалів, а слідчий своєю чергою повинен усвідомити задачу та виконати у визначений термін;

– у необхідних випадках і в зв'язку з отриманням відповідного клопотання слідчий може залучити експерта до проведення слідчих дій для поповнення відсутніх матеріалів (наприклад, під час слідчого експерименту, відбору зразків для порівняльного дослідження);

– у разі потреби слідчий повинен вирішувати клопотання експерта про часткове або повне знищення об'єктів дослідження (наприклад, у разі дослідження документів зі слідами травлення, мікрооб'єктів);

– як непроцесуальну форму взаємодії слідчого з експертом можна відзначити уточнення часу проведення, термінів проведення експертизи, спосіб повернення об'єктів.

У теорії криміналістики загальновизнано, що взаємодія слідчого з експертом у процесі експертного дослідженняздійснюється в тих випадках, коли проміжні його результати потребують зміни або постановки додаткових питань експерту і у разі, коли у самого слідчого з'являються нові дані, які повинні бути враховані у процесі проведення вже призначеної експертизи. З боку експерта потреба у взаємодії зі слідчим виникає у разі уточнення завдання, а також коли виникає необхідність у додаткових матеріалах, у залученні іншого експерта, в отриманні дозволу на знищення об'єктів.

Характерною ознакою взаємодії слідчого з експертом є керівна роль слідчого. Вона виражається насамперед у винесенні постанови про призначення експертизи, оцінки її результатів, а також вирішенням клопотань експерта і в необхідних випадках присутності під час проведення експертних досліджень. Закон наділяє слідчого правом вирішувати, що саме є обставинами, які мають суттєве значення для справи і повинні подаватися експерту. Тому експерт, який брав участь у допиті, огляді місця події або обшуку не в праві наполягати на внесенні в протокол тих показань або виявлених обставин, які, на його думку, стосуються процесу експертизи.

Потрібно підкреслити, що експерт дає висновок від свого імені і несе за нього особисту відповідальність. Це означає його незалежність від слідчого, він самостійно вибирає засоби, прийоми й методи досліджен-

ня, і слідчий не має права впливати на цей вибір. Тому слід погодитись і з Л.І. Шамсеєвою, яка вказує, що експерта слід розглядати як особу процесуально незалежну, яка зберігає самостійність у межах своєї компетенції [11, с. 157–170].

Процесуальною формою взаємодії на цьому етапі виступає письмова консультація: ч 2 ст. 105 чинного КПК України регламентований процесуальний спосіб надання консультації спеціаліста – це письмове пояснення спеціаліста, який брав участь у проведенні відповідної процесуальної дії, що виступає додатком до протоколу такої дії [1].

Ч. 6 ст. 95 КПК України закріплюється можливість визнання судом висновку або думки особи, яка дає показання, що ґрунтуються на її спеціальних знаннях, доказом. Але ні письмові, ні усні показання спеціаліста не будуть відносити до показань як джерела доказів. Для оцінки їх як доказу вони повинні виходити з розуміння ст. 101 КПК України, тобто ґрунтуються на спеціальних знаннях експерта, що надав відповідний висновок. Тож, виходячи зі змісту ч. 8 ст. 95 КПК України, слідчий, прокурор можуть отримати від спеціаліста за його згодою пояснення, що не будуть джерелом доказів. Метою їх отримання може бути консультування; такі пояснення будуть мати тактичне значення, братися до уваги у разі формування версій, підтверджуватись або спростовуватись шляхом проведення судових експертіз та інших слідчих розшукових дій.

Висновки. Підбиваючи підсумок, треба зазначити, що реалізація ефективної взаємодії слідчого, слідчого судді з експертом у кримінальному провадженні залежить від правильно визначених конкретних тактичних завдань слідчої розшукової дії і можливості застосування повною мірою спеціальних знань експертом, що, відповідно, дасть змогу встановити доказове значення досліджуваних об'єктів.

Література

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : науково-практичний коментар / Відп. ред.: С.В. Ківалов, С.М. Міщенко, В.Ю. Захарченко. Харків : Одіссея, 2013. 1104 с.
2. Про затвердження Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні: наказ ГП України, МВС України, СБ України, Адміністрації державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16 лист. 2012 р. № 114/1042/516/1199/936/1687/5. URL: <https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0114900-12>.
3. Кудінов С.С. Використання спеціальних знань під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій. *Вісник академії адвокатури України*. 2014. Том 11 (3.31). С. 154–161.
4. Щербаковский М.Г. Судебные экспертизы: назначение, производство, использование : учебно-практическое пособие. Харьков : Эспада, 2005. 544 с.
5. Криминалистика : учебник для вузов / Аверьянова Т.В., Белкин Р.С., Корухов Ю.Г., Россинская Е.Р. / Под ред. заслуженного деятеля науки Российской Федерации, профессора Р.С. Белкина. Москва : НОРМА–ИНФРА М, 1999. 990 с.
6. Криминалистика : учебник / Под ред. И.Ф. Крылова. Ленинград : Изд-во Ленингр. ун-та, 1976. 591 с.
7. Лапта С.П. Правові та наукові основи використання судових експертіз при розслідуванні злочинів : дис. ... канд. юрид наук : 12.00.09. Харків, 2006. 234 с.
8. Соколовский З.М. Вопросы использования экспертом материалов дела. Харьковский университет, 1964. 71 с.
9. Лапта С.П. Правові та наукові основи використання судових експертіз при розслідуванні злочинів : дис. ... канд. юрид наук : 12.00.09. Харків, 2006. 234 с.

10. Дрейден В., Сырков С. Участие эксперта при производстве следственных действий. *Советская юстиция*. Москва : Юр. лит. 1983. № 4. С. 22.
11. Шамссеева Л.И. Понятие, сущность и формы взаимодействия следователя со свидетелем. *Процессуальные аспекты судебной экспертизы : Сборник научных трудов*. Москва : ВНИИСЭ, 1986. С. 157– 170.

А н о т а ц і я

Бielik L. S. До питання тактичних засад взаємодії слідчого, слідчого судді з експертом у кримінальному провадженні. – Стаття.

У статті розглянуто тактичні засади взаємодії слідчого, слідчого судді з експертом під час використання спеціальних знань у рамках кримінального провадження. Зазначено, що головним критерієм визначення procedural forms of application of special knowledge in criminal proceedings are the subjects of their application. The norms of the current criminal procedure code concerning understanding of special knowledge, involvement of the specialist during carrying out of procedural actions are studied. The areas of use of special knowledge by specialists in connection with the emergency (R) D, as well as the stages of forensic examination, have been studied by scientists. It is argued that establishing the interaction of the investigator with the forensic expert during the forensic examination is one of the tactical tasks for the effective conduct of further procedural actions determined by the investigator. It is determined that the expert needs to interact with the investigator when clarifying the task, as well as when there is a need for additional materials, to involve another expert, when obtaining permission to destroy objects. It is established that the preparation for the investigative action is carried out in order to ensure its most effective conduct. During the appointment and conduct of the examination, the investigator has the right to receive advice from a specialist, who at the time of the consultation will be an expert who will be in the status

Ключові слова: спеціаліст, слідчий, судова експертиза, кримінальний процес, спеціальні знання.

S u m m a r y

Bielik L. S. On the issue of tactical principles of interaction between the investigator, the investigating judge and the expert in criminal proceedings. – Article.

The article considers the tactical principles of interaction between the investigator, the investigating judge and the expert during the use of special knowledge in criminal proceedings. It is noted that the main criterion for determining the procedural forms of application of special knowledge in criminal proceedings are the subjects of their application. The norms of the current criminal procedure code concerning understanding of special knowledge, involvement of the specialist during carrying out of procedural actions are studied. The areas of use of special knowledge by specialists in connection with the emergency (R) D, as well as the stages of forensic examination, have been studied by scientists. It is argued that establishing the interaction of the investigator with the forensic expert during the forensic examination is one of the tactical tasks for the effective conduct of further procedural actions determined by the investigator. It is determined that the expert needs to interact with the investigator when clarifying the task, as well as when there is a need for additional materials, to involve another expert, when obtaining permission to destroy objects. It is established that the preparation for the investigative action is carried out in order to ensure its most effective conduct. During the appointment and conduct of the examination, the investigator has the right to receive advice from a specialist, who at the time of the consultation will be an expert who will be in the status

of a specialist. The subject can answer a number of questions posed by the investigator. Emphasis is placed on the proposals of S.P. Lapa on tactical recommendations to the investigator, on tactics and organization of his interaction with the expert after the decision to appoint an examination: 1) to provide the expert with materials and ensure unimpeded access to the object of study; 2) the right of the investigator to be present during the examination; 3) the right of the expert to get acquainted with the materials of the proceedings relating to the conduct of expert research; 4) the right of the expert to send a request to the body that appointed the examination to provide additional materials of the proceedings; 5) the right of the investigator to involve an expert in conducting investigative actions to supplement the necessary sources of evidence; and a number of others.

Key words: specialist, investigator, forensic examination, criminal proceedings, special knowledge.

УДК 351.74+341.231.5

DOI <https://doi.org/10.32837/прпнола.v27i0.678>

B. B. Біліченко

МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ ЩОДО ЗАХИСТУ КЛЮЧОВИХ ПРАВ ТА СВОБОД ЛЮДИНИ В ДІЯЛЬНОСТІ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Україна у сучасних міжнародних відносинах стає все більш активним та прогресуючим суб'єктом. Показовим критерієм авторитету держави на міжнародній арені є виконання принципів міжнародного права, зокрема принципу поваги прав людини.

Результати дослідження. Права і свободи людини – великі завоювання сучасної цивілізації. Тільки проголосивши 24 серпня 1991 р. свою незалежність, Україна стала реальним суб'єктом міжнародного права [1, с. 5]. Діставши, нарешті, можливість самостійно визначати напрями побудови своєї державності та пріоритети в політиці, парламент нашої держави проголосував приєднання до загальнолюдських цінностей і загальновизнаних принципів міжнародного права, що дістало відображення у підписанні та ратифікації низки схвалених Генеральною Асамблеєю Організації Об'єднаних Націй міжнародно-правових документів, особливо в галузі прав людини. Виходячи зі свого європейського вибору, Україна започатковує процес змін, поділяючи основні ідеї і принципи Європейської Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини та Європейської соціальної хартії, покладаючи в основу свого подальшого розвитку інтереси людини, її прагнення жити і творити в гармонії зі своїми цінностями, із суспільством і природою.

Починаючи із 1991 року Україна як незалежна держава бере участь у розробці міжнародно-правових стандартів прав людини (МПСПЛ) та намагається їх упроваджувати в діяльність суб'єктів публічної влади. Саме така політика корелюється із положенням статті 18 Конституції України, відповідно до якої зовнішньополітична діяльність нашої держави спрямована на забезпечення її національних інтересів і безпеки шляхом підтримання мирного і взаємовигідного співробітництва з членами міжнародного співтовариства за загальновизнаними принципами і нормами міжнародного права. Крім цього, принцип відповідності міжнародним стандартам прав і свобод людини закріплений у статтях 3, 5, 6, 8, 9 Основного Закону [2].

Діяльність Національної поліції у сфері забезпечення реалізації міжнародних стандартів прав людини здійснюється у відповідності до ч. 2 ст. 3 Конституції України, яка зазначає, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави [3].

Саме поняття «міжнародний стандарт» у теорії міжнародного права трапляється часто, воно стосується різних сфер міждержавних відносин, тому визначення стандарту має різні смислові відтінки. Цим терміном позначають як загальні конвенційні положення, так і правила поведінки, закріплені в технічних документах. Порівняльний аналіз різних наукових підходів з питань стандартизації дав змогу визначити диференційований підхід до з'ясування правової природи міжнародних стандартів у різних сферах суспільних відносин. Такий факт формує теоретичну основу для подальшого вивчення всього різноманіття прояву міжнародних стандартів у різних галузях міжнародного права [4, с. 100–104].

Ефективне функціонування Національної поліції України є необхідною умовою захисту конституційного ладу, забезпечення законності і правопорядку, дотримання прав і свобод людини. Від діяльності працівників Національної поліції України значною мірою залежить успішність реалізації національних інтересів та стабільність суспільного розвитку держави [4, с. 100–104]. У сучасному світі проблеми захисту прав і свобод людини виходять далеко за межі ведення окремої держави.

Ступінь реалізації прав людини в державі багато в чому залежить від неухильного дотримання та виконання законів. Європейські стандарти прав та свобод людини інколи можуть бути безпосередньо спрямовані на регламентацію діяльності поліції та її посадових осіб. Комpetенція Національної поліції щодо реалізації європейських стандартів прав людини отримує прояв у різних сферах її діяльності, зокрема під час охорони публічної безпеки і порядку, протидії злочинності, здійснення досудового розслідування, розшуку осіб тощо.

Необхідність запровадження єдиних міжнародних стандартів у діяльності Національної поліції зумовлена зростанням рівня транснаціональної організованої злочинності, значними темпами міграції населення у світі, суттєвими відмінностями в національних системах підготовки поліцейських кadrів, а також проблемою забезпечення прав людини в діяльності правоохоронних органів.

Підписання міжнародних угод також зумовлює у діяльності Національної поліції неухильне дотримання стандартів у сфері захисту прав людини під час реалізації правоохоронних функцій, необхідність реагувати на появу нових видів злочинів і діяти відповідно до міжнародних стандартів прав людини. Тому є нагальна потреба погодити засади діяльності системи правоохоронних органів України зі світовими (зокрема, європейськими) стандартами. Міжнародна спільнота вимагає захищати права і свободи та сприяти їх відновленню у разі їх порушення.

Права людини перебувають у площині взаємин людини і держави та можуть бути обмежені тільки спеціально уповноваженими на те органами держави та лише у випадках відповідності закону. Такими повноваженнями нині наділена Національна поліція України в рамках застосування поліцейських заходів [5, с. 124–127].

Поліцейський захід – це дія або комплекс дій превентивного або примусового характеру, що обмежує певні права і свободи людини та застосовується поліцейськими відповідно до закону про забезпечення використання покладених на поліцію повноважень [3].

Так, поліцейський захід можна застосовувати тільки виключно під час виконання повноважень поліції, він має бути законним, необхідним, пропорційним і ефективним. Поліцейські заходи використовують у публічному управлінні для охорони суспільних відносин, що виникають у окремих сферах публічної діяльності, а механізм правового регулювання застосування поліцейських заходів встановлює підстави й порядок застосування відповідних превентивних або примусових заходів.

Під час застосування поліцейських заходів поліцейському важливо розуміти, що права людини являють собою імперативний стандарт, адже, отримуючи закріплення у правових нормах, що чітко прописують можливі варіанти поведінки поліцейських, права людини стають правилом, формально визначенім, обов'язковим для всіх, гарантованим відповідними механізмами забезпечення і процедурими захисту [6, с. 19–29].

Поліція є однією з основних інституцій, що забезпечують примус у державі. Його законність, обґрунтованість та виваженість є запорукою функціонування правової системи держави. Міжнародні стандарти у галузі прав людини передбачають обмеження повноважень поліції на застосування примусу. У ст. 3 Кодексу поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку від 1979 р. ідеться, що службовці органів правопорядку можуть застосовувати силу тільки у разі суверої необхідності і в обсязі, необхідному для виконання їхніх обов'язків [7].

У цьому положенні підкреслюється, що застосування сили службовцями органів правопорядку має бути винятковим, хоча мається на увазі, що службовці органів правопорядку можуть бути уповноважені застосовувати силу за розумної необхідності в конкретних обставинах для запобігання злочину або під час виконання законного затримання чи допомозі в його проведенні щодо порушників або підозрюваних; сила, що виходить за ці межі, не може бути застосована.

В Основоположних принципах застосування сили і вогнепальної зброї службовцями органів правопорядку ООН від 1990 р. визначено, що уряди та органи правопорядку повинні прийняти і впровадити норми і правила про застосування сили та вогнепальної зброї проти осіб. Під час розробки таких норм і правил Уряд і органи правопорядку повинні постійно тримати в полі зору питання етики, пов'язані із застосуванням сили та вогнепальної зброї. Звертається особлива увага на те, що всі службовці органів правопорядку відбиралися за допомогою належних процедур відбору, володіли належними моральними, психологічними та фізичними якостями для ефективного виконання своїх функцій і проходили постійну і ретельну професійну підготовку.

Їх придатність для виконання цих функцій повинна підлягати періодичній перевірці. Значним кроком у напрямі до європейських практик і важливою частиною реформи органів правопорядку в Україні є створення Державного бюро розслідування (ДБР).

З метою забезпечення належної уваги та дотримання прав людини у складі Національної поліції було створено Управління забезпечення прав людини Національної поліції, серед основних завдань Управління – вивчення та аналіз проблемних питань у діяльності органів і підрозділів

поліції стосовно дотримання прав і свобод людини, підготовка інформаційно-аналітичних матеріалів з цих питань для Голови НПУ, забезпечення контролю за дотриманням прав і свобод людини працівниками поліції під час забезпечення заходів з підтримання публічної безпеки та порядку, під час виявлення та розкриття злочинів, запобігання адміністративним і кримінальним правопорушенням та протидії злочинності, досудового розслідування кримінальних правопорушень.

Так, керівництвом Міністерства юстиції та Національної поліції було підписано меморандум про співпрацю, який забезпечить дотримання прав людини стосовно затриманих правоохоронними органами громадян та гарантує кожному право на захист.

Першим напрямом такого документа є постійний щоденний обмін інформацією про затриманих, про факти порушень строків повідомлення про затримання, про факти порушень прав затриманих. Це дасть можливість швидко реагувати на факти порушень прав затриманих.

Наступним напрямом сумісної роботи стане забезпечення затриманих інформацією про їхні права та обов'язки. Меморандум забезпечить реалізацію прав людини, які гарантовані базовими документами Ради Європи. Особливо це стосується забезпечення раннього доступу до правосуддя, а також запобігання застосуванню катувань та нелюдського поводження стосовно затриманих осіб.

Досягнення розумного балансу між превентивними і силовими діями щодо правопорушень завжди є і буде однією з головних проблем стратегії поліцейської діяльності, тому встановлення обмежень прав і свобод людей, що можливі у разі застосування поліцейських заходів, повинно бути пропорційним цінностям правової держави, що захищається як основним законом, так і іншими законами держави.

Такі обмеження повинні враховувати необхідний баланс інтересів особистості, суспільства і держави. Повага до особи, охорона і захист її честі та гідності – обов'язок усіх державних органів, громадських організацій і службових осіб. Цей конституційний обов'язок рівною мірою стосується і діяльності Національної поліції із забезпечення реалізації прав, свобод і обов'язків людини і громадянина.

Отже, керуючись демократичними засадами розвитку держави, цілком зрозуміло, що діяльність Національної поліції будується та здійснюється за принципом дотримання прав людини, який своєю чергою передбачається та регулюється Конституцією України, законами України та відомчими актами. Саме знання працівниками Національної поліції основних прав і свобод громадян та порядку їх реалізації дає їм змогу правильно орієнтуватися в порядку застосування заходів переконання та примусу щодо кожного окремого громадянина.

Література

1. Наливайко Л.Р., Степаненко К.В. Міжнародно-правові стандарти прав людини : навчальний посібник. Дніпро : ДДУВС, 2019. 184 с.
2. Конституція України від 28 червня 1996 року (зі змінами та доповненнями). *Офіційний вебсайт Верховної Ради України*. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua>.
3. Про Національну поліцію : Закон України від 02.07.2015 р. № 580-VIII. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/580-19>.
4. Денисюк Д. Завдання Національної поліції України: проблеми законодавчого закріплення. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 8. С. 100–104.
5. Деркач А. Міжнародно-правові стандарти захисту прав людини та їх відображення в Конституції України. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 8. С. 124–127.
6. Рабінович П.М. Міжнародні стандарти прав людини: властивості, загальне поняття, класифікація. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2016. № 1 (84). С. 19–29.
7. Європейський кодекс поліцейської етики : рекомендація Rec. (2001) 10 прийнята Комітетом міністрів Ради Європи 19 вересня 2001 року на 765-му засіданні заступників міністрів. URL: <http://www.coe.int/t/ta/rec/2001/2001r10.htm>.

Анотація

Біличенко В. В. Міжнародні стандарти щодо захисту ключових прав та свобод людини в діяльності правоохоронних органів України. – Стаття.

У статті охарактеризовано основні міжнародні стандарти дотримання прав людини. Визначено основні історичні моменти формування системи прав людини та громадянина. У цій статті подано можливі варіанти покращення та модернізації законодавства на прикладі міжнародного досвіду. Визначено механізм утворення та забезпечення міжнародно-правових стандартів. Окреслено ключові права людини, висвітлюються питання, пов’язані із дотриманням міжнародно-правових стандартів прав людини в діяльності правоохоронних органів. Сформовано загальні рекомендації для модернізації правоохоронної системи України та покращення нормативно-правової бази у цій сфері. У цій роботі висвітлено основні міжнародні договори, якими регулюється діяльність Національної поліції: основні положення меморандуму про співпрацю, що на практиці повинен забезпечити дотримання прав людини стосовно затриманих правоохоронними органами громадян, гарантує право на захист. У цьому документі визначено напрями діяльності, котрі повинні попередити вчинення порушень відповідно до строків повідомлення про затримання, також інформування затриманих щодо їхніх прав та обов’язків, їхнього процесуального статусу. Документ спрямований на збалансування сил превентивного та силового блоку, що на поточний момент вимагає негайного втручання з боку законодавчих та виконавчих органів влади. Така нормотворча діяльність стане каталізатором у модернізації стратегії захисту прав та свобод людей, честі та гідності, захисту інтересів суспільства і держави. Обов’язок забезпечення реалізації вищеперелічених засад правової демократичної держави частково покладено на правоохоронну систему, центральним органом якої є Національна поліція України. У цій роботі проаналізовано значне місце міжнародних стандартів у модернізації правоохоронної системи, основна функція якої полягає у забезпечені захисту основоположних прав та свобод людини та громадянина. Таке міжнародне партнерство даст змогу підвищити рівень готовності працівника поліції до виконання професійних завдань та обов’язків або набуття ними нових, необхідних у роботі навичок.

Ключові слова: права людини, міжнародні стандарти, Національна поліція України, свободи людини, поліцейські заходи.

Summary

Bilichenko V. V. International standards for the protection of key human rights and freedoms in the activities of law enforcement agencies of Ukraine. – Article.

The article describes the main international standards of human rights. The main historical moments of formation of the system of human and civil rights are determined. This article presents possible options for improving and modernizing legislation on the example of international experience. The mechanism of formation and maintenance of international legal standards is determined. The key human rights are outlined, the issues related to the observance of international legal standards of human rights in the activity of law enforcement bodies are covered.

General recommendations for modernization of the law enforcement system of Ukraine and improvement of the legal framework in this area have been formed. This paper highlights the main international agreements governing the activities of the National Police: the main provisions of the memorandum of cooperation, which in practice should ensure respect for human rights in relation to citizens detained by law enforcement agencies, guarantees the right to protection. This document identifies areas of activity that should prevent violations in accordance with the terms of notification of detention, as well as informing detainees about their rights and responsibilities, their procedural status. The document is aimed at balancing the forces of the preventive and power bloc, which currently requires immediate intervention by the legislature and the executive. Such rule-making activity will become a catalyst in the modernization of the strategy of protection of human rights and freedoms, honor and dignity, protection of the interests of society and the state. The obligation to ensure the implementation of the above principles of a democratic state governed by the rule of law is partly imposed on the law enforcement system, the central body of which is the National Police of Ukraine. This paper analyzes the significant place of international standards in the modernization of law enforcement systems, the main function of which is to ensure the protection of fundamental human and civil rights and freedoms. Such an international partnership will increase the level of readiness of a police officer to perform his/her professional tasks and responsibilities or to acquire new skills necessary for their work.

Key words: human rights, international standards, National Police of Ukraine, human freedoms, police measures.

УДК 351.74
DOI <https://doi.org/10.32837/прпнола.v27i0.679>

O. M. Волуйко, O. V. Дручек

ВЗАЄМОДІЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ УКРАЇНИ З ГРОМАДОЮ: НОРМАТИВНІ ЗАСАДИ

Постановка проблеми. Проблема організації взаємодії правоохоронних органів із населенням завжди була і продовжує залишатися актуальнюю, зокрема, у контексті розбудови в Україні правової, демократичної держави і ефективного громадянського суспільства. Нині залучення громадянської спільноти до правоохоронної діяльності розглядається як один з основних чинників підвищення якості роботи Національної поліції України, інших правоохоронних органів щодо забезпечення національної безпеки та громадського порядку.

Наукову проблематику взаємодії правоохоронних органів з інституціями громадянського суспільства розробляли у своїх працях такі провідні вчені-правознавці, як В.Б. Авер'янов, М.І. Ануфрієв, О.М. Бандурка, О.І. Безпалова, О.В. Джрафарова, А.Т. Комзюк, О.Ю. Синявська, В.Д. Сущенко та ін. Нині окрім напрями зазначеної проблеми опрацьовують О.М. Балинська, О.В. Дячук, А.Л. Замахін, І.Д. Казанчук, Н.В. Капітонова, О.Ф. Кобзар, А.Є. Крищенко, В.В. Майоров та ін. Зарубіжна практика реалізації стратегій та механізмів взаємодії поліції і громади досліджувалася у роботах Г. Бернара, Б. Верфа, Ж. Веделя, Р. Драго, Г. Келлінга, К. Кенні, К. Мерфі, З. Неджаті, Т. Фельтеса, Ф. Хагана та ін. Проте питання поняття, класифікації та змісту нормативних зasad взаємодії Національної поліції України з громадою поки що не знайшло свого остаточного розв'язання, що ще раз підкреслює актуальність нашої статті.

Метою статті є формування поняття нормативних зasad взаємодії Національної поліції України з громадою; обґрунтування їх класифікації; аналіз основних положень чинних нормативно-правових актів.

Виклад основного матеріалу. З прийняттям Закону України «Про Національну поліцію» від 2 липня 2015 року [5] в нашій державі розпочалося створення поліції європейського зразка, організованої на засадах партнерства з населенням, індивідуального підходу до врахування інтересів і потреб громади конкретної адміністративно-територіальної одиниці, підвищення якості й безпеки життя. Основні положення взаємодії Національної поліції України з громадою закріплені в низці нормативно-правових документів, які є різними за своїм юридичним статусом та сферою регулювання.

Реалізуючи завдання дослідження, насамперед звернемося до аналізу поглядів на поняття «нормативні засади». Відповідна стаття «Словника української мови» пояснює термін «засада» у розумінні: 1) основи чогось, того головного, на чому ґрунтуються, базується що-небудь; 2) вихідного, головного положення, принципу; 3) основи світогляду, правила поведінки; 4) способу, методу здійснення чого-небудь [1]. Щодо поняття нормативності, то у найбільш загальному розумінні норма (соціальна) – це загальне правило поведінки, яке діє протягом усього часу для невизначеного кола осіб і необмеженої кількості випадків. Нормативність як юридичне поняття здебільшого розглядається як якість (властивість) права, покликана задовільнити потреби суспільства. Так, приміром, С.С. Алексєєв вважає, що «нормативність» означає те, що право за допомогою загальних правил реалізує потребу суспільства у затвердженні нормативних основ (засад) існування і розвитку суспільства [2, с. 258]. Таким чином, нормативність слід розглядати як загальну основу і об'єктивний критерій для всіх юридично значущих явищ, зокрема регулювання певної сфери суспільних відносин. Поняття «нормативно-правовий акт» традиційно визначається у теоретико-правовій науці як юридичний документ нормативного змісту, прийнятий уповноваженим органом в установленому порядку і з метою регулювання суспільних відносин. Відповідно, поняття «нормативні засади взаємодії Національної поліції з громадою» пропонуємо розуміти як закріплені нормативним способом (нормами права, у статтях нормативно-правових актів) основні, головні положення та принципи, які визначають зміст, мету, основні напрями та форми такої взаємодії. З урахуванням зазначеного спробуємо отримати відповідь на питання про те, який вигляд має система нормативно-правових актів, що унормовують таку взаємодію.

У системі законодавства України нормативно-правові акти утворюють єдину й цілісну систему відповідно до критерію юридичної сили (ієрархії). За цим структурним критерієм систему нормативно-правових актів становлять закони і підзаконні нормативно-правові акти. З урахуванням критерію юридичної сили у категорії законів прийнято виділяти: а) Конституцію України як Основний Закон України; б) закони України. У категорії підзаконних нормативно-правових актів прийнято виділяти: а) постанови Верховної Ради України нормативно-правового змісту; б) укази Президента України; в) постанови та розпорядження Кабінету Міністрів України; г) накази міністерств; г) накази центральних органів виконавчої влади й інші нормативно-правові акти, що ними приймаються; д) розпорядження голів місцевих державних адміністрацій нормативно-правового змісту; е) рішення місцевих рад і їхніх виконавчих органів нормативно-правового змісту; є) розпорядження сільських, селищних, міських голів, голів районних у містах, обласних рад нормативно-правового змісту; ж) локальні нормативно-правові акти.

У контексті обґрутування системи нормативно-правових актів, які визначають і закріплюють засади взаємодії Національної поліції України з громадою, не можна оминути увагою питання співвідношення норм міжнародного права і національного законодавства. Відразу зазначимо, що ми дотримуємося тієї поширеної серед науковців точки зору, що Украї-

на визнає для себе примат міжнародного права, але в обмеженому обсязі. Особливістю застосування в Україні суб'єктами внутрішнього права норм міжнародного права є те, що в Україні визнаються частиною національного законодавства лише ті норми міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Таким чином, у контексті нашого дослідження міжнародно-правові договори ми виділимо у першу групу. З урахуванням зазначеного нормативні засади взаємодії Національної поліції України з громадою закріплюються у: 1) міжнародних нормативно-правових актах, зокрема, Декларації про поліцію [3], Європейському кодексі поліцейської етики [4] та ін.; 2) Конституції України та законах України, зокрема, Законі України «Про Національну поліцію» від 02.07.2015 р № 580-VIII [5], Законі України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21.05.1997 р. № 280/97-ВР [6]; Законі України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону» від 22.06.2000 р. № 1835-ІІІ [7] та ін.; 3) підзаконних нормативно-правових актах, зокрема, Постанові Кабінету Міністрів України від 28.10.2015 р. № 877 «Про затвердження Положення про Національну поліцію» [8]; Постанові Кабінету Міністрів України від 16 вересня 2015 р. № 730 «Про утворення територіальних органів Національної поліції та ліквідацію територіальних органів Міністерства внутрішніх справ» [9]; Наказі Міністерства внутрішніх справ України «Про затвердження Інструкції з організації діяльності дільничних офіцерів поліції» від 28.07.2017 р. № 650 [10], інших відомчих нормативно-правових актах.

Завдання обґрутування нормативних засад взаємодії Національної поліції України з громадою вимагає аналізу зазначененої системи нормативно-правових актів.

1. На *міжнародно-правовому рівні* основні засади взаємодії поліції з населенням закріплено у таких документах, як Декларація про поліцію, Європейський кодекс поліцейської етики та ін. Зокрема, у Декларації про поліцію принципове і основоположне значення має норма про те, що співробітники поліції мають право на активну моральну та фізичну підтримку суспільства, якому вони служать [3]. У Європейському кодексі поліцейської етики [4] підкреслюється, що діяльність поліції значно посилюється, якщо поліція спирається на згоду та тісну співпрацю громадськості, оскільки громадськість є залежною від відповідального надання поліцейських послуг, ввірених поліції зі значними повноваженнями, включаючи дискрецію, яка становить практично монополію на застосування законного примусу. У Кодексі також підкреслено важливість єдиних стандартів, завдань та цінностей поліції, які мають сприяти довірі громадськості до поліції та установленню хороших зв'язків і співробітництву, та окремо наголошується, що ці ж стандарти, чітко виділяючи обсяг і сферу поліцейських послуг, допомагають захистити поліцію від невиправданих, дріб'язкових та нав'язливих претензій і, головне, обмежити їх відповідальність за пропали в наданні послуг [4]. У Розділі II «Правові основи поліції відповідно до верховенства права» Кодекс містить основні вимоги до правового підґрунтя, зокрема, щодо принципів взаємодії територіальних органів поліції

та органів місцевого самоврядування, а саме: 1) норму про те, що поліція є публічним органом, створеним згідно із законом, а її діяльність завжди повинна проводитися у відповідності до національного права і міжнародних стандартів, визнаних країною; 2) законодавство про поліцію повинно бути доступним для громадськості, досить зрозумілим і точним та за необхідності супроводжуватися чітким підзаконним регулюванням, яке також повинно бути доступним для громадськості і зрозумілим; 3) на співробітників поліції повинно поширюватися те ж законодавство, що й на звичайних громадян, і винятки можуть бути вилучані тільки з причин належної роботи поліції в демократичному суспільстві [4]. Наголосимо, що основні міжнародні стандарти та рекомендації, описані у вище наведених міжнародних нормативних документах, знайшли своє відображення в реформованому законодавстві України про поліцію та взаємодію правоохоронних органів з громадою.

2. На рівні *конституційних та законодавчих* актів системи національного права нормативні засади взаємодії Національної поліції із громадою закріплюються, зокрема, у ст. 5 та ч. 1 ст. 11 Закону України «Про Національну поліцію», а саме нормою-принципом, згідно з яким поліція у процесі своєї діяльності взаємодіє з органами місцевого самоврядування відповідно до закону та інших нормативно-правових актів (ст. 5 Закону), та диспозитивним положенням про те, що діяльність поліції здійснюється в тісній співпраці та взаємодії з населенням, територіальними громадами та громадськими об'єднаннями на засадах партнерства і спрямована на задоволення їхніх потреб (ч. 2 ст. 11 Закону) [5]. У ч. 2 ст. 89 цього ж Закону закріплено норму про те, що співпраця між поліцією та громадськістю спрямована на виявлення та усунення проблем, пов'язаних зі здійсненням поліцейської діяльності, та сприяння застосуванню сучасних методів для підвищення результативності та ефективності такої діяльності. У ст. 88 «Взаємодія між керівниками територіальних органів поліції та представниками органів місцевого самоврядування» Закону закріплено, що керівники територіальних органів поліції повинні не менше одного разу на два місяці проводити відкриті зустрічі з представниками органів місцевого самоврядування на рівнях областей, районів, міст та сіл з метою налагодження ефективної співпраці між поліцією та органами місцевого самоврядування і населенням. На таких зустрічах обговорюється діяльність поліції, визначаються поточні проблеми та вибираються найефективніші способи їх вирішення [5]. Крім того, зasadничим принципом взаємодії Національної поліції з населенням вважаємо закріплене у Законі положення про те, що саме рівень довіри населення до поліції є основним критерієм оцінки ефективності діяльності органів і підрозділів поліції.

Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» [6] нормативно закріплює такі ключові параметри взаємодії Національної поліції з громадою, як питання підпорядкування і контролю. Так, відповідно до п. 40 ст. 26 Закону заслуховування інформації керівників органів Національної поліції про стан законності, боротьби зі злочинністю, охорони громадського порядку та результати діяльності на відповідній території належить до виключної компетенції сільських, селищних, міських рад

(п. 40 ст. 26) [6]. Відповідно до ст. 28 Закону до відання виконавчих органів сільських, селищних, міських рад віднесено сприяння діяльності органів Національної поліції [6].

Разом із зазначеним документом до категорії профільних законів, що закріплюють нормативні основи взаємодії Національної поліції України з громадою, слід віднести Закон України «Про участь громадян в охороні громадського порядку та державного кордону» [7], у якому, зокрема, визначено форму такої участі, а саме колективну в складі громадських формувань. Проте зазначений Закон не регулює питання індивідуальної участі, наприклад громадських помічників дільничного інспектора поліції. Також до недоліків Закону слід віднести невизначеність інших випадків (форм) сприяння населення правоохоронним органам в охороні публічного порядку, які вже давно мають місце в реальному житті, наприклад, муніципальної поліції та муніципальної варти.

3. До категорії *підзаконних нормативно-правових актів*, які закріплюють нормативні засади взаємодії Національної поліції України з громадою, слід віднести Постанову Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про Національну поліцію» від 28.10.2015 р. № 877 [8], де визначено завдання органів поліції, вирішення яких базується на взаємодії з органами місцевого самоврядування. Відповідно до норм Постанови органам та територіальним підрозділам Національної поліції України надається право: 1) залучати в установленому порядку до виконання окремих робіт, участі у вивчені окремих питань учених і фахівців, працівників органів місцевого самоврядування (за погодженням з їх керівниками) для розгляду питань, що належать до компетенції Національної поліції; 2) одержувати в установленому законодавством порядку від органів місцевого самоврядування документи і матеріали, необхідні для виконання покладених на ней завдань, та ін. [8].

У такому нормативно-правовому акті, як Постанова Кабінету Міністрів України від 16 вересня 2015 р. № 730 «Про утворення територіальних органів Національної поліції та ліквідацію територіальних органів Міністерства внутрішніх справ» [9], найповніше, на нашу думку, реалізується нормативно-зasadничий принцип відповідності структури Національної поліції України адміністративно-територіальному поділу України. Проте натепер зазначене питання потребує нового етапу нормативного врегулювання, оскільки реалізація реформи місцевого самоврядування та створення об'єднаних територіальних громад, за умови відкладення питання про створення муніципальної поліції, зумовлює необхідність формування нової, відповідної реаліям сьогодення, системи територіальних органів Національної поліції України з метою створення найбільш ефективної системи взаємодії між громадами і органами поліції.

Низка важливих засадничих принципів взаємодії територіальних підрозділів Національної поліції України з громадою знайшла своє закріплення у Інструкції з організації діяльності дільничних офіцерів поліції, затвердженої Наказом Міністерства внутрішніх справ України від 28.07.2017 № 650 [10]. Питанню організації взаємодії присвячено Розділ III Інструкції «Взаємодія з населенням». Так, дільничний офіцер поліції з метою впровадження прин-

ципу взаємодії з населенням на засадах партнерства організовує роботу за такими напрямами: 1) протидія злочинності, профілактика правопорушень та охорона публічного порядку за участю населення; 2) співпраця з органами місцевого самоврядування, представниками територіальних громад, населенням, керівниками підприємств, соціальних, навчальних та культурних закладів, закладів захисту дітей з метою реалізації принципу взаємодії з населенням на засадах партнерства, обмін інформацією для подальшого її використання під час виконання службових обов'язків; 3) визначення спільніх пріоритетних напрямів роботи та її оцінювання з урахуванням думки і потреб громадськості. Також у Інструкції зазначено, що в рамках організації роботи на поліцейській дільниці та з метою налагодження ефективної співпраці між поліцією та органами місцевого самоврядування і населенням дільничний офіцер поліції проводить відкриті зустрічі з представниками органів місцевого самоврядування областей, районів, міст та сіл. Під час таких зустрічей населення інформується про стан законності, боротьби зі злочинністю, охорони громадського порядку та результати діяльності на відповідній території обслуговування. У межах території поліцейської дільниці дільничний офіцер поліції проводить роз'яснювальну роботу серед населення для формування у останнього правової культури, негативного ставлення до суспільно небезпечних явищ з метою підняття іміджу поліції та про способи захисту і самооборони від злочинних посягань. Таким чином, зазначені норми Інструкції можна вважати такими, що окреслюють форми і методи процесу взаємодії.

Загалом, слід зазначити, що взаємодія територіальних органів Національної поліції України з органами місцевого самоврядування має велике значення в рамках успішної реалізації моделі Community policing (Безпека в громаді) в Україні. Така взаємодія поліції з громадою передбачає, що на суб'єктів взаємодії покладається спільна відповідальність за забезпечення безпечної середовища та розв'язання проблем громади. Однак нормативні засади такої взаємодії потребують удосконалення.

Висновки. У статті обґрунтовано розуміння поняття «нормативні засади взаємодії Національної поліції України з громадою» як закріплених нормативним способом (нормами права, у статтях нормативно-правових актів) основних, головних положень та принципів, які визначають зміст, мету, основні напрями та форми такої взаємодії.

Доведено, що нині у правовому полі України питання взаємодії Національної поліції України з громадою регулюються статтями різних за юридичною чинністю нормативно-правових актів, які запропоновано структурувати у певну систему. Обґрунтовано, що зазначену систему становлять такі групи нормативно-правових актів, як: 1) міжнародні нормативно-правові акти, зокрема, Декларація про поліцію, Європейський кодекс поліцейської етики та ін.; 2) Конституція України та закони України, зокрема, Закон України «Про Національну поліцію», Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні», Закон України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону» та ін.; 3) підзаконні нормативно-правові акти, зокрема, Постанова Кабінету Міністрів України від 28.10.2015 р. № 877 «Про затвердження Положення про Націо-

нальну поліцію», Постанова Кабінету Міністрів України від 16 вересня 2015 р. № 730 «Про утворення територіальних органів Національної поліції та ліквідацію територіальних органів Міністерства внутрішніх справ»; Наказ Міністерства внутрішніх справ України «Про затвердження Інструкції з організації діяльності дільничних офіцерів поліції» від 28.07.2017 р. № 650 та ін.

Доведено, що є необхідність у розробці та прийнятті профільного закону або ж окремого підзаконного нормативно-правового акта, які б комплексно регламентували зазначену сферу суспільних відносин у галузі правоохоронної діяльності на загальнодержавному або галузевому рівнях.

Визначено, що перспективними напрямами подальших наукових досліджень є формування та обґрутування основних концептуальних підходів до визначення основоположних термінів і процесів управління механізмом взаємодії Національної поліції України з громадою у контексті реалізації моделі «Безпека в громаді».

Література

1. Словник української мови. URL: <https://slovnyk.ua/index.php?swrd=%D0%B7%D0% B0%D1%81%D0%B0%D0%B4%D0%B8> (дата звернення: 30.10. 2020).
2. Алексеев С.С. Право: азбука-теория-философия: Опыт комплексного исследования. Москва : Статут, 1999. 712 с.
3. Декларация о полиции: принятая резолюцией № 690 Парламентской ассамблеи Совета Европы, Страсбург, 8 мая 1979 г. Сборник документов Совета Европы в области защиты прав человека и борьбы с преступностью. Москва, 1998. С. 77–81.
4. Рекомендація Rec (2001) 10 Комітету Міністрів державам-учасницям Ради Європи «Про Європейський кодекс поліцейської етики» : ухв. Комітетом міністрів 19 верес. 2001 на 765-му заєднанні заступників міністрів. URL: <http://pravo.org.ua/files/Criminal%20justice/rec1.pdf>.
5. Про Національну поліцію : Закон України від 02 лип. 2015 р. № 580-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2015. № 40–41. Ст. 379. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19> (дата звернення: 30.10. 2020).
6. Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21 трав. 1997 р. № 280/97-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1997. № 24. Ст. 170. (дата звернення: 30.10. 2020).
7. Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону : Закон України від 22 черв. 2000 р. № 1835-ІІІ. Відомості Верховної Ради України. 2000. № 40. Ст. 338.
8. Про затвердження Положення про Національну поліцію : Постанова Кабінету Міністрів України від 28 жовтня 2015 р. № 877. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/877-2015-%D0%BF/print> (дата звернення: 30.10. 2020).
9. Про утворення територіальних органів Національної поліції та ліквідацію територіальних органів Міністерства внутрішніх справ : Постанова Кабінету Міністрів України від 16 вересня 2015 р. № 730. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/730-2015-%D0%BF#Text> (дата звернення: 30.10.2020).
10. Про затвердження Інструкції з організації діяльності дільничних офіцерів поліції : Наказ Міністерства внутрішніх справ України від 28.07.2017 р. № 650. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1835-14> (дата звернення: 30.10. 2020).

А н о т а ц і я

Волуйко О. М., Дружек О. В. Взаємодія Національної поліції України з громадою: нормативні засади. – Стаття.

У статті обґрутовано необхідність подальшого осмислення в теорії і удосконалення на практиці процесу взаємодії органів і сил поліції з громадою для забезпечення безпеки та громадського порядку. Проаналізовано стан розробки зазначененої проблеми представниками юридичної науки та виділено невирішенні задачі. Проаналізовано наукові погляди на поняття «засади», «нормативність», «нормативно-правовий акт». Доведено, що поняття «засади» слід розуміти як вихідне, головне положення, принцип. «Нормативність» слід розуміти

як загальну основу і об'єктивний критерій для всіх юридично значущих явищ, зокрема, регулювання певної сфери суспільних відносин. Сформовано поняття «нормативні засади взаємодії Національної поліції з громадою» у розумінні закріплених нормативним способом (нормами права, у статтях нормативно-правових актів) основних, головних положень та принципів, які визначають зміст, мету, основні напрями та форми такої взаємодії. Доведено, що у правовому полі України питання взаємодії Національної поліції України з громадою регулюються статтями різних за юридичною чинністю нормативно-правових актів. Запропоновано структурувати їх у певну систему. Наголошено на важливості врахування у межах зазначеної системи принципу прімату міжнародно-правових норм над нормами національного права. Обґрунтовано, що зазначену систему становлять такі групи нормативно-правових актів, як: 1) міжнародні нормативно-правові акти; 2) Конституція України та закони України; 3) підзаконні нормативно-правові акти, зокрема відомчі. Здійснено аналіз найважливіших нормативно-правових актів міжнародного права та національного законодавства, норми яких визначають та закріплюють основні положення та принципи взаємодії Національної поліції з громадою. Доведено, що є необхідність у розробці та прийнятті профільного закону або ж окремого підзаконного нормативно-правового акта, які б комплексно регламентували зазначену сферу суспільних відносин на загальнодержавному або галузевому рівнях. Визначено, що перспективними напрямами подальших наукових досліджень є формування та обґрунтування основних концептуальних підходів до визначення основоположних термінів і процесів управління механізмом взаємодії Національної поліції України з громадою та реалізації моделі «Безпека в громаді».

Ключові слова: основа, принципи, норми, законодавство, поліцейські сили, населення, співробітництво, комунікація.

S u m m a r y

Voluyko O. M., Druchek O. V. Interaction of the National Police of Ukraine with the community: normative principles. – Article.

The article substantiates the need for further understanding in theory and improvement in practice of the process of interaction of police bodies and forces with the community to ensure security and public order. The state of development of the specified problem by representatives of legal science with allocation of unsolved problems is analyzed. Scientific views on the concepts of "principles", "normativity", "normative legal act" are analyzed. It is proved that the concept of "principles" should be understood as the initial, main position, principle. "Normativity" should be understood as a general basis and objective criterion for all legally significant phenomena, in particular, the regulation of a particular area of public relations. The concept of "normative bases of interaction of the National Police with the community" is formed in the sense of the basic, main provisions and principles fixed by the normative way (norms of law, in articles of normative legal acts), which determine the content, purpose, main directions and forms of such interaction. It is proved that in the legal field of Ukraine the issues of interaction of the National Police of Ukraine with the community are regulated by articles of different legal acts of normative acts. It is proposed to structure them into a specific system. The importance of taking into account the principle of primacy of international law over national law within this system is emphasized. It is substantiated that the specified system consists of the following groups of normative legal acts: 1) international normative legal acts; 2) the Constitution of Ukraine and the laws of Ukraine; 3) bylaws, in particular, departmental. It was taken an analysis of the most important normative legal acts of international law and national legislation, the norms of which define and enshrine the basic provisions and principles of interaction of the National Police with the community. It is proved that there is a need to develop and adopt a profile law or a separate bylaw that would comprehensively regulate this area of public relations at the national or sectoral level. It is determined that promising areas of further research are the formation and justification of basic conceptual approaches to define the basic terms and processes of management of the mechanism of interaction of the National Police of Ukraine with the community and implementation of the model "Community Safety".

Key words: basis, principles, norms, legislation, police forces, population, cooperation, communication.

УДК 340
DOI <https://doi.org/10.32837/прпнола.v27i0.680>

П. Д. Гуйван

СУТНІСТЬ ТА ЗМІСТ ОХОРОННОГО ПРАВОВІДНОШЕННЯ: ТЕМПОРАЛЬНІ АСПЕКТИ

Багатоманітність зобов'язальних майнових відносин та особливості їхнього протікання у часі вимагають певної класифікації цивільно-правових строків, що опосередковують ті чи інші взаємини, визначають час реалізації належного особі суб'єктивного права та виконання юридичного обов'язку, котрі входять до змісту матеріального зобов'язання. При цьому мають враховуватися не лише темпоральні характеристики регулятивного зобов'язального відношення, а й охоронного, котре виникає після порушення суб'єктивного права. Часові характеристики існування та реалізації охоронних повноважень їхнього носія, у тому числі і матеріального права на позов (домагання), є дуже важливими та актуальними. Це дає можливість правильно оцінити юридичну природу, значення та місце строків у процесі набуття, реалізації та захисту суб'єктивних цивільних прав.

У науковій літературі дослідженням охоронно-правових взаємодій, які виникають у разі порушення регулятивного правовідношення, та темпоральних елементів відповідного зобов'язання присвятили увагу такі науковці, як В.П. Грибанов, Є.О. Крашенінніков, П.Ф. Єлісейкін, З.В. Ромовська, О.С. Йоффе, А.С. Шевченко, А.А. Кравченко та інші. Разом із тим окремі питання залишаються не зовсім дослідженими, тому сучасне законодавство не дає чіткої відповіді на деякі запити реальної практики. На жаль, наукове дослідження змісту та строків захисту порушених суб'єктивних прав особи переважно зводиться до аналізу виникнення, реалізації та припинення лише одного із захисних механізмів – позовного домагання. Проте охоронні правовідношення, що виникають внаслідок порушення регулятивного матеріального права особи, можуть реалізовуватися і у позасудовий спосіб. Мусимо констатувати, що серйозних наукових досліджень темпоральних ознак такого питання у цивілістичній літературі не проводилося. З методологічної точки зору з цим важко погодитися. Значною мірою то пояснюється недооцінкою гостроти проблеми чи навіть нерозумінням важливості відповідних цивільних відносин. Саме тому, приміром, багато років механізм застосування оперативних способів впливу на право-порушника регулювався судовою практикою, яка, своєю чергою, досить обережно та часто неоднозначно відображала застосування таких заходів,

у тому числі і у темпоральному вимірі. Тож, метою цієї праці є дослідження загальних закономірностей охоронного правовідношення від моменту правопорушення і до часу задіяння відповідного заходу відповідальності.

Ще радянські науковці, такі як М.А. Гурвич, С.М. Братусь, М.М. Агариков, О.С. Йоффе, Б.Б. Черепахін, дотримувалися парадигми, за якої постулювалося, що після порушення матеріальне правовідношення трансформується, суб'єктивне право переходить у стан зрілості вимоги (домагання), набуває вигляду матеріального права на позов. Основні засади вказаної теорії були висловлені найбільш повно М.А. Гурвичем: у разі правопорушення суб'єктивне матеріальне право переходить у так званий «напружений» стан, тобто у стадію права на позов, суб'єктивне право набуває здатності до примусового здійснення за допомогою державного юрисдикційного органу, і саме в цьому полягає сутність захисту порушеного матеріального права [1, с. 145]. Нині більшість учених тією чи іншою мірою поділяють такий підхід. Але, на наше переконання, концепція, за якою захисна властивість суб'єктивного права є його невід'ємним елементом від часу виникнення, не може охопити правову природу матеріальної вимоги, яка виникає і реалізується після порушення суб'єктивного права. І не тільки тому, що вона за своєю сутністю не узгоджується з реальним станом сучасних матеріальних взаємодій. Справа в тому, що дослідники припускаються тієї помилки, що ототожнюють охоронну здатність суб'єктивного права виключно із позовним домаганням (матеріальним правом на позов). Проте очевидні відмінності між правовою сутністю регулятивних та охоронних відносин є проявом застосування на практиці теоретичного уявлення про основні функції цивільного права – регулятивну та охоронну. Остання персоніфікується в тому числі і через реалізацію матеріального права на позов, що відбувається протягом певного строку, встановленого для цього, – позовної давності. Але нині вже переконливо доведено, що захист порушеного суб'єктивного права відбувається не тільки у позовному порядку, він може здійснюватися і у несудовий спосіб. Так, до способів захисту суб'єктивного права можна, наприклад, віднести використання певних механізмів самозахисту, так званих заходів оперативного впливу [2, с. 38] тощо. Отже, на сучасному етапі вже не може адекватно пояснювати сутність матеріальних взаємин відверто застаріла теорія про універсальність правовідношення, навіть з урахуванням традиційного положення про його зміну у разі правопорушення.

Вперше класифікацію цивільних правовідносин як регулятивних та охоронних здійснив відомий дoreволюційний юрист С.А. Муромцев. Щоправда, він не використовував у своїх дослідженнях сучасну термінологію, а називав взаємини відповідно захищаючими та такими, що захищаються. Він, зокрема, підкреслював, що коли вчиняється правопорушення, тоді до наявних відношень приєднується нове юридичне відношення суб'єкта до правопорушника [3, с. 78, 84]. Назва «охоронні» для таких взаємин була введена у цивілістичний обіг Н.Г. Александровим. Він вказував, що порушення правової норми призводить до виникнення між правопорушником та компетентним органом держави особливого (правоохранного) відношення, котре спрямоване на застосування до правопорушника певної

санкції у разі підтвердження неправомірності вчиненої дії [4, с. 91–92]. У радянський період концепція про розподіл правовідносин на регулятивні та охоронні за підставами їх виникнення була підтримана низкою вчених. Утім, розділяючи за сутністю вказані відносини, зазначені дослідники спершу розглядали охоронні взаємини, що виникали в разі порушення регулятивного права, в межах концепції процесуального права на позов. Певною мірою такий підхід притаманний і окремим сучасним науковцям. Так, Г.Л. Осокіна наголошує, що суб'єктивне право на позов виступає елементом охоронно-позовного процесуального відношення, тому що цьому праву кореспондує обов'язок суду як юрисдикційного органу держави [5, с. 467–468].

Та в подальшому із розвитком теоретичних напрацювань щодо сутності охоронного правовідношення та його елементу – позовного домагання – все більше дослідників почали схилятися до матеріально-правового тлумачення таких взаємин. Що ж є ключовим чинником, який відділяє регулятивні та охоронні правовідносини? Аналіз доктринальних досліджень дає змогу дійти висновку, що правове визначення власних позитивних дій носія суб'єктивного права та вимагання ним належної активної поведінки від зобов'язаних осіб як складових елементів захисту суб'єктивного права нині спорів практично не викликає. За великом рахунком головна розбіжність у поглядах науковців стосується питання про входження до складу суб'єктивного права його захисної властивості. Тому мусимо з'ясувати, чи є охоронно-правове повноваження певним станом порушеного цивільного права, чи воно становить окреме суб'єктивне право його носія. Як ми вже згадували, концепція, згідно з якою повноваження щодо використання державного примусу для захисту порушеного суб'єктивного права, входить до складу цього самого права, а не є окремим матеріально-правовим повноваженням особи, і нині продовжує мати багатьох прихильників [6, с. 163]. Разом із тим дуже поширенна теза стосовно того, що охоронна здатність входить до складу регулятивного суб'єктивного права, а захист останнього відбувається шляхом його примусового здійснення, у сучасній науці викликає досить значну кількість заперечень [7, с. 22–29; 8, с. 201]. І це цілком закономірно. Адже очевидно, що вимоги охоронного характеру, які з'являються в уповноваженого від часу порушення його матеріального права, мають інші темпоральні характеристики, інший, відмінний від регулятивної вимоги зміст. Щоправда, порушена (нереалізована в регулятивному відношенні) вимога, наприклад щодо виконання обов'язку в натурі, теж може бути відтвореною у позовному домаганні, але в такому вигляді вона є лише однією з кількох різних позовних вимог, далі не єдиною. Саме ж регулятивне цивільно-правове правовідношення складається та реалізується за умови належного здійснення свого права управління особою та відповідного належного виконання свого обов'язку зобов'язаною особою. Право кредитора, що витікає з такого регулятивного зобов'язання, не наділене властивістю примусової реалізації, оскільки воно не супроводжується так званими приводами до позову [9, с. 215–219], зокрема не порушене іншими особами. Коли ж відбувається порушення цивільного права, воно набуває здатності бути захищеним. І такий захист не може охоплюватися

механізмами, притаманними правовій організації регулятивних взаємин, навіть з урахуванням наведених трансформацій суб'єктивного права.

Отже, з огляду на очевидну недосконалість та недієвість наведеної вище правової парадигми, об'єктивно необхідним явищем стала розробка якісно нової доктрини щодо сутності та належності суб'єктивного права особи – носія порушеного цивільного права – на захист. Тож, цілком логічно, що у доктрині була напрацьована інша наукова концепція, кардинально відмінна від наведеної вище. Її суть полягає у основному положенні, згідно з яким право на судовий захист (позовне домагання), є самостійним матеріальним повноваженням, що реалізується в межах охоронно-правового відношення [10, с. 76, 77]. Звісно, таке суб'єктивне право не може бути складовою частиною регулятивного суб'єктивного матеріального права.

Такої позиції послідовно дотримується низка знаних українських цивілістів. Наприклад, Н.С.Кузнєцова, визначаючи самостійність захисного права особи, порівнює його з іншими суб'єктивними правами, котрі можуть здійснюватися носіями на свій розсуд на засадах диспозитивності та вільного волевиявлення, позаяк для права на захист законодавцем встановлено загальний для цивільних прав режим правового регулювання [11, с. 30]. Тезу про самостійність права на захист та не пов'язаність його з конкретним правом, що захищається, обстоює З.В. Ромовська [12, с. 482]. Вказана теорія є досить обґрунтованою з методологічної точки зору і заслуговує на увагу. Вона нині найбільш повно відповідає вимогам стосовно того, що правове обґрунтування конкретних взаємин повинно бути не тільки адекватним потребам суспільного розвитку, але й створювати певний простір і стимул до подальшого поступового розвитку регульованих відносин.

Справді, прискіпливий аналіз питання показує, що між регулятивним та охоронним правом є суттєві відмінності. Насамперед вони стосуються змісту кожного з таких суб'єктивних повноважень. Регулятивне право охоплює дії носія щодо реалізації повноважень, закладених у суб'єктивному праві, або шляхом самостійних активних дій, або шляхом вимагання певної поведінки від контрагента в добровільному порядку. Натомість до змісту охоронного права входить повноваження стосовно припинення правопорушення та усунення його негативних наслідків [13, с. 26]. Реалізація такого повноваження відбувається лише шляхом вчинення певного діяння з боку боржника, причому такі діяння носять як добровільний характер, так і здійснюються за допомогою державного примусу [14, с. 9]. Слід також зазначити, що обсяг та спрямованість повноважень за регулятивним та охоронним правовідношенням не співпадає [15, с. 23]. Якщо більш детально дослідити характер та юридичну природу фактичних взаємин, котрі відбуваються у коментованій царині, неодмінно кинеться в очі явна невідповідність наведеної вище надбудови реальному станові речей. Не можна погодитися з тим, що можливість звернутися за захистом порушеного права до суду поряд з повноваженнями на власну поведінку та на вимогу відповідної поведінки від боржника входить до складу всякого суб'єктивного права. Насправді, така можливість притаманна лише охоронному матеріальному праву, і вона фактично співпадає з повноваженнями управленої особи на активні дії шляхом реалізації позовного домагання.

Тож, досить переконливою та виваженою виглядає думка, відповідно до якої право на захист є самостійним суб'єктивним правом [16, с. 98–117].

З доктринальної точки зору така теза знайшла своє вираження у юридичному механізмі, відповідно до якого у разі порушення права виникає нове правовідношення охоронного змісту [17, с. 11–12]. Таке охоронне відношення з'являється в результаті порушення чи оспорювання регулятивного права, а сутність матеріально-правової вимоги, адресованої зобов'язаній особі, полягає в усуненні правопорушення та його наслідків, відновленні права тощо. Охоронна вимога не обов'язково реалізується в судовому порядку, про що свідчить зміст глави 3 ЦК України. Зокрема, суб'єкт порушеного права може в окремих випадках захистити його в адміністративному чи нотаріальному порядку, застосувати заходи само-захисту тощо. Але в будь-якому разі для позасудової чи судової реалізації вимога має існувати від часу порушення права. З огляду на це не можна погодитися з думкою дослідників, які пов'язують виникнення охоронного правовідношення із моментом звернення особи до суду.

З викладеного можемо зробити певні **висновки**. Коли відбулося порушення матеріального права участника цивільних відносин, на підставі невиконання умов регулятивного відношення виникає охоронне, змістом якого буде реалізація можливості юридичного захисту прав кредитора. Такі відносини виникають там і постільки, де і поскільки з'являється необхідність та забезпечення правом можливість захисту порушеного матеріального права. За умови порушення нормального порядку поведінки учасниками правовідношення взаємини, що між ними виникають, мають уже зовсім інший характер, вони будуть спрямовані на усунення порушення права, припинення неналежного виконання обов'язку, відшкодування збитків тощо, в тому числі і шляхом застосування до порушника заходів примусу. Можливість застосування примусових заходів стає конкретною, реальною і саме це становить зміст права кредитора на позов у матеріальному сенсі. Таким чином, можемо дійти висновку про те, що охоронні відносини виникають тільки тоді, коли сталося порушення суб'єктивного матеріального права особи і саме вони характеризують здатність суб'єктивного права бути захищеним.

Література

1. Гурвич, М.А. Право на иск. / Отв. ред.: Клейнман А.Ф. Москва, Ленинград : Изд-во АН СССР, 1949. 215 с.
2. Грибанов, В.П. Осуществление и защита гражданских прав. Москва : Статут, 2000. 411 с.
3. Муромцев С.А. Определение и основное разделение права. Санкт-Петербург : Изд. дом Санкт-Петербургского государственного университета, 2004. 224 с.
4. Александров Н.Г. Законность и правоотношения в советском обществе. Москва : Госюризат, 1955. 176 с.
5. Осокина Г.Л. Курс гражданского судопроизводства России. Общая часть : учебное пособие. Томск : Изд-во Томского университета, 2002. 616 с.
6. Венедиктова И. Категория охраняемого законом интереса в гражданском праве Украины. *Частное право*. 2013. № 1. С. 155–168.
7. Крашенинников Е.А. К теории права на иск. Ярославль : ЯрГУ, 1995. 76 с.
8. Приватноправові механізми здійснення та захисту суб'єктивних прав фізичних та юридичних осіб / В.Л. Яроцький, В.І. Борисова, І.В. Спасибо-Фатеєва та інші ; За ред. В.Л. Яроцького. Харків : Юрайт, 2013. 272 с.

9. Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. Москва : Издание Бр. Башмаковых, 1917. 266 с.
10. Крашенинников Е.А. Структура субъективного права и права на защиту. *Проблема защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство*. Ярославль, 1979. Вып. 4. С. 73–82.
11. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар / А.С. Довгерт, Н.С. Кузнецова, В.В. Луць та інші ; За ред. О.В. Дзери (кер. авт. кол.), Н.С. Кузнецової, В.В. Луця. Київ. 2004. 928 с.
12. Ромовська З.В. Українське цивільне право. Загальна частина. Київ : Атіка, 2005. 560 с.
13. Елісейкин П. Ф. Охранительные нормы (понятие, виды, структура). В кн.: Защита субъективных прав и советское гражданское судопроизводство / Под ред. П.Ф. Елісейкина. Ярославль, 1977. 148 с.
14. Томилова Ю.Ю. Охранительные правоотношения в механизме правового регулирования : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Москва, 2004. 220 с.
15. Литовченко Л. Право на захист цивільних прав та інтересів. *Підприємництво, господарство і право*. 2014. № 54. С. 20–24.
16. Маслов В.Ф. Цивільне право : підручник. Ч. 1. Харків, 1997. 315 с.
17. Бутнев В.В. Понятие механизма защиты субъективных гражданских прав. *Механизм защиты субъективных гражданских прав* : сборник научных трудов. Ярославль : Яросл. ГУ, 1990. 164 с.

А н о т а ц і я

Гуїван П. Д. Сутність та зміст охоронного правовідношення: темпоральні аспекти. – Стаття.

Стаття присвячена дослідженню актуального питання про сутність і темпоральні прояви такого об'єктивно наявного феномена, як охоронно-правове відношення. У роботі наданий розгорнутий аналіз доктринальних напрацювань різних періодів, у яких цивілістична думка поступово змінювалася від універсального бачення правовідношення як единого явища, що може трансформуватися з непорушеної стану в порушений, до новітньої концепції про поділ матеріальних відносин на регулятивні та охоронні. Саме в межах останніх, які, власне, виникають від моменту правопорушення, можлива реалізація захисної властивості суб'єктивного права. Позаяк регулятивне право здійснюється виключно в не примусовому (добровільному) режимі, право кредитора, що витікає з такого зобов'язання, не наділене властивістю примусової реалізації; подібна здатність притаманна лише охоронному правовідношенню. У праці обстоюється теза про різну сутність, спрямованість і зміст таких відношень. Натомість підтримується наукова концепція, згідно з якою право на захист, у тому числі у судовому порядку (позовне домагання), є матеріальним повноваженням, що реалізується в межах самостійного охоронно-правового відношення. До його змісту входить повноваження стосовно припинення правопорушення та усунення його негативних наслідків. За умови порушення нормального порядку поведінки учасниками правовідношення взаємини, що між ними виникають, мають уже зовсім інший характер, вони будуть спрямовані на усунення порушення права, припинення неналежного виконання обов'язку, відшкодування збитків тощо, в тому числі і шляхом застосування до порушника заходів примусу. Можливість застосування примусових заходів стає конкретною, реальною, і саме це становить зміст права кредитора на позов у матеріальному сенсі. Таким чином, можемо дійти висновку про те, що охоронні відносини виникають тільки тоді, коли сталося порушення суб'єктивного матеріального права особи і саме вони характеризують здатність суб'єктивного права бути захищеним.

Ключові слова: охоронно-правове відношення, здатність права до примусового здійснення, регулятивний режим.

S u m m a r y

Guyvan P. D. The essence and content of the protective legal relationship: temporal aspects. – Article.

The article is devoted to the study of the topical issue of the essence and temporal manifestations of such an objectively existing phenomenon as the protection and legal relationship. The paper presents a detailed analysis of doctrinal developments of different periods, in which civilist thought gradually changed from a universal vision of the legal relationship as a single phenomenon that can be transformed from an intact state to a disturbed one, to the latest concept of division of material relations into regulatory and protective. It is within the framework of the latter, which, in fact, arise from the moment of the offense, that the protective property of subjective law can be realized. Since the regulatory right is exercised exclusively in a non-coercive (voluntary) regime, the creditor's right arising from such an obligation is not endowed with the property of coercion; such an ability is inherent only in the protective legal relationship. The thesis defends the thesis about the different essence, direction and content of these relations. Instead, the scientific concept is supported, according to which the right to protection, including in court (claim) is a material power, which is exercised within the framework of an independent legal protection relationship. Its content includes the authority to terminate the offense and eliminate its negative consequences. In case of violation of the normal order of conduct by the parties, the relationship between them is of a completely different nature, they will be aimed at eliminating the violation, termination of improper performance of duties, compensation, etc., including by applying measures to the violator coercion. The possibility of coercive measures becomes concrete, real and this is the essence of the creditor's right to sue in the material sense. Thus, we can conclude that the protective relationship arises only when there is a violation of the subjective substantive right of the person and they characterize the ability of the subjective right to be protected.

Key words: legal protection relationship, ability of law to enforce, regulatory regime.

I. V. Давидова

КАТЕГОРІЯ «ПРАВОЧИН» В УМОВАХ РЕКОДИФІКАЦІЇ ЦІВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА: ПЕРСПЕКТИВИ ТРАНСФОРМАЦІЇ

Постановка проблеми. Останнім часом науковцями досить активно обговорюються напрями рекодифікації цивільного законодавства, а робоча група розробляє відповідну концепцію, яка має слугувати основою для формування оновленого тексту Цивільного кодексу України. В межах рекодифікації книги I важливим є звернення уваги на формування нової концепції «правочину», трансформації розуміння такого поняття, співвідношення його з категорією договору. Додаткової актуальності вивченю вказаніх питань додає необхідність вирішення проблем, пов'язаних з використанням інформаційних технологій під час підготовки та укладання правочинів.

Оцінка стану літератури. Аналіз вітчизняних наукових публікацій свідчить про те, що дослідженням питань у цій сфері приділяють увагу: Н.Ю. Голубєва, С.Д. Гринько, І.В. Давидова, А.С. Довгерт, О.С. Кізлова, В.М. Коссак, Н.С. Кузнецова, Л.В. Орел, Є.О. Харитонов, О.І. Харитонова, О.С. Яворська та ін. У літературі аналізуються всі цивільно-правові інститути, які потребують якісного та комплексного оновлення в межах рекодифікації. Разом із тим вважаємо за необхідне звернути окрему увагу на перспективи трансформації категорії «правочин», яка має місце під час рекодифікації цивільного законодавства України.

Метою статті є аналіз категорії «правочин» у чинному законодавстві України та розгляд можливих напрямів її трансформації в умовах рекодифікації цивільного законодавства.

Виклад основного матеріалу. У книзі I «Загальні положення» ЦК характеристика договору відсутня, а з огляду на те, що договір у вітчизняній концепції цивільного права розглядається як вид правочину, доцільнім є звернення до цієї категорії. На користь такого підходу свідчить і та обставина, що нерідко саме правочин розглядається як найбільш ефективний і поширеніший засіб здійснення принципу приватної автономії, згідно з яким люди самі мають регулювати свої взаємини [1, с. 231].

Має значення і те, що уявлення про цю категорію сформувалося практично так само давно, як і поняття контракту. Ще римські юристи вико-

ристовували термін “negotium”, близький за значенням до сучасного поняття «правочин», розуміючи його або як ведення судової справи, або як оплатний правочин, або як торговельну угоду, або як ведення справ іншої особи (*negotiorum gestio*). У ХVІІІ ст. у юридичний побут було запроваджене поняття “*actus juridicus*” (юридичні дії), котре збереглося до ХХ ст. у французькій юридичній термінології [2, с. 333] і за своїми характеристиками є близьким до сучасного «правочин».

Визначення правочину містить ст. 202 ЦК, яка передбачає, що правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов’язків. Звідси випливають такі ознаки правочину, як те, що він є: 1) вольовим актом; 2) діями суб’єкта цивільних відносин; 3) правомірною вольовою дією (діями); 4) волевиявленням, спрямованим на встановлення, зміну, припинення тощо цивільних прав і обов’язків; 5) моральним. При цьому вимога «моральності» правочину означає його відповідність сприйнятим суспільством ідеалам добра і зла, справедливості тощо.

Для з’ясування нормотворчого потенціалу правочину велике значення має виявлення його «адресатів» – тих учасників цивільних відносин, у яких завдяки йому можуть виникати цивільні права та обов’язки.

Оскільки у ст. 202 ЦК коло адресатів «вчинення» права (правил певної поведінки) не обмежене, то ними може бути суб’єкт правочину (волевиявлення), а також інші особи, для яких це волевиявлення є джерелом виникнення цивільних прав та обов’язків. Ознаки правочину, котрі мають велике значення для характеристики його як форми цивільного законодавства, такі: 1) правочини є вольовими актами, спрямованими на досягнення певного правового результату, воля його учасників має бути виражена зовні; 2) вони є результатом єдності волі та волевиявлення [3]. Волевиявлення є суттю правочину, без нього немає самого правочину. Припускається, що суб’єкти приватного права діють розумно, добросовісно, вільно. Отже, можна говорити про презумпції збігу волі та волевиявлення.

Правочини – це завжди дії суб’єкта цивільних відносин. Якщо акти цивільного законодавства та акти управління тощо видають суб’єкти публічного права, реалізуючи у межах їхньої компетенції покладені на них владні функції, то правочин є актом реалізації приватною особою її природного права свободи.

Для правочину властиве висування до нього вимог, дотримання котрих є умовою його дійсності. Зокрема, це вимоги щодо: 1) змісту правочину; 2) наявності правочиноздатності суб’єктів правочину; 3) відповідності волевиявлення внутрішній волі суб’єкта (суб’єктів) правочину; 4) форми правочину; 5) реальності правочину; 6) дотримання спеціальних умов, встановлених законом для такого виду правочину.

Як зазначалося, зміст правочину не може суперечити актам цивільного законодавства та моральним засадам суспільства (частина 1 ст. 203 ЦК), тобто фізичні та юридичні особи повинні враховувати вимоги щодо здійснення цивільних прав, встановлених у ст. 12, 13 ЦК та інших актах цивільного законодавства.

Не заперечуючи доцільності встановлення такого положення у ЦК, маємо зазначити, що воно є справедливим щодо так званих «легітарних» пра-

вочинів (таких, що мають основою приписи закону), але не стосуються правочинів «волюнтарних» (таких, що не передбачені законом, але укладаються особами у результаті їхнього вільного волевиявлення).

Крім того, згадане правило ч. 1 ст. 203 ЦК, очевидно, стосується насамперед випадків розгляду правочинів як індивідуальних правових актів – підстав виникнення цивільних прав і обов’язав в індивідуальних правовідносинах. Разом із тим застосування зазначеного положення як універсального стосовно всіх випадків розуміння категорії «правочин» суперечить частині 3 ст. 6 ЦК, згідно з якою сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд, крім випадків, встановлених у законі. Отже, щодо такого виду правочинів, як договори, прямо передбачено, що вони можуть суперечити положенням закону. Але немає підстав для встановлення законом додаткових обмежень стосовно односторонніх правочинів, котрі можуть виступати як форма цивільного законодавства. У зв’язку з цим варто зауважити, що, очевидно, у ст. 6 ЦК має йтися не про співвідношення актів цивільного законодавства і договору, а про співвідношення актів цивільного законодавства і правочинів, що виглядає виправданим і з методологічної, і з практичної точкою зору.

Важливим аспектом характеристики правочину як форми цивільного законодавства є презумпція його правомірності, яка полягає у припущені, що особа діє відповідно до принципів приватного права та зasad цивільного законодавства України. Як зазначено у ст. 204 ЦК, правочин є правомірним, якщо його недійсність прямо не встановлена законом або якщо він не визнаний судом недійсним.

Ошінюючи обґрунтованість визнання правочинів формами цивільного законодавства, слід згадати, що залежно від підстави (мети) правочинів останні поділяються на абстрактні та каузальні. Правочини, в яких визнано підстави їх вчинення, називаються каузальними. До них належить більша частина цивільно-правових договорів (купівля-продаж, доручення, зберігання тощо). Абстрактними вважаються правочини, у яких не визнані підстави їх здійснення. Розрізнення каузальних та абстрактних правочинів має те значення, що останні є близькими до поняття «форми цивільного законодавства» у класичному розумінні як чинника встановлення правил поведінки, адресованих до невизначеного наперед кола осіб.

Важливою є також диференціація правочинів залежно від числа сторін, що беруть участь у правочині. За названим критерієм їх поділяють на односторонні, двосторонні і багатосторонні.

Формування інформаційного суспільства, глобалізаційні та інтеграційні процеси, які нині відбуваються, зумовлюють необхідність удосконалення правового інструментарію торгового обігу, що робить актуальним перегляд низки цивілістичних категорій, комплексного оновлення цивільно-правових норм, закріплених у ЦК, внаслідок чого можна говорити про формування нової концепції «правочину».

Привертаю увагу уточнення та доповнення до ЦК, які відбулися у 2015 р. і пов’язані з використанням інформаційних технологій під час підготовки та укладення правочинів, оскільки аналіз практики свідчить

про помітні зрушенння в бік спрощення укладення правочинів. Зокрема, з'явилася можливість вчинити договори та інші правочини в електронній формі, яка передбачає фіксацію умов угоди не на папері, а за допомогою електронних документів, ознайомлення з якими обов'язково має супроводжуватися використанням спеціального обладнання. Тому виникає електронна форма правочину, що зумовило внесення змін до статей 205 та 207 ЦК. Тоді ж (вересень 2015 р.) спеціальним нормативно-правовим актом, а саме Законом «Про електронну комерцію», запроваджені такі поняття, як «електронна торгівля», «електронний правочин», «електронний договір» тощо. Це певною мірою впливає на умови та порядок вчинення правочинів, визначення їх сторін, наслідки невиконання тощо, але практично не змінює саме розуміння їхньої сутності. Разом із тим аналіз сформульованих понять дає можливість зробити висновок, що фактично йдеться про правочини у традиційному їх розумінні, оскільки змінюється лише характер спілкування сторін, спрощення вимог до оформлення правочинів тощо.

Однак необхідно вести мову не просто про електронну форму правочину, а про формування нової категорії, яка є наслідком формування інформатизації суспільства. Таке забезпечення можливості вчинити правочини в електронній формі без укладення паперових договорів, присутності сторін під час його укладення тощо є лише «перехідним» етапом та дає підґрунтя (основу) для формування правочинів «нового типу» (так званих «розуміних» контрактів, які частіше позначаються терміном «смарт-контракти»).

Внаслідок поширення інформаційних технологій (зокрема, таких як блокчейн) та програм (таких як «смарт-контракт» тощо) та їх відчутних переваг ведемо мову не лише про вдосконалення порядку укладення правочину, а про зміну самого розуміння його сутності. Тобто нині виникає новий тип правочинів, що формується в інформаційному суспільстві, до якого, на нашу думку, мають бути віднесені правочини, котрі сутнісно пов'язані з використанням інформаційних технологій. Із урахуванням цієї їх особливості вони можуть іменуватися «IT-правочинами» [4, с. 17].

Для впровадження таких революційних рішень необхідним є використання не менш сміливих технологічних проектів, які в умовах формування сучасного інформаційного суспільства забезпечували б встановлення правовідносин між усіма учасниками спільноти (як приватними особами, так і суб'єктами публічного права), що дасть можливість більш ефективно розвиватися не лише економіці, але й суспільству загалом. Такою технологією є блокчейн (Blockchain). Можливі (як мінімум) два підходи у дослідженні блокчейну: з технологічного погляду – це платформа, технологія, система тощо; з погляду правового – це програмно-комп'ютерний алгоритм та концепція. Вважаємо, що у процесі вивчення цих питань необхідно враховувати обидва підходи, що буде залежати від мети дослідження.

У багатьох країнах та міжнародних організаціях останнім часом активно досліджуються можливості впровадження згаданої технології, а деякі країни вже активно її використовують. Нині блокчейн розглядається як ключовими глобальними гравцями переважно як явище фінансове, як перспективний інструмент для платежів і розрахунково-клірингових операцій. Тому найактивніші кроки щодо його осмислення і додання правової основи

роблять фінансові та монетарні регулятори, зокрема, в Японії, Сінгапурі, Гонконгу, Великобританії, Китаї, Україні [5]. Також активно розробляються та впроваджуються блокчейн-технології і у Швейцарії, США (де суди в окремих штатах (наприклад, Вермонт) приймають правочини, укладені через блокчейн, і вони закріплені в правовому полі (наприклад, Аризоні).

Законодавче закріплення відповідних категорій дасть змогу суспільству ставитися до них з більшою довірою. Адже такі переваги блокчейну, як прозорість, швидкість операцій, достовірність та незмінність даних, високий рівень безпеки операцій створює гарні перспективи. Необхідною умовою результативного застосування блокчейну є адаптація національного законодавства до нових реалій у використанні наявних інформаційних технологій, загальних принципів, концепцій на підґрунті, зокрема, застосування загальних зasad права, дотримання прав і свобод людини, врахування особливостей суспільних відносин, забезпечення інформаційної безпеки, забезпечення відповідальності держави та її органів, стимулювання добросовісності, розумності, справедливості сторін правовідносин.

Таким чином, в умовах рекодифікації законодавства впровадження блокчейну може стати способом врегулювання прогалин, які існують у чинному законодавстві, широкого впровадження надійних технологій задля забезпечення дотримання прав суб'єктів правовідносин (зокрема, цивільних).

Після ратифікації Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони [6] (вересень 2014 р.), схвалення Стратегії сталого розвитку «Україна-2020» [7] (з метою виконання зазначеної Угоди), в якій закладений перелік необхідних для нашої держави реформ; схвалення Кабінетом Міністрів України 17.01.2018 р. розпорядження «Про схвалення Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 роки та затвердження Плану заходів щодо її реалізації» [8], настав час реалізації ініціативи «Цифровий порядок денний України-2020» [9]. Метою цього проекту є усунення бар'єрів на шляху цифрової трансформації України в найбільш перспективних сферах шляхом стимулювання економіки та залучення інвестицій, а також подолання цифрової нерівності, поглиблення співпраці з ЄС у цифровій сфері та розвиток інноваційної інфраструктури країни і цифрових перетворень. Зокрема, передбачається розвиток Індустрії 4.0, смарт-фабрик, цифрових робочих місць, STEM-освіти та цифрових освітніх послуг, цифрових інфраструктур для Інтернету речей, блокчейну, eHealth та e-безпеки тощо [10].

Вважаємо, що смарт-контракти (як основний вид правочину) є інновацією з великим потенціалом, що відкриває чудові можливості для вдосконалення роботи установ, підприємств, фірм тощо, зменшення витрат коштів та часу, підвищення ефективності з метою надання більш якісних послуг. Важко уявити майбутнє без використання смарт-контрактів, однак необхідно також враховувати і невирішенні питання, зокрема щодо їх правового регулювання, визначення наслідків укладення таких контрактів тощо.

Викладене дає змогу зробити висновок, що в результаті поширення інформаційних технологій звичні (традиційні) правочини трансформуються в електронні правочини, смарт-контракти тощо, які суб'єкти права змо-

жуть укладати без особистого контакту, паперових текстів договорів, особистих (власноручних) підписів тощо. Це нова фаза розвитку, переломний момент, який має відбутися не лише в сфері технічного забезпечення можливостей такого укладення правочинів, але й у свідомості кожної особи.

Проведені дослідження [11] дають підстави для висновку, що нині концепція правочинів зазнає відчутних змін, фактично розділивши на два розгалуження: «традиційні правочини», які ґрунтуються на класичних засадах розуміння цієї категорії, і IT-правочини, котрі сутнісно пов'язані зі сфериою буття та використання інформаційних технологій.

Своєю чергою доцільно розрізняти два види IT-правочинів:

- IT-правочини, тобто, ті правочини, що є діями суб'єктів цивільного права, але не можливі (не існують) поза IT-сферию взагалі, і які можуть бути вчинені за допомогою різних платформ (зокрема, платформи блокчейн), що за своєю природою є цивільно-правовим полем;

- традиційні за сутністю правочини, які пов'язані з IT, вчиняються за допомогою інформаційних технологій, сюди відносимо: електронні за формою правочини та такі, що пов'язані з використанням різного роду електронних засобів для їх вчинення.

Висновки. У контексті рекодифікації цивільного законодавства вважаємо за доцільне внести такі пропозиції щодо оновлення положень ЦК у главі «Правочини»: 1) оновити концепцію правочину з метою визнання існування правочинів «традиційних», «перехідних» та «нових», що відображає особливості формування інформаційного суспільства та забезпечує ефективне використання інформаційних технологій у разі вчинення правочинів, запобігання виникненню проблем, пов'язаних з юридичною кваліфікацією дій, вчинених з використанням систем розподіленого реєстру (типу блокчейн). При цьому необхідно передбачити правовий механізм захисту прав учасників відповідних відносин, зокрема, концепцію недійсності IT-правочинів, яка може слугувати методологічним підґрунтам визначення наслідків недійсності правочинів відповідно до загальних принципів справедливості, розумності, необхідності відшкодування збитків, закріплених у ЦК; запровадити поняття IT-правочину як дій суб'єкта цивільного права, що вчиняються у сфері застосування та/або за допомогою інформаційних технологій, і спрямовані на встановлення, зміну, припинення цивільних прав та обов'язків, та включити у книгу I ЦК відповідну норму.

Література

1. Чантурия Л.Л. Введение в общую часть гражданского права (сравнительное исследование с учетом некоторых особенностей постсоветского права). Москва : Статут, 2006. 349 с.
2. Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2-х томах. Т. II. Москва : АО «ЦентрИнформ», 2002. 428 с.
3. Ойгензихт В.А. Воля и волеизъявление. (Очерки теории, философии и психологии права). Душанбе : Дониш, 1983. 256 с.
4. Давидова И.В. Правочини та їх недійсність в інформаційному суспільстві : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2018. 40 с.
5. Павленко Д. Consensus и право 2017: регуляторные перспективы и вызовы блокчейна. URL: <http://forklog.com/consensus-i-pravo-2017-regulyatornye-perspektivy-i-vyzovy-blokchejna/>.
6. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (угоду

ратифіковано із заявою Законом № 1678-VII від 16.09.2014). URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/984_011.

7. Стратегія сталого розвитку «Україна-2020» : Указ Президента України від 12.01.2015 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/5/2015>.

8. Про схвалення Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 роки та затвердження Плану заходів щодо її реалізації : розпорядження КМУ від 17.01.2018 р. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/67-2018-p>.

9. Цифровий порядок даний України-2020. URL: <https://ucc.i.org.ua/uploads/files/58e78ee3c3922.pdf>.

10. Каменецька О. КМУ схвалив Концепцію та План дій розвитку цифрової економіки в Україні до 2020 року. URL: <https://fbs-tax.com/uk/mediacenter/news-uk/cmu-has-approved-the-concept-and-action-plan-for-development-of-digital-economy-in-ukraine-until-2020/>.

11. Давидова І.В. Правочини та їх недійність в інформаційному суспільстві : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2018. 486 с.

А н о т а ц і я

Давидова І. В. Категорія «правочин» в умовах рекодифікації цивільного законодавства: перспективи трансформації. – Стаття.

Стаття присвячена аналізу категорії «правочин» у чинному законодавстві України та розгляду можливих напрямів її трансформації в умовах рекодифікації цивільного законодавства.

Проаналізовані положення Цивільного кодексу України щодо визначення та основних ознак правочину, вимог його дійсності тощо. Важливим аспектом характеристики правочину як форми цивільного законодавства є презумпція його правомірності, яка полягає у припущення, що особа діє відповідно до принципів приватного права та зasad цивільного законодавства України.

Окрема увага приділена глобалізаційним та інтеграційним процесам, які нині відбуваються та які зумовлюють необхідність удосконалення правового інструментарію торгового обігу, що спричиняє необхідність комплексного оновлення цивільно-правових норм, закріплених у Цивільному кодексі, внаслідок чого робиться висновок про формування нової концепції «правочину».

Визначено, що в умовах рекодифікації законодавства впровадження блокчейну може стати способом врегулювання прогалин, які наявні у чинному законодавстві, широкого впровадження надійних технологій задля забезпечення дотримання прав суб'єктів правовідносин (зокрема, цивільних), а смарт-контракти (як основний вид правочину) є інновацією з великим потенціалом, що відкриває чудові можливості для вдосконалення роботи установ, підприємств, фірм тощо, зменшення витрат коштів та часу, підвищення ефективності з метою надання більш якісних послуг.

Запропоновано внести такі пропозиції щодо оновлення положень ЦК у главі «Правочини»: оновити концепцію правочину з метою визнання існування правочинів «традиційних», «перехідних» та «нових», що відображає особливості формування інформаційного суспільства та забезпечує ефективне використання інформаційних технологій під час вчинення правочинів, запобігання виникненню проблем, пов'язаних з юридичною кваліфікацією дій, вчинених з використанням систем розподіленого реєстру (типу блокчайн); запровадити поняття ІТ-правочину як дій суб'єкта цивільного права, що вчиняються у сфері застосування та/або за допомогою інформаційних технологій, і спрямовані на встановлення, зміну, припинення цивільних прав та обов'язків, та включити у книгу I ЦК відповідну норму.

Ключові слова: правочин, договір, електронний правочин, рекодифікація цивільного законодавства, блокчайн, старт-контракт.

S u m m a r y

Davydova I. V. The category of “transactions” in terms of recoding of civil law: prospects for transformation. – Article.

The article is devoted to the analysis of the category of “transactions” in the current legislation of Ukraine and consideration of possible directions of its transformation in the conditions of recoding of the civil legislation.

The provisions of the Civil Code of Ukraine on the definition and main features of the transaction, the requirements of its validity, etc. are analyzed. An important aspect of characterizing a transaction as a form of civil law is the presumption of its legality, which is the assumption that a person acts in accordance with the principles of private law and the principles of civil law of Ukraine.

Particular attention is paid to the globalization and integration processes that are taking place and which necessitate the improvement of legal instruments of trade, which necessitates a comprehensive update of civil law enshrined in the Civil Code, resulting in the formation of a new concept of "transaction".

It is determined that in the context of recoding the legislation, the introduction of blockchain can be a way to address gaps in existing legislation, the widespread introduction of reliable technologies to ensure compliance with the rights of legal entities (including civil), and smart contracts innovation with great potential, which opens up great opportunities to improve the work of institutions, enterprises, firms, etc., reduce costs and time, increase efficiency in order to provide better services.

It is proposed to make the following proposals to update the provisions of the Central Committee in the chapter "Transactions": 1) update the concept of transactions to recognize the existence of transactions "traditional", "transitional" and "new", which reflects the formation of the information society transactions, prevention of problems related to the legal qualification of actions committed using distributed registry systems (such as blockchain); introduce the concept of IT transaction as an action of a subject of civil law, committed in the field of application and/or with the help of information technology, and aimed at establishing, changing, terminating civil rights and obligations, and include in Book I CC the relevant rule.

Key words: transaction, contract, electronic transaction, recodification of civil legislation, blockchain, start contract.

I. Й. Магновський

ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ ЯК КАТЕГОРІЯ ОСОБЛИВОЇ ФОРМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА

Переосмислення теоретичних зasad правозастосування як державно-владної реалізації правових приписів, своєчасність та активність котрих якісно позначається та впливає на формування і розвиток інституцій громадянського суспільства, потребує особливої уваги на сучасному етапі державотворення у складні часи політико-правових перипетій, які переживає нині Україна.

Як бачимо, необхідність цього дослідження викликана сьогоденням, що засвідчує про наукову та практичну значущість, актуальність і перспективність такої тематики.

Значний внесок у вивчення питань, пов'язаних із правозастосуванням в Україні, зробили такі вчені, як: С.В. Бобровник, С.Д. Гусарєв, В.В. Дудченко, Л.М. Кельман, М.І. Козюбра, А.М. Колодій, В.В. Копейчиков, В.В. Лемак, С.Л. Лисенков, В.П. Нагребельний, Н.М. Оніщенко, А.М. Перепелюк, П.М. Рабінович, О.Ф. Скақун, Т.І. Тараконич, О.В. Фатхутдинова, Ю.С. Шемщученко та ін.

Розумінню специфіки застосування права, як підмічає Л.О. Макаренко, сприяє аналіз основних підходів або юридичних підстав виникнення діяльності з владної реалізації правових приписів. Застосування права викликано певним комплексом об'єктивних і суб'єктивних обставин. В одних випадках суб'єкти зацікавлені в правозастосовчій діяльності і свідомо створюють умови для її виникнення. За інших обставин правозастосовна діяльність може мати місце всупереч бажанням окремих зацікавлених осіб [1, с. 154].

Загалом, як наголошують дослідники, правозастосування переважно розглядається саме як форма реалізації права. Так, під застосуванням правових норм розуміють спрямовану на реалізацію норм права і здійснювану у спеціально встановлених формах державно-владну діяльність органів держави або місцевого самоврядування щодо прийняття індивідуально-конкретних правових приписів з метою вирішення конкретної справи [2, с. 179].

Застосування права має місце там, констатують науковці, де є владне рішення компетентного органу з приводу конкретної життєвої ситуації. Владність рішення означає певне відношення між суб'єктами права, у якому присутні управління вчинками людей та інших суб'єктів права в імпе-

ративній формі, що завжди передбачає: 1) односторонність волевиявлення органу, наділеного владними повноваженнями, хоча у низці випадків ініціатором видання акта застосування виступає не сам цей орган; 2) категоричність передбаченого цим актом веління; 3) обов'язковість владних рішень для виконавців, підкорення їх волі; 4) забезпеченість і охорона таких рішень примусовою силою держави [3, с. 18].

I.Я. Дюрягін розглядає відмінну ознаку застосування права як правореалізаційну діяльність, відповідно до якої здійснюється державне управління у соціально-правовому середовищі. Він відзначає, що застосування права поряд із правотворчістю і плануванням являє собою один зі способів державно-правового впливу на суспільні відносини, їх регулювання [4, с. 48].

I.П. Левченко з цього приводу зазначає, що, виступаючи як організаційно-правовий метод і засіб державного забезпечення урегульованості та порядку у суспільних відносинах, владна діяльність державних органів та їх посадових осіб засновується на використанні наданих їм повноважень, виконанні покладених на них обов'язків і дотриманні встановлених у законі заборон. Однак механізми взаємозв'язку і взаємодії застосування права з указаними формами та способами його реалізації з'ясовано не повно [5, с. 5].

O.I. Донченко визначає правозастосування як одну із форм реалізації права, яка має державно-владний організуючий характер компетентних державних органів та уповноважених державою осіб і спрямована на зміну, припинення або виникнення правових відносин шляхом видання ініціативних актів застосування правових норм у певних формах, а також на конкретизацію правового регулювання та охорону суспільних відносин. Застосування правових норм має управлінські, соціально-політичні функції, а також виконує профілактичні та виховні завдання. Зміст правозастосовчої діяльності можна розглядати з позицій інтелектуально-вольових характеристик, як-от: пізнання, відображення, аналіз, синтез, правове мислення, конструктивні функції і т.д. [6, с. 42].

O.Ф. Скаакун, згрупувавши всі випадки застосування норм права, дійшла висновку про те, що правозастосування полягає у: наділенні одних учасників правовідносин суб'єктивними правами і покладанні на інших суб'єктивних юридичних обов'язків; вирішенні спору про право – про наявність чи міру суб'єктивних юридичних прав і суб'єктивних юридичних обов'язків; визначенні міри юридичної відповідальності правопорушника [7, с. 423].

Фахівці стверджують, що реалізація права має величезне значення. По-перше, шляхом правореалізації здійснюються суб'єктивні права і обов'язки, без яких учасники самостійно не зможуть втілити правові норми у життя. По-друге, норми права визначають специфіку правовідносин, відповідно до якої визначається поведінка учасників правовідносин. По-третє, реалізація права необхідна також у разі виникнення спору між учасниками правовідношення. Тоді у правозастосовчий процес включаються спеціальні державні органи, що наділені повноваженнями вирішувати конфлікт між учасниками правовідносин. Так, у разі вчинення правопорушення реалізація норм права здійснюється компетентними органами від імені держави. По-четверте, реалізація норм права виникає за необхідності здійснення контролю з боку держави в особі його спеціальних органів

за законністю і доцільністю дій їх учасників або коли вимагається офіційне підтвердження наявності або відсутності конкретних фактів, спеціальне оформлення їх юридичної значимості (наприклад, нотаріальне посвідчення заповіту) [8, с. 114]. По-п'яте, актуальність реалізації конституційних норм зумовлюється вищою юридичною силою Конституції. Відповідно до статті 8 Конституції України «закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй. Норми Конституції є нормами прямої дії». Пряма дія закону означає дію закону незалежно від наявності нормативних актів, що конкретизують чи доповнюють його [9].

В.С. Нерсесянць указує на завдання суб'єктів правозастосування, серед яких – співдіяти, примусити до реалізації правових норм, покласти відповідальність [10, с. 425].

Б.В. Малишев підкреслює, що оскільки застосування права є багато-аспектою практичною діяльністю, то не слід її обмежувати лише прийняттям рішень, адже останнє є тільки її кінцевим результатом, а правозастосування – це безпосередньо процес реалізації прав та обов'язків, це канали і чинники, через які право впливає на поведінку людей. Як наслідок, правозастосування є необхідним коли: без нього неможливе виникнення прав та обов'язків учасників правовідносин; права та обов'язки, які виникли в учасників правовідносин, не можуть бути реалізовані без владного втручання держави [11, с. 24].

Л.О. Макаренко виокремлює такі особливості правозастосування, які вказують на його специфіку і досить чітко відмежовують від інших форм правореалізації, а саме: правозастосування здійснюється від імені держави спеціальними органами, тобто, як і правотворчість, є прерогативою державно-владної діяльності; сутністю правозастосування є не лише регулювання певного виду відносин, а й призначення покарання, що накладає відбиток і на дію правових приписів; правозастосування надає можливість забезпечити дію правових приписів у тих випадках, коли інші форми реалізації права є неможливими; правозастосування є однією із суттєвих гарантій забезпечення та охорони дії правових приписів як засобу владно-регулятивного впливу держави на суспільство [12, с. 147].

Практична спрямованість теорії правозастосування природно зумовлюється її безпосередньо прикладним характером, – зазначає П.М. Рабінович, – адже майже всі службові обов'язки професійних юристів зосереджуються на застосуванні юридичних норм або на їх забезпеченні. Тому як для майбутніх юристів, так і для осіб, що вже працюють у цій сфері, ці питання набувають, мабуть, найбільш практичного значення [13, с. 132].

Своєю чергою В.О. Котюк звертає свою увагу на механізм застосування правових норм, який включає у себе діючу систему права і законодавства; правові принципи, котрі відповідають соціальному призначенню правової держави і громадянського суспільства; систему суб'єктів правозастосувальної діяльності, їх професійну правосвідомість і правову культуру, які виступають від імені держави або уповноважені державною владою; стадії процесу застосування правових норм; індивідуально-правові акти з реалізації та конкретизації правового регулювання суспільних відносин, що

спрямовані на охорону соціальних цінностей і законних прав суб'єктів суспільних відносин [14, с. 148].

Отже, як констатує А.М. Перепелюк, механізм правозастосування починає діяти за наявності юридичного факту, правомочності та об'єкта правового впливу. Тільки за таких умов цей механізм починає взаємодіяти з фізичними та юридичними особами, виникає система взаємозв'язків, відносин, реалізація правових норм та методів, які опосередковують правозастосування. Сам механізм набуває якісно нового стану. Його функціональними завданнями є, по-перше, забезпечення суб'єктів суспільних відносин можливістю набувати права та обов'язки; по-друге, дослідження умов (подій, фактів, передбачених гіпотезою правової норми), тобто юридичних фактів. По-третє, з появою таких умов виникає взаємозв'язок між суб'єктами права – правовідносини. По-четверте, всі названі завдання постають для досягнення головної мети – вирішення конфліктної життєвої ситуації, розгляд юридичної справи, наслідком якої є обґрунтоване індивідуальне рішення. Поєднання у механізмі правозастосування статичних та динамічних якостей, зокрема, його сприяння стабільноті, з одного боку, а з іншого – розвитку важливих для суспільства відносин та моделей поведінки, зумовлює можливість аналізу цієї категорії у статиці та динаміці. Статичний підхід акцентує увагу на нормативній базі застосування права, а також на структурі та організації установ, що здійснюють застосування правових норм. Динамічний – дає можливість досліджувати зв'язки, відносини, процес функціонування в межах такого механізму. Як наслідок, можливо виокремити три основні блоки механізму застосування норм права: нормативно-правовий, інституційний та процесуально-правовий [15, с. 88].

Ю.О. Тихомиров виокремлює особливий цикл правозастосування як фазу зворотного зв'язку – від суспільства до правосвідомості та нормативної моделі. Запропоноване бачення правозастосування відрізняється комплексним розумінням права як багатоаспектного явища, яке живе та безперервно розвивається у різноманітних проявах. У цьому аспекті дослідження механізму правозастосування включає у себе: а) розвиток правосвідомості та правових поглядів, використання та зміну правових концепцій і теорій; б) динаміку правої поведінки всіх суб'єктів та діяльність органів і організацій; в) послідовна реалізація норм законів у межах «правового ланцюжка», прийняття більш конкретних актів, індивідуальних рішень та здійснення юридичних вчинків; г) зміни державних інститутів та органів, громадських інститутів і реальні перетворення у структурі, методах діяльності, використанні процедур; г) використання ресурсного забезпечення у вигляді кадрових (трудових), фінансових, матеріальних та інших ресурсів; д) використання механізму правового моніторингу та контролю для аналізу змін вищезгаданих елементів та визначення їх ефективності, а також правозахисних процедур [16, с. 318–319].

Правозастосування, свідчить Л.М. Кельман, є основною формою примусового забезпечення правових норм. Тому через правозастосовну діяльність потенціальна примусова сила держави перетворюється на реальну силу і забезпечує саме існування права [17, с. 38–39]. Саме державно-владна природа правозастосованої діяльності забезпечує реалізацію конкретних

заходів державного примусу. Причому реалізація останніх пов'язана з відповідними різновидами правозастосованої діяльності. Приміром, у процесі юрисдикційної діяльності відбувається реалізація санкцій норм за здійснення правопорушення. Окрім того, правозастосовний орган за допомогою певних примусових засобів іноді змушений забезпечувати свою діяльність на прийнятті рішення. У цьому виявляється специфіка правозастосованої діяльності, особливості її правозабезпечувального механізму [18, с. 154].

На думку С.Б. Швецова, процедуру правозастосування можливо охарактеризувати як систему чітко визначених, послідовних, компетентних, юридично значимих дій суб'єктів правозастосування, що має владний, організований, творчий, індивідуальний характер та націлена на поширення положень норм права на кожну конкретну життєву ситуацію і конкретних осіб, у результаті прийняття правозастосованого акта [19].

Процес правозастосування визначається як діяльність, що реалізується у певній послідовності дій, які отримали назву стадії правозастосування. Юридична наука схильна до визнання концепції трьох стадій процесу правозастосованої діяльності, до яких належить: 1) встановлення фактичних обставин (фактичної основи) справи; 2) вибір та аналіз норми, що підлягає застосуванню; 3) ухвалення рішення та його належне оформлення [20, с. 263].

Своєю чергою деякі теоретики як окремі стадії виокремлюють п'ять, приміром П.М. Рабінович вважає, що самостійними стадіями є: 1) встановлення юридично значущих фактів і пошук правової норми, яку належить застосовувати до них; 2) перевірка достовірності та правильності тексту, визначення меж дії та юридичної сили правової норми; 3) з'ясування змісту правової норми; 4) прийняття рішення у справі; 5) оформлення рішення в акті застосування правової норми [21, с. 135]. Указані стадії, заявляє М.В. Вітрук, являють собою логічну структуру юридичних, організаційних (управлінських), інформаційних (пізнавальних) компонентів правозастосування тому, що в реальному житті правозастосування та управління його здійсненням виступає як безперервний процес пізнання фактичної і юридичної основ справи, у ході якого спостерігається звернення то до фактів, то до юридичних норм [22, с. 10].

Оскільки правозастосування є одним із важливих показників ефективності права, його невід'ємним складником, то ефективність правових норм, засвідчує В.В. Лазарев, може бути визначена тільки у разі розгляду права у дії, а застосування права, як відомо, є однією з форм правореалізації і, відповідно, критерієм корисності нормативних приписів, як і будь-яка інша форма практичної діяльності [23, с. 92].

На думку О.Г. Мурашина та Л.М. Кельмана, сам акт застосування правових норм являє собою формально обов'язкове волевиявлення компетентних державних органів, посадових осіб, яке підтверджує, встановлює, змінює або припиняє юридичні права й обов'язки персоніфікованих суб'єктів у конкретній життєвій ситуації. Акти правозастосування є необхідним засобом для переведення загальнообов'язкових нормативних приписів у сферу конкретних життєвих ситуацій та стосовно конкретних осіб [17, с. 160].

Спробу систематизувати критерії ефективності правозастосування зробив Е.П. Шикін, зокрема, він обґрунтував певну модель ефективного правозастосування, яка містить: фактор оптимальної норми права (якість законодавства); фактор управління (рівень наукової організації праці правозастосовника); фактор мікроклімату (відносини між правозастосовником та членами колективу); суб'єктивний фактор (особистісні характеристики правозастосовника); фактор середовища (знання, розуміння, повага до права та правозастосування населенням); матеріально-технічний фактор (забезпечення правозастосовника всіма необхідними засобами); фактор естетики (зовнішнє оформлення оточення правозастосовника) [24, с. 12].

Розуміючи ефективність застосування права як обов'язкову передумову ефективності правового регулювання, саме експертний аналіз ефективності механізму правозастосування є обов'язковою умовою моніторингу ефективності законодавства. Зокрема, Н. Розенфельд вважає, що правильна побудова механізму комплексного моніторингу ефективності механізму застосування законодавства та окремих досліджень, які включаються у склад моніторингу з використанням як предмета дослідження саме законів, забезпечить можливість виявляти недоліки сфер законодавства, тенденції та причини зниження ефективності застосування законодавства і багато інших проблем, усунення яких якісно підвищить ефективність законодавства в Україні [25, с. 10].

Л.М. Кельман з'ясовує, що правозастосування зумовлене природною потребою в усуненні перешкод для нормальної реалізації права. Його особливостями є те, що зазвичай така діяльність пов'язана з діяльністю спеціально уповноважених органів – суб'єктів, які наділені владними повноваженнями в окремих випадках, і недержавних суб'єктів, завершується прийняттям правового акта застосування права, у якому підтверджуються, встановлюються, змінюються або припиняються юридичні права й обов'язки персоніфікованих суб'єктів у конкретній життєвій ситуації. При цьому, виходячи із зазначеного, виокремлює правозастосування як особливу, специфічну форму реалізації права [26, с. 39].

Таким чином, підсумовуючи вищевказане, слід констатувати, що ефективність правозастосування як комплексного правореалізаційного процесу із прикладним характером криється у єднанні та взаємозумовленості його суб'єктів, у яких закладені фактори примусу та накладення відповідальності, базуючись на юридичному підґрунті.

Література

1. Макаренко Л.О. Теоретичні закономірності дії правових приписів : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. НАН України; Інститут держави і права ім. В.М. Корецького. Київ, 2004. 191 с.
2. Теорія держави і права : навчальний посібник / під ред. В.В. Копейчикова. Київ : Юрінком Интер, 2000. 320 с.
3. Правотворчество в СССР / под ред. А.В. Мицкевича. Москва : Юрид. лит., 1974. 319 с.
4. Дюрягин И.Я. Правоприменительные отношения как разновидность управленических правоотношений. *Советское государство и право*. Москва. 1977. № 7. С. 46–55.
5. Левченко И.П. Механизм применения права (опыт системного исследования) : монография. Смоленск : Изд-во СГУ, 1997. 104 с.
6. Донченко О.І. Особливості правозастосування як форми реалізації норм права. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція*. Одеса. 2014. № 11. С. 40–42.

7. Скақун О.Ф. Теория государства и права. Харьков : Консум, 2000. 704 с.
8. Волленко Н.Н. Реализация права : учебное пособие. Волгоград : Изд-во Волг. гос. ун-та, 2001. 48 с.
9. Конституція України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
10. Нерсесянц В.С. Проблемы общей теории права и государства : учебник для вузов. Москва : Норма, 2002. 832 с.
11. Малишев Б.В. Судова практика : поняття, ознаки, структура. *Часопис Київського університету права НАН України*. 2005. № 2. С. 22–27.
12. Макаренко Л. О. Теоретичні закономірності дії правових приписів : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. НАН України; Інститут держави і права ім. В.М. Корецького. Київ. 2004. 191 с.
13. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави : навчальний посібник. Київ : Атіка, 2001. 176 с.
14. Котюк В.О. Теорія права: курс лекцій : навчальний посібник. Київ : Вентурі, 1996. 208 с.
15. Перепелюк А.М. Механізм застосування права: структура та критерії ефективності (загальнотеоретичний аспект) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. Київ, 2016. 224 с.
16. Тихомиров Ю.А. Правовое регулирование: теория и практика. Москва : Формула права, 2010. 400 с.
17. Кельман Л.М. Соціально-політичні фактори впливу на правозастосовну діяльність : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ. нац. ун-т внутр. справ. Київ, 2008. 210 с.
18. Карташов В.Н. Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность / под ред. Н.И. Матузова. Саратов : СГУ, 1989. 218 с.
19. Швецов С.Б. Эффективность правоприменительных актов : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Санкт-Петербург, 2004. 200 с.
20. Зайчук О.В. Теорія держави і права. Академічний курс : підручник / О.В. Зайчук, Н.М. Оніщенко. Київ : Юрінок Интер, 2006. 685 с.
21. Сапун В.А. Юриспруденция XXI века: горизонты развития : очерки / под ред. Р.А. Ромашова, Н.С. Нижник. Санкт-Петербург : Санкт-Петербургский ун-т МВД Росии, 2006. 657 с.
22. Витрук Н.В. Акты применения права в механизме реализации прав и свобод личности. *Правоведение*. 1983. № 2. С. 3–10.
23. Лазарев В.В. Эффективность правоприменительных актов. Казань : Изд-во Казанского ун-та, 1975. 138 с.
24. Шикин Е.П. Основные условия эффективного применения права : автореф. дис. ... на соискание учёной степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01. Свердловск, 1971. 22 с.
25. Розенфельд Н.А. Коротка методика ефективності застосування законодавства. Київ : Юстиніан, 2009. 48 с.
26. Кельман Л.М. До питання про співвідношення понять правозастосованої діяльності та реалізації права: теоретико-правовий аспект. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична*. Львів, 2017. Вип. 4. С. 31–41.

А н о т а ц і я

Магновський І. Й. Правозастосування як категорія особливої форми реалізації права. – Стаття.

Стаття присвячена висвітленню у загальнотеоретичному контексті окремих аспектів організації процесу правозастосування як категорії особливої форми реалізації права, що полягає у державно-владній реалізації правових приписів, своєчасність та активність котрих якісно позначається та впливає на формування і розвиток інституцій громадянського суспільства. Усвідомлено розуміння такої багатоаспектної категорії, як правозастосування, та його проблематику на сучасному етапі державотворення, де одним з основних завдань постає підвищення якості впровадження нормативно-правових актів. Зауважується, що застосування права викликає певним комплексом об'єктивних і суб'єктивних обставин, які зумовлюють спрямовану на реалізацію норм права і здійснювану у спеціально встановлених формах державно-владну діяльність органів держави та місцевого самоврядування. Наголошується, що правозастосування є один зі способів державно-правового впливу на суспільні відносини, їх регулювання, відповідно до якого здійснюється таке державне управління у соціально-правовому середовищі. Підкреслюється, що зміст правозастосовчої діяльності можливо розглядати з позицій інтелектуально-вольових характеристик: пізнан-

ня, відображення, аналіз, синтез, правове мислення, конструктивні функції тощо. Указується на завдання суб'єктів правозастосування, серед яких – співдіяльність, примус до реалізації правових норм, покладання відповідальності. Виокремлено особливості правозастосування, які вказують на його специфіку, а саме: правозастосування здійснюється від імені держави спеціальними органами, тобто, як і правотворчість, є прерогативою державно-владної діяльності; сутністю правозастосування є не лише регулювання певного виду відносин, а й призначення покарання, що накладає відбиток і на дію правових приписів; правозастосування дає можливість забезпечити дію правових приписів у тих випадках, коли інші форми реалізації права є неможливими; правозастосування є однією із суттєвих гарантій забезпечення та охорони дії правових приписів як засобу владно-регулятивного впливу держави на суспільство. Констатується практична спрямованість теорії правозастосування, яка природно зумовлюється її безпосередньо прикладним характером. Підсумовується ефективність правозастосування як комплексного правореалізаційного процесу із прикладним характером, котра криється у єднанні та взаємозумовленості його суб'єктів, у яких закладені фактори примусу та накладення відповідальності, базуючись на юридичному підґрунті.

Ключові слова: правозастосування, правореалізаційна діяльність, механізм правозастосування, правове регулювання, правова норма.

S u m m a r y

Mahnovskyi I. Y. Law enforcement as a category of a special form of realization of law. – Article.

The article is devoted to the coverage in the general theoretical context of certain aspects of the organization of the law enforcement process as a category of a special form of law realization, which is the state-government implementation of legal requirements, timeliness and activity which qualitatively affects and influences the formation and development of civil society institutions. Understanding of such a multifaceted category as law enforcement and its issues at the present stage of state formation, where one of the main tasks is to improve the quality of implementation of regulations. It is noted that the application of law is caused by a certain set of objective and subjective circumstances, which determine the state-authoritative activity and local self-government bodies aimed at the implementation of legal norms and carried out in specially established forms. It is emphasized that law enforcement is one of the ways of state and legal influence on public relations, their regulation, in accordance with which this public administration is carried out in the socio-legal environment. It is emphasized that from the cities of law enforcement activity it is possible to consider from the standpoint of intellectual and volitional characteristics: cognition, reflection, analysis, synthesis, legal thinking, constructive functions, etc. Indicates the tasks of law enforcement agencies, including: cooperation, coercion to implement legal norms, liability. The peculiarities of law enforcement are highlighted, which indicate its specificity, namely: law enforcement is carried out on behalf of the state by special bodies, i.e. like law-making is the prerogative of state power; the essence of law enforcement is not only the regulation of a certain type of relationship, but also the imposition of punishment, which affects the effect of legal regulations; law enforcement provides an opportunity to ensure the effect of legal requirements in cases where other forms of exercise of the right are impossible; law enforcement is one of the essential guarantees of ensuring and protecting the effect of legal regulations as a means of governmental and regulatory influence of the state on society. It is stated on the practical orientation of the theory of law enforcement, which is naturally determined by its directly applied nature. Summed up the effectiveness of law enforcement, a comprehensive law realization process, which lies in unity and interdependence of its subjects, which factors inherent coercion and imposition of liability based on legal grounds.

Key words: law enforcement, law enforcement activities, law enforcement mechanism, legal regulation, legal norm.

УДК 34
DOI <https://doi.org/10.32837/prnuola.v27i0.683>

Л. Г. Матвієва

ПРАВОВА ЕЛІТА В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМА ФОРМУВАННЯ

Постановка проблеми. На сучасному етапі розвитку правових досліджень різних аспектів підготовки майбутніх фахівців науковцями активно обговорюються проблеми формування і діяльності правової еліти сучасного українського суспільства. Формування нової за змістом, функціями, ціннісними орієнтаціями правової еліти поставило дослідників перед проблемами наступності в діяльності еліт, цінності досвіду і механізму передачі знань у процесі підготовки майбутніх професійних правників. З'являються наукові дослідження, в яких міститься теоретико-методологічна база аналізу формування і функціонування правової еліти України. Найбільш значущою проблематикою сучасної юридичної освіти слід вважати переорієнтування на підготовку мислячих самостійними категоріями юристів, які сприймають право не як возведену в закон волю держави, а як загальнозначчний нормативний порядок відносин.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Вивченю зазначеної проблематики присвячені праці таких сучасних вітчизняних науковців, як П. Богуцький, С. Гладкий, О. Дзьобань, З. Козловська, Ю. Оборотов, О. Скаун, В. Темченко, С. Циганій, О. Шевченко. Вчені різних правових шкіл України єдині у висновку щодо невирішеності проблеми національної правової еліти. Залежність правників від наявних політичних відносин, а ще більшою мірою від економічних є очевидною. Деформовані економічні відносини, соціальні комунікації, панування корупційної ментальності не можуть не позначатися негативно на формуванні правової еліти України. Тому подальшого вивчення потребують особливості становлення та функціонування правової еліти та її роль у транзитивних правових системах.

Проблемою транзитивного українського суспільства на сучасному етапі розвитку є незавершеність і складнощі у формуванні та інституціоналізації власної юридичної еліти, яка не має стійкої традиції впливу на суспільні процеси. Так, Ю. Оборотов зазначає, що для України актуальним залишається питання формування юридичної еліти та визнання за нею пріоритету визначати правовий розвиток суспільства [1, с. 5]. О. Шевченко, досліджуючи історичну роль еліти і нації в державотворчих та правотворчих процесах, робить висновок, що на сучасному етапі державотворення українська нація потребує такої патріотичної еліти, яка б поєднувала в собі українську

ідентичність з боротьбою за соціальну і національну справедливість, з повагою ставилася б до життя, прав і свобод людини, забезпечувала б рівність у правах і перед законом, дотримувалася б верховенства права [16, с. 10].

Метою статті є визначення основних проблем формування правової еліти в Україні та її значення у функціонуванні правової системи України. Серед завдань слід також назвати необхідність визначити важливість правової еліти в українському суспільстві та її вплив на формування правової культури українського суспільства зокрема.

Виклад основного матеріалу. Останнім часом активно опрацьовується питання формування і діяльності правової еліти суспільства, і найбільш гостро таке питання постає у контексті українських реалій. Термін «еліта» походить від латинського *eligere* і французького *elite* – «крашний», «вибраний», «відбірний». Цим поняттям позначають провідні верстви суспільства, які здійснюють керівництво у певних галузях суспільного життя.

Говорячи безпосередньо про правову еліту, слід зазначити, що професія юриста є однією з найдавніших в історії цивілізації, яка з'явилася разом з правом. Її роль зростала в міру розвитку законодавства, підвищенню регулюючого значення права в житті суспільства. Якість правової еліти впливає на професійну свідомість юристів, які активно втілюють у життя функції держави у всіх правових формах – правотворчій, право-застосовчій, правоохоронній, правозахисній. Ключову роль у формуванні особистості правознавця відіграє середовище, в якому він реалізує свій потенціал, отримує певні навички, знання та досвід.

З моменту проголошення незалежності України посталася проблема: чи є взагалі в Україні еліта, чи є група національно свідомої верстви українського народу, яка здатна управляти державою в інтересах суспільства? Значна частина аналітиків дійшла висновку, що еліта у нашій країні на той час тільки починає формуватись. Перед ученими-правознавцями та юристами-практиками постало складне завдання – розробити принципово нову систему законодавства, визначити напрями його реформування, забезпечити дієвий захист прав і свобод людини та громадянина.

Правовій еліті належить важлива роль у формуванні правокультурності суспільства, адже саме на прикладі її представників формується і правова культура інших людей, породжуються, затверджуються правові норми та правові цінності. За визначенням О. Скаун, правова еліта (*elite*) – це природно відібрана частина професійно освіченої спільноти юристів з високо-розвиненою правосвідомістю, якою вона керується в науковій, практичній та науково-практичній діяльності у сфері юриспруденції. До еліти вчені відносять учених-професорів, працівників судових органів, посадових осіб прокуратури, адвокатури, інших професійних працівників юридичних відділів державних і недержавних структур, депутатів, які відповідають наведеним нею якісним критеріям. Відзначимо серед останніх відповідальність юридичної еліти за майбутній розвиток [12, с. 102]. Про відповідальність юридичної еліти у транзитивний період історії України та її відповідність викликам часу наголошує З.-О.Н. Козловська. Так, авторка підкреслює, що коли в державі буде існувати реальна юридична еліта – компетентні кваліфіковані державні керівники, професіонали в законодавчій,

виконавчій, судовій владі, політичні діячі, які є зразком захисту державно-правових інтересів, порядності, скромності, високої культури і жертовності, – правова держава стане виправдовувати свою назву [5, с. 67].

Значний внесок у становленні та розвитку правової еліти України належить юристам, науковцям і практикам, юридична діяльність яких спрямована на утвердження принципів верховенства права і соціальної справедливості, дотримання законності й правопорядку. Визначальним, на нашу думку, є утвердження принципу верховенства права, перш за все серед юридичної еліти. Відзначимо, що саме до юристів звернено Делійську декларацію 1959 р. про принципи верховенства права. Міжнародна комісія юристів, яка її виробила та ухвалила, запропонувала розуміти «верховенство права» як термін, придатний для передавання в узагальненому вигляді поєднання ідеалів і досягнутого на практиці юридичного досвіду стосовно принципів, інститутів, механізмів і процедур, які є істотно важливими для захисту особи від свавільної влади держави і які надають особі можливість мати людську гідність. Делійська декларація роз'яснює правила впровадження принципу верховенства права до діяльності правотворчої, виконавчої, судової гілок державної влади та осіб юридичної професії загалом. Особливо відзначимо заклик Міжнародної комісії юристів заохочувати осіб, які навчаються юридичної професії та тільки починають свою кар'єру юриста, до підтримки цього принципу [18].

Об'єднуючим фактором вітчизняної юридичної спільноти є громадська організація «Союз юристів України», яка сприяє залученню правників країни до активної участі у розбудові правової держави, формування активного, юридично підготовленого громадянського суспільства. Організації Союзу діють у всіх регіонах країни. Члени Союзу вивчають іноземний досвід, пропагують за кордоном досягнення вітчизняної юридичної науки і практики. Разом із комітетами Верховної Ради України, державними органами, науковими установами, навчальними закладами та іншими громадськими організаціями проводяться міжнародні науково-практичні симпозіуми, науково-практичні конференції, всеукраїнські семінари з актуальних питань реформування соціально-економічного, політичного, правового життя України. Члени Союзу виконують значний обсяг роботи з правової допомоги населенню, правової освіти і пропаганди. Союз підтримав й організаційно допомагав реалізації в Україні програми Європейського Союзу “TACIS” для нових незалежних держав Східної Європи і Центральної Азії (колишніх республік Радянського Союзу, крім країн Балтії) в перехідний період з метою допомоги у створенні правової та нормативної бази, налагодження партнерських стосунків, створення нових і реорганізації наявних правових інститутів. Крім того, програма “TACIS” фінансувала проекти в різних сферах, сприяла розвитку приватного сектору та пом'якшення соціальних наслідків транзитивного періоду.

Наприкінці 1991 року група науковців і практичних працівників виступила з ініціативою створення Всеукраїнського громадського об'єднання «Академія правових наук України». Створена у 1992 році, Національна академія правових наук України за головну мету має консолідацію інтелектуального потенціалу вчених, викладачів юридичних навчальних закладів,

працівників органів державної влади й місцевого самоврядування та всієї правової еліти і спрямування їхніх зусиль на розвиток країни. Національна академія правових наук України бере активну участь у процесі реформування вітчизняного законодавства, у розробці та реалізації найважливіших загальнодержавних програм. Багаторічний досвід науково-дослідної роботи Академії вплинув на появу авторитетних правових наукових шкіл, які сприяють модернізації теорії права та практики, відповідаючи на виклики сучасного українського суспільства. Представники правової еліти України, учені та практики плідно працюють задля змінення незалежності, розвитку науки, вдосконалення освіти у сфері права, формування ефективних механізмів захисту прав і свобод, утвердження верховенства права [7].

Оцінюючи характер формування та функціонування національної правової еліти з моменту здобуття незалежності України, необхідно звертати увагу на створювані об'єктивні і суб'єктивні чинники її формування та діяльності, а також на ступінь і пріоритети їх впливу. До об'єктивних факторів належать історичні, економічні та культурні традиції, що склалися: система господарства, етнічні та релігійні цінності, побутові уклади, ментальні особливості населення, їх схильності, стереотипи, звички і навички, рівень загальної культури. До суб'єктивних факторів належить готовність як правової еліти, так і всього населення держави до суспільно значущої діяльності, до правових перетворень.

На нашу думку, перед правовою елітою на сучасному етапі розвитку стоїть стратегічне завдання, виконання якого має вплинути вирішальним чином на утвердження в Україні правового типу культури. Ним є утвердження у професійній, а в перспективі – і у суспільній правосвідомості – ціннісно-нормативного праворозуміння, очищеного від тоталітарного інструменталізму, тобто від розуміння права виключно як знаряддя в руках держави та її апарату. Продовжуючи висновок О. Скаун про те, що правосвідомість юридичної еліти виступає у вигляді панівної правової ідеології – складної програмно-цільової, ціннісної, пізнавальної та соціально організуючої системи існування і дії права в суспільстві [12, с. 105], зазначимо, що це накладає на правову еліту обов'язок здійснювати заходи щодо утвердження у суспільній правосвідомості властивого еліті праворозуміння.

Натепер у рамках світової правової науки вже створена глобальна правова ідеологія, стрижнем якої є ідея верховенства права, відображеня у концепціях правової держави і правління права [4, с. 8]. Утвердження верховенства права означає на першому етапі інтеріоризацію юридичної елітою, а слідом за нею і всією професійною юридичною спільнотою цієї концепції. Водночас нині ми можемо спостерігати відсутність єдності у розумінні верховенства права навіть у середовищі юридичної еліти [13, с. 290–291]. Утім для цілей ідеологічного забезпечення правокультурності досить приєднання до сумативного визначення верховенства права, згідно з яким воно включає функціонування всіх суб'єктів права, у тому числі держави, під впливом законів, які були привселядно прийняті, рівною мірою виконуються і незалежно реалізуються судовими органами і які є сумісними з міжнародними нормами і стандартами у сфері прав людини, що забезпечується своєю чергою такими необхідними заходами,

як рівність перед законом, відповідальність перед законом, неупереджене застосування законів, поділ влади, участь у прийнятті рішень, правова визначеність, недопущення сваволі, процесуальна та правова прозорість.

Наступним кроком правової еліти у забезпечені переходу українського суспільства до панування права є вирішальна участь у реформуванні правової системи. Задля цього правова еліта має рішуче переглянути свою роль у процесі правоутворення. Позитивістський інструменталізм, який досі зберігає міцні позиції в умах юридичної спільноти, відводить юриспруденції роль інтерпретатора законодавчої волі держави. Натомість концепція верховенства права зумовлює активну роль правової еліти у правоутворчому процесі. На наш погляд, нині можна висловити обережний оптимізм з цього приводу, зважаючи на залучення до Комісії з питань правової реформи – консультивативно-дорадчого органу при Президентові України – великого числа провідних вітчизняних юристів, громадських діячів, представників громадських об'єднань та міжнародних організацій. Основним завданням Комісії з питань правової реформи є сприяння подальшому розвитку правової системи України на основі конституційних принципів верховенства права, пріоритетності прав і свобод людини і громадянина з урахуванням міжнародних зобов'язань України [8].

У наукових публікаціях останнього періоду порушується проблема формування «здорового генотипу» українського суспільства: юриста, законодавця, правозастосувача, кадрів органів державної влади та місцевого самоврядування у галузі публічного управління та адміністрування, громадян. Складним є сам процес підготовки юристів, здатних презентувати елітних, кращих, тих, які повною мірою спроможні вирішувати важливі правові проблеми українського суспільства. Причини існування цієї проблеми необхідно вишукувати не у сьогоднішніх непростих соціальних комунікаціях, а у більш ранніх для сучасної України подіях та умовах соціального розвитку. Будь-яке інституційне утворення держави не заохочувало юристів до елітарної вищуканості правових форм. Відбір кращих здійснювався і продовжує здійснюватися за різними ознаками, де професійні та моральні якості залишаються малопомітними. Такий відбір демонстрував і демонструє соціальне відторгнення, несприйняття суспільством не лише відібраних за довільними ознаками претендентів на юридичну елітарність, але й самих оцінювачів, які проводять таку неприродну селекцію, тобто несприйняття влади і тих, хто її представляє [2].

Сучасні дослідники відзначають, що останнє десятиліття існування української вищої школи, на жаль, виявило тенденцію її дегуманізації, що означає рух у зворотному напрямку від духовної сфери. Юриспруденція, будучи суспільною науковою, ніби уbezпечена від цього. Але насправді, в розрізі навчальних дисциплін, що презентують її у вищій школі, вона теж змінила своє змістове наповнення в бік технологізму й технократизму. І це закономірно – в епоху тотального прагматизму суспільство потребує «фахівця» [3, с. 39].

У реальних умовах необхідна цілеспрямована повсякденна робота із формування нового світогляду майбутньої еліти. Фундаментальною основою такого процесу виступає правова освіта та правове виховання.

Система правового виховання визначена Указом Президента України про Національну програму правової освіти населення [9], на виконання якої створюються та реалізуються регіональні комплексні Програми правової освіти населення. Але слід визнати, що Національна програма правової освіти населення не відповідає викликам постреволюційного суспільства. Вона є незадовільною як щодо визначених нею цілей, де йдеться виключно про підвищення рівня правової освіти населення, тоді як повинно бути сприяння формуванню нової системи правових установок, так і щодо орієнтації правових виховної діяльності майже виключно на осіб, які проходять навчання у закладах освіти. Недоліком указаної програми є також відсутність у ній зв'язку з процесами побудови національної державності, формування політичної нації та євроінтеграційними процесами. Звідси – її відсутність системних зв'язків з програмами патріотичного виховання молоді. Між тим пріоритетна роль в умовах розбудови української держави належить саме патріотичному вихованню.

Про це свідчать розробка та прийняття державних національних програм, концепцій, серед яких можна назвати і затвердження «Концепції національно-патріотичного виховання дітей та молоді». У Концепції зазначено, що в умовах загрози денационалізації, втрати державної незалежності та потрапляння в сферу впливу іншої держави виникає необхідність здійснення системних заходів, спрямованих на посилення національно-патріотичного виховання дітей і молоді – формування нового українця, що діє на основі національних та європейських цінностей [6].

Важливе місце у системі правової освіти відведено вищим навчальним закладам освіти. Проблема формування правової культури у студентів та слухачів стоїть дуже гостро, оскільки саме молодь знаходиться у вирішальній стадії становлення особистості, вона найбільш скильна до будь-яких впливів. Студентська молодь є особливою соціальною групою, яка під час навчання у вищих навчальних закладах має оволодіти не тільки професійними навичками, а й сформувати соціальну зрілість, правову свідомість та правову культуру. Формування правової культури студентів та слухачів можна здійснити, спираючись на зміст і конкретні особливості правової культури університетського професорсько-викладацького колективу, чітку послідовність впливу правових культурних цінностей на правосвідомість і поведінку студентів та слухачів у правових відносинах діяльності. Залучення студентів та слухачів у правову культуру колективу може відбутися у двох напрямах: по-перше, в освітньому процесі, де вони отримують інформацію про право і правові відносини, і по-друге, шляхом особистої участі в соціально-правовій діяльності колективу.

Розуміння сучасного законодавства у різних сферах суспільного життя є необхідним складником підготовки висококваліфікованого фахівця. Усвідомлення морально-правових зasad суспільного життя сприяє зверненню особистості до власного унікального досвіду, його розвитку та збагаченню. Особисті морально-правові знання вже стають принадлежністю, власністю кожного студента і особливістю його характеру, типом мислення, досвідом його професійної діяльності.

Складним та багаторівневим є процес підготовки юристів. Найважливішим завданням сучасної юридичної освіти є формування в особистості сьогоднішніх студентів вільних, висококваліфікованих спеціалістів, гідних своєї незалежної держави, спроможних вирішувати важливі правові проблеми українського суспільства. Правова культура майбутніх юристів є необхідною передумовою громадянського становлення особистості, її гуманістичної спрямованості, моральної саморегуляції поведінки у системі «людина і право».

Найбільш дієві форми для навчання студентів юридичних спеціальностей з формування культури професійно-правового спілкування (аудиторна, онлайн, практична, самостійна; індивідуальна, групова, колективна; лекції-бесіди, диспути, семінари, юридична клініка), засоби (традиційні – навчальні підручники, навчальні практикуми, мультимедійні засоби, посібники; інноваційні: E-learning: електронні підручники, електронна бібліотека, Moodle, NetOpSchool, NetSupportSchool) і методи навчання (репродуктивні: розповідь, переказ, виступ; інтерактивні: ділова гра, брейн-ринг, case-study, інтерв'ювання; спеціальні комунікативні: Сократів діалог, правило Гомера, «Займи позицію», PRES-формула, «Дерево рішень») [15, с. 175]. Отже, різноманітні форми і методи роботи сприяють творчому характеру навчання, вони дають змогу студентам, магістрям, аспірантам перейти до самостійної творчості, використовувати у значному обсязі додаткову юридичну літературу, ЗМІ, аналітичні матеріали.

Координатор проектів ОБСЄ в Україні, Програми USAID «Нове правосуддя» Європейська Асоціація Студентів Права Україна (ELSA) та інші є організаторами різних шкіл права, серед яких найбільш поширеними є тематичні літні школи права. Під час проведення таких заходів студенти юридичних факультетів здобувають практичні навички юридичної професії. Вони відвідують судові засідання, знайомляться з роботою секретарів судових засідань та помічників суддів, беруть участь у зустрічах із суддями, адвокатами та представниками громадських об'єднань. Як спіkerи виступають провідні українські правники – судді Конституційного та Верховного суду, професори юридичних ЗВО, адвокати, члени Конституційної комісії тощо. Реалізація таких проектів сприяє реформуванню й підвищенню якості юридичної освіти як на національному рівні, так і на рівні окремих юридичних факультетів та університетів, а також поміж професорсько-викладацького складу і студентів-правників. Представники визначених програм активно співпрацюють з юридичними університетами та факультетами, аби практично сприяти реформуванню юридичної освіти, визначати її аналізувати проблемні аспекти та розробляти найоптимальніші способи і механізми їх вирішення, спираючись на міжнародні стандарти, кращі практики та досвід провідних міжнародних і вітчизняних експертів. Організація таких заходів дає ідеальну базу для розвитку студентами своїх навичок, здобуття нових знань і спілкування зі студентами права та юристами з усієї Європи.

Показовою є реалізація правопросвітницького проекту «Я маю право!» за ініціативою Міністерства юстиції України. Уряд підтримав продовження проекту на строк до 2022 року. Проект «Я МАЮ ПРАВО!» – це перший

в Європі правопросвітницький проект масштабів усієї країни. Він реалізується Міністерством юстиції України у співпраці із системою безоплатної правової допомоги, а також за сприяння органів виконавчої влади, місцевого самоврядування та за підтримки програми USAID «Нове правосуддя», Міжнародного фонду «Відродження», інших міжнародних партнерів. Проект спрямований на те, щоб підвищувати юридичну грамотність населення, рівень обізнаності українців про свої права та механізми їх захисту; формувати нову правову культуру у суспільстві, а також популяризувати правові способи вирішення проблем людей в Україні. Адже за результатами соціологічних досліджень, 49% громадян в Україні мали проблеми із правосуддям протягом останніх трьох років, а 32% з них не зверталися до відповідних органів чи третіх осіб, щоб вирішити цю проблему. За час реалізації правопросвітницького проекту «Я маю право!» у 2017–2019 роках охоплено понад 15 млн громадян по всій території країни, в тому числі у віддалених населених пунктах. Особливу увагу приділяли вразливим категоріям населення, надавали безоплатну правову допомогу, поширювали інформаційні матеріали з правовими роз'ясненнями, проводили різні правопросвітницькі заходи. У 2019 році правопросвітницький проект «Я маю право!» увійшов у 30 фіналістів міжнародного конкурсу “World Justice Challenge 2019: Access to Justice Solutions!” як такий, що спрямований на визнання передових практик та успішних рішень у сфері правосуддя, які сприяють утвердженню верховенства права [10].

Відповідність правової еліти викликам часу має стати гарантією поширення базових цінностей у розвитку суспільства, такими гарантіями є:

– здатність розуміти сутність процесів, які відбуваються у державі, та надавати оцінку сучасним подіям з точки зору базових цінностей та історичних перспектив держави та володіти якістю історичного бачення можливих перспектив розвитку держави і права;

– здатність здійснювати зв’язок і взаємодію влади і народу, бути прив’язаною до долі держави та облаштовувати життя в своїй країні. Треба шукати сили в глибині народу, там є на генетичному рівні історична її національна свідомість, щира турбота за долю країни, народу. Для правової еліти важлива її здатність ідентифікувати себе із суспільством, його історією і культурою. В іншому разі державі загрожує втрата суверенітету – спочатку «м’яке» підпорядкування іншій культурі, а потім повна залежність від іноземного втручання. Досвід багатьох країн, у тому числі й України, показав, що подібна проблема особливо гостро постає в періоди глибоких змін, самовизначення народів у транзитивні епохи, що супроводжуються значними національними втратами, зсувами в національних цінностях, руйнуванням стереотипів, звичних уявлень, сформованих укладів. Головним гаслом відродження України повинно стати моральне і духовне відродження нації;

– брати участь у визначенні та реалізації довгострокових завдань держави. Прикладом є запровадження інституту медіації в Україні. Вітчизняний та міжнародний досвід свідчить, що запровадження альтернативних методів урегулювання спорів поряд із системою правосуддя є найефективнішою передумовою вирішення правових спорів. Разом із тим сучасні дослідники

та юристи серед головних проблем, які стоять на шляху інституціоналізації практики медіації, називають: недосконалість нормативно-правової бази медіації; відсутність кваліфікованих професіоналів-медіаторів; низький рівень правової культури населення; низький рівень довіри до такої послуги: недостатній рівень інформованості громадян про медіацію, її переваги як альтернативного судовому розгляду тощо [17, с. 261–264]. На наш погляд, саме представники правової еліти, кращі науковці, адвокати, судді, юристи-практики сприятимуть впровадженню медіації в Україні шляхом проведення правової освіти та виховання населення з метою підвищення рівня правової культури та підвищення рівня довіри до послуги шляхом доведення до відома суспільства інформації про переваги медіації та її успішність порівняно з іншими способами вирішення спорів;

– усвідомлювати, що однією з головних причин політичної, економічної, правової нестабільності є низький рівень правової культури у суспільстві. За сучасних умов демократичні зміни у правовій культурі суспільства є підґрунтам для зміни правової культури політичної еліти. Під тиском процесів демократизації саме моральний вимір функціонування політичної еліти має стати визначальним елементом формування партнерських відносин між владою та громадянським суспільством, фактором стимулювання високого професіоналізму органів державної влади. Головним джерелом формування правової культури органів державної влади та сучасного українського суспільства є власна законотворча і правозастосовна практика держави;

– виступати основним провідником базових правових цінностей, які ґрунтуються на наукових досягненнях та відповідають європейським та міжнародним стандартам. Вихідним пунктом у процесах формування правової культури суспільства та правової соціалізації громадян в Україні має бути система нових порівняно з еклектикою транзитивного етапу цінностей. Як видається, саме ціннісний і лише на основі нього – нормативний контент права – зумовлює прогресивний розвиток суспільної правосвідомості та правової культури.

Професійна діяльність представників правової еліти має забезпечувати якісне функціонування правової системи, головна мета якої – встановлення справедливості. Правова культура сучасного українського суспільства поєднує риси, властиві суспільній свідомості радянських часів (превалювання колективістських настроїв та пріоритету соціальних прав у системі цінностей), та риси західної ліберальної правосвідомості (пріоритет свободи особистості). Зрушення у суспільній правосвідомості українців відбувається на користь європейських правових цінностей.

Висновки. Сучасна правова еліта покликана представити гідні зразки для наслідування молодим фахівцям, яким належить передати естафету та вести нашу країну вибраним європейським шляхом. Успішне реформування правової системи України можливе лише за умови, якщо функції правового регулювання здійснююватимуть професіонали, люди стратегічного мислення і масштабного бачення, тобто правова еліта. Механізм форсування еліти визначається історичними і національними традиціями й актуальними потребами суспільства, його організаційною структурою та загальним культурним рівнем громадян. Подальші перспективи формування правової еліти в Україні повинні відповісти цим чинникам.

вання правової еліти пов'язуємо з високоосвіченими, такими, що володіють кількома іноземними мовами, національно свідомими та патріотично налаштованими молодими людьми, які вирішили присвятити своє життя юриспруденції.

Література

1. Актуальні грані загальнотеоретичної юриспруденції : монографія / за ред. Ю.М. Оборотова. Одеса : Фенікс, 2012. 492 с.
2. Богуцький П. Юридична еліта України: проблема формування. URL: https://ukrainepravo.com/editor_column/donum-auctoris/yuridichna-elita-ukraini-problema-formuvannya/.
3. Гладкий С.О. Формування української юридичної еліти: понятійний і методологічний виміри. *Форум права* : електрон. наук. фахове вид. 2018. № 1. С. 36–41. URL: <http://fotumprava.rpr.ua/files/036-041-2018-1-----7-.pdf>
4. Дзьобань О.П. Вплив глобалізаційних процесів на національні право й правову культуру. *Гілея* : науковий вісник. 2013. № 72. С. 529–534. URL: http://dspace.nulau.edu.ua/bitstream/123456789/3068/1/Dzeban_529_534.pdf
5. Козловская З.-О.Н. Формирование юридической элиты в Украине. *Юридический вестник*. 2012. № 1. С. 67–71.
6. Концепція національно-патріотичного виховання дітей та молоді : затверджена Наказом Міністерства освіти і науки України від 16.06.15 р. № 641. Osvita.ua. Видавництво «Плеяди». URL: http://osvita.ua/legislation/Ser_osv/47154/.
7. Національна академія правових наук України. URL: <http://www.apgnu.kharkiv.org/history.html>.
8. Про комісію з питань правової реформи : Указ Президента України від 21.06.2019 № 421/2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/421/2019#Text>.
9. Про Національну програму правової освіти населення : Указ Президента України від 18. 10. 2001 р. № 992/2001. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/992/2001>.
10. Проект «Я маю право!». URL: <https://minjust.gov.ua/news/ministry/proekt-ya-mayu-pravo-prodovjeno-do-2022-roku>.
11. Розвиток культури Pro Bono в Україні: виклики та перспективи. URL: <http://pro-bono.in.ua/blog/grozvitok-kulturi-pro-bono-v-ukrayini-vikliki-ta-perspektivi/>.
12. Скаун О.Ф. Правосознание в правовой системе Украины: эволюционные особенности, профессиональное и региональное измерение. *Право Украины*. 2013. № 1. С. 93–116.
13. Темченко В.І. Правові та моральні аспекти механізму забезпечення громадянських прав і свобод у контексті євроінтеграції : монографія. Київ : К.І.С., 2012. 435 с.
14. Українське суспільство та європейські цінності». Звіт за результатами соціологічного дослідження, проведеного Інститутом Горшеніна у співпраці з Представництвом Фонду ім. Фрідріха Еберта в Україні. 42 с. URL: http://fes.kiev.ua/n/cms/fileadmin/upload2/JEuropeiski_cinnosti_tables_and_diagrams_MR_.pdf.
15. Циганій С.О. Формування культури професійно-правового спілкування в майбутніх юристів у процесі фахової підготовки : дис. ... канд. пед. наук : спец. 13.00.04 «Теорія і методика професійної освіти». Київ, 2017. URL: <http://er.nau.edu.ua/bitstream/NAU/27721/2/дисертація%20Циганій%20C.%20O..pdf>.
16. Шевченко О.О. Плебсологічне філософсько-правове осмислення історичної ролі еліти і нації. *Часопис Київського університету права*. 2015. № 2. С. 6–10. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chkup_2015_2_3.
17. Ясиновський І.Г. Проблеми впровадження та проведення медіації в Україні. *Актуальні проблеми політики*. 2015. Вип. 55. С. 260–267.
18. Declaration of Delhi : Done at Delhi this 10th day of January 1959. URL: www.globalwebpost.com/genocide1971/h_rights/rol/10_guide.htm#delhi.

А н о т а ц і я

Матвієєва Л. Г. Правова еліта в Україні: проблема формування. – Стаття.

Проблема формування правової еліти в українському суспільстві за сучасних умов на буває особливою актуальності. Кардинальна зміна суспільних цінностей зумовлює суттєві зміни і у правовому регулюванні. Україна у своєму поступальному правовому розвитку цілеспрямовано здійснює процес трансформації та модернізації всіх сфер правового життя. Формування нової за змістом, функціями, ціннісними орієнтаціями правової еліти поставило дослідників перед проблемами наступності в діяльності еліт, цінності досвіду і механізму передачі знань у процесі підготовки майбутніх професійних правників. Така тематика приваблює як юристів, так і політологів, соціологів, економістів, культурологів і сучасних політиків.

Основними завданнями якісної юридичної освіти на сучасному етапі правового розвитку є підготовка юристів, які діють відповідно до принципів верховенства права. Тому стаття присвячена проблемам формування правової еліти та її впливу на формування правової культури українського суспільства. Досліджено особливості формування вітчизняної правової еліти в умовах незалежності. Особлива увага акцентується на значенні правової еліти для сучасного етапу розвитку Української держави, необхідності формування нової правової еліти, її впливу на рівень підготовки та кваліфікації професійних правників. Підкреслено, що правова еліта, будучи елементом правової системи, впливає на всі інші елементи суспільства: бере участь у розробці нових законопроектів, здійснює юридичну практику, виробляє правову ідеологію, впливає на правові погляди і правову культуру громадян, впливає на професійну правову свідомість і правову культуру юристів. Наголошено, що головним завданням правової еліти є підтримання верховенства права, захист прав людини і громадянина. Правова еліта виступає вирішальним суб'єктом правової трансформації, генератором ідей та провідником правових реформ. Перераховано вимоги, яким має відповідати правова еліта. Визначена роль правової еліти в успішному реформуванні правової системи України.

Ключові слова: мораль, культура, право, юрист, еліта, політична еліта, правова транзиція, транзитивний період, верховенство права, права людини.

S u m m a r y

Matvieieva L. H. The legal elite in Ukraine: problems of formation. – Article.

The paper focuses on legal elite influence on formation of legal culture of Ukrainian society. The formation peculiarities of the domestic legal elite in the conditions of independence are examined. Special attention is paid to the significant legal elite for the current development stage of the Ukrainian state, need to form a new legal elite, its impact on training level and qualification of professional lawyers. It is emphasized that legal elite, as an element of legal system, influences all other elements of society: participates in new bills' drafting, implements legal practice, develops legal ideology, influences legal views and legal culture of citizens, professional legal consciousness and legal culture of lawyers. It is emphasized that the main task of legal elite is to uphold the rule of law, to protect human rights and rights of a citizen. The requirements to be met by legal elite are listed. The legal elite's role in the successful reform of Ukrainian legal system has been determined.

A characteristic feature of Ukrainian society, which is in a state of systemic transformation, is radical change in social values, which in turn causes changes in social, including legal regulation. In a transitional society moving to legal type of culture, the legal elite's role, which is the generator of ideas, is increasing, and in the most desirable version of society, it is also the leader of legal reforms. The reforms offered to society that pervade legal system of Ukraine cannot bypass the problem of the first tier, those who initiate such reforms, who fill them with normative and institutional content.

That is why the problem of legal elite in Ukrainian society is of particular relevance in the current context. This topic attracts both lawyers and political scientists, sociologists, economists, cultural scientists and contemporary politicians. There are many questions about mission and vision of legal elite in the course of state formation, law-making, its influence on the formation of legal culture and fulfilment of tasks and stabilization of our society, especially during the period of transition and transformation.

Key words: culture, elite, human rights, law, lawyer, legal transition, morality, political, rule of law, transitive period.

УДК 342.32
DOI <https://doi.org/10.32837/прпнола.v27i0.684>

H. B. Mішина

ОРГАНИ САМООРГАНІЗАЦІЇ НАСЕЛЕННЯ В УКРАЇНІ: ТИПОЛОГІЯ ТА КЛАСИФІКАЦІЯ ТЕРИТОРІАЛЬНИХ МІКРОКОЛЕКТИВІВ

Постановка проблеми. На сучасному етапі муніципальної реформи в Україні, мабуть, найменшу увагу вчених привертає такий елемент системи місцевого самоврядування, як органи самоорганізації населення; те ж саме зауваження можна адресувати і законодавцю. І справді, під час розгляду статусу органів самоорганізації населення як елементу системи місцевого самоврядування в Україні привертає увагу відсутність численних доктринальних досліджень цього інституту та недостатній розвиток відповідної нормативно-правової бази.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Для написання статті використовувались праці І.Є. Кокарєва, Ю.В. Філіпова, Т.Т. Авдеєвої, які присвячені територіальним колективам (положення, які стосуються територіальних колективів, видавалося можливим застосувати за аналогією до територіальних мікроколективів). Дослідження, які стосуються територіальних мікроколективів, на цьому етапі розвитку національної науки відсутні, крім досліджень автора цієї статті (наприклад, [1–3]).

Метою статті є сприяння введенню в доктринальний та нормативний обіг терміна «територіальний мікроколектив» для визначення кола осіб, інтереси яких представляє орган самоорганізації населення, та розвинення доктрини територіальних мікроколективів шляхом їхньої типологізації та класифікації.

Виклад основного матеріалу. На думку автора, територіальні мікроколективи – це складові частини територіальних колективів. Відповідно, основною ознакою територіального мікроколективу є те, що територія, на якій існує територіальний мікроколектив, завжди знаходиться в межах населеного пункту. При цьому її граници не співпадають з границями діяльності будь-якого органу місцевого самоврядування. Члени територіального мікроколективу – це фізичні особи (громадяни України, іноземні громадяни, особи без громадянства), які мають місце проживання на відповідній території. Між членами територіального мікроколективу існують відносно стійкі прямі соціальні зв’язки.

Насамперед підставою для класифікації є кількість членів територіального мікроколективу, які мають право голосу на місцевих виборах. Усі проблемні питання, які виникають у членів територіальних мікроколективів, можна розділити на дві групи. До першої групи належать ті, для вирішення яких необхідним є прийняття членами територіального мікроколективу відповідного рішення та забезпечення його реалізації виключно власними силами. Наприклад, у разі, коли жителі певного будинку збирають грошові кошти на ремонт вхідних дверей, на освітлення холу і т.ін. та запрошуєть відповідних фахівців.

Для вирішення проблем, які належать до іншої групи, є необхідність залучення органів державної влади, органів місцевого самоврядування тощо. У таких випадках може виникнути необхідність надання волевиявленню членів територіального мікроколективу зумовленої законодавством правової форми, часто шляхом проведення загальних зборів або конференції жителів. Право брати участь у них мають члени територіального мікроколективу, які мають право голосу на місцевих виборах. І якраз відомості стосовно кількості жителів, які мають активне виборче право на місцевих виборах, дають інформацію про те, яка саме організаційна форма (загальні збори чи конференція) буде більш прийнятною. З об'єктивних умов досить проблематичним буде забезпечити приміщення, реєстрацію, можливість обговорювання рішення, якщо на загальних зборах будуть присутні більш ніж 50–80 осіб. З огляду на те, що не всі члени територіального мікроколективу, які мають право голосу на місцевих виборах, будуть зацікавлені у розгляді та обговоренні відповідного питання або будуть мати можливість взяти участь у зборах тощо, можна вважати, що проведення загальних зборів буде, як правило, ефективним у разі якщо територіальний мікроколектив має не більш як 150 членів, які мають право голосу на місцевих виборах. В іншому разі, скоріше за все, доцільнішим буде проведення не загальних зборів, а конференції жителів.

До речі, стосовно *територіальних колективів* (курсив наш – Н.М.), до складу яких входить не більш як 150 членів, які мають право голосу на місцевих виборах, автор вважає ефективним введення для них єдиної, спрощеної форми місцевого самоврядування (у такому разі може бути використаний у тому числі відповідний досвід Сполученого Королівства) [4, с. 103].

Звичайно, класифікація територіальних мікроколективів за кількістю їхніх членів, які мають право голосу на місцевих виборах, не буде водночас давати уявлення про загальну кількість членів територіального мікроколективу, тобто кількість фізичних осіб (громадян України, іноземних громадян, осіб без громадянства), які мають місце проживання на відповідній території. При цьому для того щоб інтегруватися до складу територіального мікроколективу, такі особи повинні проживати на певній території більш-менш тривалий період. У разі визначення мінімальної тривалості періоду проживання оптимальним видеться використання норм чинного законодавства України. Так, у Законі України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» поняття «місце проживання» визначено як «адміністративно-територіальна одиниця, на території якої особа проживає строком понад шість місяців на рік» [5].

Однак така класифікація за кількістю членів територіального мікроколективу надасть лише кількісні показники, лише статистичну інформацію про його розмір. А тому видається, що класифікація за цією ознакою не буде мати ані доктринального, ані нормативного значення.

Пропозиція використати таку підставу для класифікації територіальних мікроколективів зумовлюється тим, що територіальні мікроколективи є складовими частинами територіального колективу. Отже, територіальні мікроколективи існують тільки в межах населених пунктів – сільських або міських поселень. Враховуючи вид населеного пункту, в межах якого існує територіальний мікроколектив, доцільним видається виділяти:

- територіальні мікроколективи сільської місцевості;
- міські територіальні мікроколективи.

Необхідність такої класифікації зумовлена, по-перше, наявністю багатьох розбіжностей між міськими та сільськими місцевостями. Як зазначають дослідники, «головним фактором, а точніше, матеріальною основою соціально-економічних та культурно-побутових розбіжностей між містом та селом є різний рівень розвитку виробничих сил» [6, с. 3–4]. По-друге, це різниця у якісних характеристиках відносно стійких прямих соціальних зв’язків між членами територіальних мікроколективів, адже «сусідська взаємодопомога та підтримка завжди були характерною рисою сільського життя» [7, с. 59]. І цим сільські населені пункти принципово відрізняються від міських населених пунктів. Наприклад, досліджуючи місцеві співтовариства в такій високоурбанізованій країні, як США, Ю.В. Філіпов та Т.Т. Авдеєва зазначають, що спеціалісти з розвитку місцевих співтовариств у США «надають допомогу людям в освоєнні нової системи соціальних цінностей, у прилаштуванні нових мешканців міст, які прибувають із американського села або із-за кордону, до нової виробничої діяльності, нового етнічного складу сусідських співтовариств, до нової концентрації економічної та політичної влади...» [8, с. 28]. Отже, відмінності між сільськими та міськими населеними пунктами є справді істотними, якщо ті, хто переїздить із села до міста в межах своєї рідної країни, привертають таку саму увагу фахівців з адаптації населення, як і іммігранти, та також отримують відповідну допомогу, переважно психологічну.

Територіальні мікроколективи сільської місцевості стосовно України видається доцільним поділити на сільські територіальні мікроколективи та селищні територіальні мікроколективи. Якщо застосовувати цю класифікацію до інших держав, то поділ на територіальні мікроколективи сільської місцевості та міські територіальні мікроколективи буде зберігатися, але залежно від адміністративно-територіального поділу держави будуть інші, ніж в Україні, види територіальних мікроколективів сільської місцевості та, можливо, з’являться підстави для деталізації видів міських територіальних мікроколективів.

До територіальних мікроколективів є доцільним застосовувати таку характеристику територіального колективу (або сусідського співтовариства, як у роботах наведених нижче авторів), як життєздатність. Так, І.Є. Кокарев відзначає, що «живу громаду характеризують розвинуті сусідські зв’язки, не тільки тісні сусідські взаємини, <...> але й об’єднання жите-

лів, які взаємодіють за інтересами та за наявності проблем» [8, с. 32]. Але критеріїв життєздатності в своїх працях він не наводить, тому є не досить зрозумілим, які самі сусідські співтовариства слід вважати життєздатними.

В Україні ті територіальні мікроколективи, інтереси членів яких представляють органи самоорганізації населення, завжди належатимуть до першої групи, тобто до групи територіальних мікроколективів, які мають свої постійно діючі органи. Адже Закон України від 11.07.2001 року «Про органи самоорганізації населення» передбачає, що формою роботи органу самоорганізації населення є засідання, які скликаються в міру необхідності, але не рідше одного разу на квартал (стаття 19). Додатково до цієї групи належать територіальні мікроколективи, які не легалізували ті органи, які представляють їхні інтереси, але такі органи існують та є постійно діючими.

Повертаючись до питання життєдіяльних сусідських співтовариств, зазначимо, що більш детально життєздатне сусідське співтовариство розглядають С. Шонберг та Р. Розенбаум, визначаючи його у своїх працях як «таке співтовариство, жителі якого об'єднуються, щоб впливати на різні аспекти місцевого соціального порядку, де жителі ставлять цілі колективного життя і де у них є можливості для досягнення цих цілей». На їхню думку, «для того щоб мікрорайон можна було вважати життєздатним, на його території, крім усього іншого, повинні існувати: таке сусідське співтовариство, яке має досить впливу для того, щоб випрацювати загальне бачення майбутнього свого співтовариства, впливати на політику місцевої адміністрації і на прийняття владних рішень, які стосуються місцевого життя; такі органи громадського самоврядування, які здатні створити та підтримувати конструктивні відносини з усіма службами, що забезпечують життєдіяльність, з агентствами і департаментами, які діють на його території, із власниками муніципальних, державних, приватних та громадських ресурсів» [9, с. 32–33].

Таким чином, як критерій життєздатності сусідського співтовариства пропонується розглядати активну діяльність як самого сусідського співтовариства, так і створеного ним органу, який представляє його інтереси. За аналогією, критерієм життєдіяльності територіального мікроколективу буде активна діяльність як самого територіального мікроколективу, так і створеного ним органу, який представляє його інтереси.

Зауваження викликає лише термін «життєздатний територіальний мікроколектив» як не досить наукобразний та такий, що носить оціночний характер. З урахуванням сутності пропозиції видається доцільним класифікувати територіальні мікроколективи не на такі, що є життєдіяльними, та не є такими, а залежно від наявності або відсутності у них власних легалізованих органів.

Запропонована вище класифікація видається доцільною тому, що наявність у складі територіального колективу територіальних мікроколективів зі своїми легалізованими органами (іншими словами, з органами самоорганізації населення) може бути критерієм рівня соціальної зрілості членів цього територіального колективу. Крім того, вона вказує на певні особливості, які може мати організація діяльності відповідної місцевої ради, адже є можливими передача коштів відповідного місцевого бюджету, здійснен-

ня контролю за фінансовою діяльністю органу самоорганізації населення в межах своїх повноважень, делегування органу самоорганізації населення деяких повноважень місцевої ради, сприяння здійсненню органами самоорганізації населення їхніх повноважень, координація діяльності органів самоорганізації населення тощо.

Висновки. У процесі дослідження територіальних мікроколективів видається доцільним класифікувати їх за такими підставами: за кількістю членів територіального мікроколективу, які мають право голосу на місцевих виборах; за видом населеного пункту, в межах якого існує територіальний мікроколектив; за наявністю або відсутністю у територіального колективу власних легалізованих органів (органів самоорганізації населення); за наявністю або відсутністю у територіального мікроколективу власних постійно діючих органів.

Перспективи подальших розвідок у такому напрямі видаються у доцільноті виявлення впливу істотних характеристик територіальних мікроколективів, за якими проводилась їхня класифікація, на органи самоорганізації населення, які представляють інтереси їхніх членів.

Як зазначалось вище, за законодавством України інтереси територіального мікроколективу можуть захищати у разі їх створення органи самоорганізації населення. Тому, безперечно, певні класифікації територіальних мікроколективів матимуть доктринальне та практичне значення під час класифікації видів органів самоорганізації населення.

Література

1. Мішина Н.В. Муніципальна реформа в Україні: стан і перспективи. *Право України*. 2018. № 4. С. 126–138.
2. Мішина Н.В. Конституційна регламентація місцевого самоврядування в Україні: сучасність та перспективи. *Публічне право*. 2015. № 3. С. 67–72.
3. Мішина Н.В. Законопроєкти для розвитку локальної демократії в Україні. *Юридичний вісник*. 2014. № 2. С. 36–40.
4. Мишина Н.В. Муниципальное управление в США и в Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии: сравнительно-правовое исследование : дис. ... канд. юр. наук. Одеса, 2002. 226 с.
5. Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні : Закон України від 11.12.2003 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. №15. Ст. 232.
6. Хореев Б.С., Лихоед В.Н. Житель села – работник города. Москва : Финансы и статистика, 1982. 95 с.
7. Кокарев И.Е. Соседские сообщества: путь к будущему России. Москва: Прометей, 2001. 248 с.
8. Филиппов Ю.В., Авдеева Т.Т. Основы развития местного хозяйства : учебник. Москва : Дело, 2000. 264 с.
9. Про органи самоорганізації населення : Закон України від 11.07.2001 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 48. Ст. 254.
10. Schoenberg S., Rosenbaum P. Neighbourhoods that Work: Sources for Viability in the Inner City. Rutgers University Press, 1980. Цит. за: Кокарев И.Е. Соседские сообщества: путь к будущему России. Москва : Прометей, 2001. 248 с.

А н о т а ц і я

Мішина Н. В. Органи самоорганізації населення в Україні: типологія та класифікація територіальних мікроколективів. – Стаття.

Органи самоорганізації населення за рахунок активізації інтересу населення до місцевих справ, місцевих проблем та до пошуку оптимальних шляхів їх вирішення сприяють підвищенню рівня громадської свідомості і подальшому розвитку громадянського суспільства в Україні. Саме тому видається доцільним звернути увагу на доктринальне забезпечення функціонування інституту самоорганізації населення у частині територіальних мікроколективів.

Метою статті є сприяння введенню в доктринальний та нормативний обіг терміна «територіальний мікроколектив» для визначення кола осіб, інтереси яких представляє орган самоорганізації населення, та розвинення доктрини територіальних мікроколективів шляхом їхньої типологізації та класифікації.

Територіальний мікроколектив – це з'єднані відносно стійкими соціальними зв'язками жителі населеного пункту або його частини, границі якої не співпадають з границями діяльності будь-якого органу місцевого самоврядування.

У процесі дослідження територіальних мікроколективів видається доцільним класифікувати їх за такими підставами:

- за кількістю членів територіального мікроколективу, які мають право голосу на місцевих виборах (на невеликі територіальні мікроколективи (територіальний мікроколектив налічує до 150 членів, які мають право голосу на місцевих виборах) та великі територіальні мікроколективи (територіальний мікроколектив налічує більш як 150 членів, які мають право голосу на місцевих виборах));
- за видом населеного пункту, в межах якого існує територіальний мікроколектив (на територіальні мікроколективи сільської місцевості та міські територіальні мікроколективи);
- за наявністю або відсутністю у територіального колективу власних легалізованих органів – органів самоорганізації населення (на територіальні мікроколективи, які мають свої легалізовані органи та територіальні мікроколективи, які не мають своїх легалізованих органів);
- за наявністю або відсутністю у територіального мікроколективу власних постійно діючих органів (на територіальні мікроколективи, які мають свої постійно діючі органи та територіальні мікроколективи, які не мають своїх постійно діючих органів).

Ключові слова: вуличні комітети, будинкові комітети, муніципальне управління, самоорганізація населення, населення, територіальна громада.

S u m m a r y

Mishyna N. V. Bodies of self-organization of the population: typology and classification of territorial micro-collectives. – Article.

Bodies of self-organization of the population, by activating the interest of the population in local affairs, local problems and to find optimal ways to solve them, contribute to raising public awareness and further development of civil society in Ukraine. That is why it seems expedient to pay attention to the doctrinal support of the functioning of the institution of self-organization of the population – in terms of territorial micro-collectives.

The purpose of the article is to promote the introduction into doctrinal and normative circulation of the term “territorial micro-collective” to define the range of persons whose interests are represented by the body of self-organization of the population, and the development of the doctrine of territorial micro-collectives.

Territorial micro-collectives are residents of a settlement or a part of it connected by relatively stable social ties, the boundaries of which do not coincide with the boundaries of the activity of any local self-government body.

In the process of research of territorial micro-collectives it seems expedient to classify them on the following grounds:

- by the number of members of the territorial micro-collective who have the right to vote in local elections (for small territorial micro-collectives there are up to 150 members who have the right to vote in local elections) and large territorial micro-collectives (territorial micro-collectives which have more than 150 the right to vote in local elections);

- by type of settlement, within which there is a territorial micro-collective (for territorial micro-collectives of rural areas and urban territorial micro-collectives);

– in the presence or absence of the own legalized bodies – bodies of self-organization of the population (for territorial micro-collectives that have their own legalized bodies and territorial micro-collectives that do not have their own legalized bodies);

– in the presence or absence of the territorial micro-collective of its own permanent bodies (for territorial micro-collectives that have their own permanent bodies and territorial micro-collectives that do not have their own permanent bodies).

Key words: street committees, house committees, municipal government, self-organization of the population, population, territorial collective.

Є. М. Смичок

ПРИЧИНИ ФОРМУВАННЯ СУДОВОЇ ДОКТРИНИ В ДОКТРИНІ ПОДАТКОВОГО ПРАВА

Постановка проблеми. Виникнення будь-якого явища суспільної дійсності пов'язане з налагодженням і впорядкуванням соціальних зв'язків. Відносини між людьми, які охоплюються межами правового регулювання [18, с. 134], перебувають у постійному динамічному розвитку, що пояснюється, окрім іншого, глобалізаційними процесами. Деякі явища, виникнувши в одній частині світу, через певний проміжок часу стають прийнятними в іншій. Трапляються випадки, коли законодавці не встигають вчасно відреагувати наявність нового феномена, що стрімко вплітається в повсякденне життя. Як слушно відзначає Н. Поппер, закони з'являються в другу чергу, а в першу – саме явище, яке вони описують [6, с. 6]. Практиці відомі й протилежні ситуації, коли відносини врегульовані, однак між нормами є суперечність, її перед суб'єктом правозастосування постає питання щодо доречності використання тієї чи іншої норми. Такий стан справ негативним чином впливає в тому числі й на податкову сферу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Доктрина податкового права, судова доктрина як частина родового поняття «доктрина податкового права» досліджувалися і досліджуються такими вченими галузі фінансового права, як: М.П. Кучерявенко, Т.О. Коломоєць, О.Г. Глухий, Т.А. Латковська, Р.Ф. Ханова, В.В. Хохуляк та ін.

Метою статті є з'ясування причин формування судової доктрини у доктрині податкового права, а також узагальнення судової практики, в якій формується причина зазначеній судової доктрини.

Виклад основного матеріалу. Для подолання подібних юридичних дефектів сформувалась судова доктрина у доктрині податкового права, яка в жодному разі не підміняє роль законодавця, проте здатна на основі відповідних правових засобів привести правозастосування у стан, відповідний часу. Відсутність норми, її недосконалість, застарілість, наявність у її тексті оціночних понять, непослідовне тлумачення є різними за своєю сутністю чинниками, які встановлюють рамки правозастосування, визначають належні засоби, що можуть бути використані уповноваженими особами, зокрема, її суб'єктами формування судової доктрини у доктрині податкового права, для усунення зазначених проблем як стосовно конкретного кейсу, так і щодо подібних справ.

З урахуванням наведеного виділяємо такі причини формування судової доктрини у доктрині податкового права:

- відсутність норми права, яка врегульовувала б відповідну частину відносин, які за своєю суттю є податковими, тобто наявність у галузевому податковому законодавстві прогалин;
- неузгодженість (роздільність) між чинними податковими нормами, закріпленими Податковим кодексом України (далі – ПК України), тобто наявність у податковому законодавстві колізій;
- неоднозначність тлумачення оціночних понять, якими оперує законодавство у контексті впорядкування податкових відносин.

Теоретично загальновідомо, що прогалини в законодавстві – це повна або часткова відсутність законодавчої регламентації певних суспільних відносин, що потребують правового регулювання [18, с. 271]. З цього випливає, що прогалина в податковому законодавстві – це повна або часткова відсутність законодавчої регламентації податкових відносин, що потребують правового регулювання. Це означає, що явище об'єктивно існує, перебуває у суспільному обігу, тяжіє до встановлення податково-правової регламентації, виходячи зі своїх сутнісних характеристик, однак у ПК України відповідних змін або доповнень не внесено.

Як приклад розглянемо таке. Згадка про криптовалюту з'явилається відносно нещодавно – у 2008 році [6, с. 33]. Перша криптовалюта – біткоїн – була інновацією «знизу», а не «зверху», тобто не ініціативою держав, а рішенням народу [6, с. 6]. Нині про віртуальні валюти знають навіть школярі, оскільки вивчають це питання у курсі фінансової грамотності [20, с. 15]. Верховна Рада України, розробивши декілька законопроектів («Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо оподаткування операцій з віртуальними активами в Україні» № 9083 від 14.09.2018 [15]; «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо оподаткування операцій з віртуальними активами в Україні» № 9083-1 від 27.09.2018 [16]; «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких інших законів України щодо оподаткування операцій з криптоактивами» № 2461 від 15.11.2019 [17]), досі не прийняла єдиного нормативно-правового акта, спрямованого, окрім іншого, на регламентацію оподаткування операцій з криптовалютами.

Однак суспільство вже нині стикається із безпосереднім обігом віртуальних валют, а до суддів через автоматизовану систему розподілу справ потрапляють податково-правові спори щодо віртуальних валют. Так, Харківський окружний адміністративний суд розглядав справу № 820/5120/16 [7], постанова у якій згодом була оскаржена до Харківського апеляційного адміністративного суду [19]. У цій справі порушена проблема стосовно оподаткування операцій з віртуальними валютах податком на додану вартість. Хоч нині суб'єктом творення судової доктрини в доктрині податкового права, а саме Верховним Судом, не сформовано позиції стосовно цього, підкреслюємо, що відсутність законодавчо встановленого підходу до розглядуваного є одним із факторів формування такої доктрини.

Для подолання прогалин зазвичай використовують такі засоби, як аналогія закону та аналогія права [18, с. 272]. Для галузей права, які належать до підсистеми приватного права, можливість застосування таких

засобів вбачається із актів законодавства. У Цивільному кодексі України подібне положення передбачене у ст. 8 [21]. окремі публічні галузі також регламентують це питання шляхом так званого негативного правового регулювання. Так, ч. 4 ст. 3 Кримінального кодексу України встановлює, що застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено [4]. Натомість ПК України жодної згадки про можливість або, навпаки, неможливість застосування податкових норм за аналогією не містить. Кодекс адміністративного судочинства України (далі – КАС України), за правилами якого здійснюється процесуальне вирішення податкових спорів, у ч. 6 ст. 7 містить таке положення: «У разі відсутності закону, що регулює відповідні правовідносини, суд застосовує закон, що регулює подібні правовідносини (аналогія закону), а за відсутності такого закону суд виходить із конституційних принципів і загальних зasad права (аналогія права). Аналогія закону та аналогія права не застосовується для визначення підстав, меж повноважень та способу дій органів державної влади та місцевого самоврядування» [3].

Із цього видається, що заповнення прогалин податкового законодавства про засоби подолання прогалин у разі врегулювання податкових правовідносин здійснюється за допомогою формування судової доктрини у доктрині податкового права. Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду у своїй Постанові від 05.09.2018 р. у справі № П/811/300/17 [9] зазначив таке: «Вищенаведена процедура реєстрації податкових накладних є спеціальною до таких правовідносин, а тому суд не приймає посилання судів першої та апеляційної інстанцій на застосування до таких правовідносин як аналогії закону вимог статті 49 ПК України, оскільки остання передбачає порядок подання податкових декларацій до контролюючого органу, що є відмінним від порядку реєстрації податкових накладних». Звертаємо увагу, що Суд використовує словосполучку: «...посилання судів... на застосування до таких правовідносин як аналогії закону...». Це говорить про те, що хоч Верховний Суд не використовує у розглядуваній справі норму за аналогією, однак через відповідні формулювання опосередковано передбачає можливість застосування аналогії закону у разі врегулювання податкових відносин.

Колізії в законодавстві – це різновид юридичних колізій, що виникають за наявності розбіжності (зокрема, суперечності) між нормами права, які закріплени в законодавстві та регулюють одні суспільні відносини [18, с. 276]. Наведене визначення розроблене науковцями з теорії права. Погляд до визначення поняття «колізії у фінансовому законодавстві» наводила у своїх працях Н.Ю. Пришва, яка визначала їх як розбіжності чи суперечності між окремими *нормативно-правовими актами*, що регулюють фінансові правовідносини [13]. Податкове право є підгалуззю фінансового права, що охоплює сукупність своєрідних фінансово-правових норм [5, с. 9], тож поняття «колізії у фінансовому законодавстві» варто розглядати як загальне стосовно поняття «колізії у податковому законодавстві». Ми не погоджуємося із запропонованим Н.Ю. Пришвою розкриттям поняття, оскільки воно відображає лише один вид колізії – ієрархічну. Колізія в податковому законодавстві – це, у вузькому розумінні, розбіжність (суперечність) між *нормами* податкового законодавства.

Є багато факторів, які можуть призвести до наявності колізій у податковому законодавстві. Колізія є причиною формування судової доктрини в доктрині податкового права, однак сам факт її виникнення може бути пов'язаний із різноманітними підставами, які ми розглянемо далі.

Відсутність чітких критеріїв для розробки нормативно-правових актів. Закон України «Про Регламент Верховної Ради України» впорядковує, окрім іншого, законодавчу процедуру, проте не встановлює вимог, яким повинен відповідати законопроект, який подається до парламенту суб'єктом права законодавчої ініціативи. На теренах України відсутній закон, який би врегульовував суспільні відносини, пов'язані з розробкою та прийняттям нормативно-правових актів, набранням ними чинності, визначав би систему, види, ієрархію нормативно-правових актів та встановлював би єдині вимоги до нормотворчої техніки для суб'єктів, уповноважених на здійснення такої діяльності. У 2010 році до Верховної Ради України було подано проект Закону України «Про нормативно-правові акти» [14], який так і не був прийнятий.

Хаотичне прийняття нормативно-правових актів. Податкове законодавство є досить мінливим. Непоодинокими є випадки, коли податкова норма є чинною протягом декількох днів. Наприклад, пп. «в» п. 193.1 ст. 193 ПК України проіснував у першій редакції всього 19 днів (з 01.04.2014 р. – дати набрання чинності Законом України «Про запобігання фінансової катастрофи та створення передумов для економічного зростання в Україні», до 19.04.2014 р. – дати набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких інших законодавчих актів України щодо усунення окремих неузгодженностей норм законодавства»).

Пакетне голосування, тобто одночасне прийняття самостійних правових актів, спрямованих на регулювання як податкових, так і інших відносин, через неповноту розгляду кожного акта окремо може привести до порушення системності у викладенні нормативного матеріалу.

Порушення принципу стабільності податкового законодавства під час прийняття нормативно-правових актів. Підпункт 4.1.9 п. 4.1 ст. 4 ПК України встановлює, що зміни до будь-яких елементів податків та зборів не можуть вноситися пізніше як за шість місяців до початку нового бюджетного періоду, в якому будуть діяти нові правила та ставки. Податки та збори, їх ставки, а також податкові пільги не можуть змінюватися протягом бюджетного року. На жаль, цей принцип неодноразово порушувався, про що свідчить, наприклад, зміст Постанови Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 15.05.2019 р. у справі № 825 / 1496 / 17 [11].

В українському законодавстві найбільш поширеними є темпоральні, ієрархічні та змістові колізії [18, с. 277]. Наукою розроблено правила подолання цих колізій, які частково апробовані в національному законодавстві й сприйняті правозастосовною практикою. У разі виникнення колізії у разі врегулювання податкових відносин саме суб'єкти формування судової доктрини в доктрині податкового права визначають, яке правило варто застосувати, і, відповідно, яким чином слід впорядковувати відносини як нині, так і у майбутньому. Тобто вони ставлять крапку у спорі крізь призму всеобщого фахового аналізу.

Темпоральна податкова колізія – це колізія, яка виникає внаслідок прийняття в різний час з одного питання декількох податкових норм рівної юридичної сили, які по-різному врегульовують податкові відносини. Подолання зазначененої колізії зазвичай здійснюється шляхом застосування такого правила – “lex posterior derogat priori” («пізнішим законом відміняється більш ранній»). Однак практиці відомі випадки, коли податкова норма, що врегульовує відповідну частину відносин, прийнята пізніше, проте з урахуванням особливостей податково-правового регулювання не може бути застосована до конкретного випадку. Так, у справі № 826/18755/15 вирішувалось питання стосовно застосування до спірних правовідносин належної ставки плати за користування надрами. До 02.08.2014 р. (включно) діяли ставки, передбачені пп. 263.9.1 п. 263.9 ст. 263 ПК України. З 03.08.2014 р., тобто з дати набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких інших законодавчих актів України» від 31.07.2014 р. № 1621-VII [1], розділ ХХ «Перехідні положення» ПК України доповнено новим підрозділом 9.1, яким встановлено тимчасові збільшені ставки. При цьому до пп. 263.9.1 п. 263.9 ст. 263 ПК України відповідних змін внесено не було. Контролюючий орган виніс податкові повідомлення-рішення, в яких донарахував платнику за серпень–грудень 2014 року грошові зобов’язання за підвищеними ставками цього податку. Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду в своїй Постанові від 07.09.2018 р. [10], спираючись на положення бюджетного законодавства щодо особливостей прийняття законів, які впливають на показники бюджету, та на основоположні принципи податкового законодавства встановив, що у разі одночасного регулювання спірних правовідносин положеннями підрозділу 9-1 розділу ХХ «Перехідні положення» та ст. 263 ПК України, які по-різному встановлюють ставку податку за користування надрами, застосуванню підлягають положення ст. 263 ПК України, які є більш сприятливими для платника податків. Як ми бачимо, у цьому судовому рішенні суб’єкт формування судової доктрини в доктрині податкового права відступив від загального правила подолання темпоральної колізії.

Ієрархічна податкова колізія – це колізія, яка виникає внаслідок регулювання окремої частини податкових відносин податковими нормами різної юридичної сили. У разі існування ієрархічної колізії застосовується принцип “lex superior derogat legi inferiori” («вищий за юридичною силою закон скасовує закон, нижчий за юридичною силою»). Частина 3 ст. 7 КАС України закріплює: «У разі невідповідності правового акта Конституції України, закону України, міжнародному договору, згода на обов’язковість якого надана Верховною Радою України, або іншому правовому акту суд застосовує правовий акт, який має вищу юридичну силу, або положення відповідного міжнародного договору України» [3]. Згадаємо ситуацію, яка розглядалась вище. Прийнято Закон [1], який встановив особливості оподаткування податком на обмежений період. Положення цього Акта у досліджуваному контексті мали б реальну дію, якщо б вони не порушили принципи бюджетного та податкового законодавства. Здавалось би, норми-принципи і норми, які встановлюють саме правило поведінки,

закрілені в одному акті, однак Суд надає перевагу принципам, тим самим визнаючи їх ієрархічну перевагу над правилами поведінки.

Змістова податкова колізія – колізія, яка виникає між податковими нормами через частковий збіг обсягів їх регулювання. Для подолання цієї колізії застосовується принцип “lex specialis derogat generalis” (спеціальний закон відміняє загальний закон). У справі № 813/2377/16 Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду вирішував питання про те, чи можна до спірних правовідносин застосовувати окремі норми податкового законодавства, що регулюють зовнішньоекономічну діяльність, як спеціальні. Так, у своїй Постанові від 03.04.2020 р. [12] Суд, з огляду на узгодженість приписів ст. 206 ПК України та ст. 86 Митного кодексу України, визнав досліджувану у справі операцію з вивезення обладнання з митної території України такою, що звільняється від оподаткування, застосувавши при цьому спеціальну норму.

Ще однією причиною формування судової доктрини в доктрині податкового права є неоднозначність тлумачення оціночних понять, якими оперує законодавство у контексті впорядкування податкових відносин. Підкреслюємо, що обмежуватись виключно поняттями податкового законодавства у цьому аспекті не можна, оскільки бувають випадки, коли для регулювання податкової сфери необхідно звертатись до понять інших галузей законодавства.

До прикладу, розглянемо Постанову Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду у справі № 804/19780/14 від 28.08.2018 р. [8]. У межах цієї справи Судом вирішувалось питання про те, що слід розуміти під словосполучкою «спір про право», передбаченою у п. 2 ч. 5 ст. 183-3 КАС України (у редакції на момент звернення із поданням, тобто від 06.11.2014 р. [2]). Нині однорідна норма закріплена п. 2 ч. 4 ст. 283 КАС України [3], тому зроблені Судом висновки у 2018 році є актуальними й досі. У Постанові Суд встановив таке: «Спір про право в контексті цієї норми має місце в разі, якщо предметом спору є правовідносини, існування яких є передумовою виникнення підстав для застосування спеціальних заходів, перелічених у ст. 183-3 КАС України. Зокрема, під спором про право необхідно розуміти оскарження до суду рішення про застосування адміністративного арешту (п. 94.11 ст. 94 ПК України), оскарження податкового повідомлення-рішення, яке покладено в основу податкового боргу, що зумовило звернення податкового органу з поданням у порядку особливого провадження тощо». Наведення судового підходу до визначення поняття позитивним чином відобразилося на практиці подальшого, тобто після прийняття судового рішення, застосування судами нижчих інстанцій норми про відмову у відкритті проваджень за заявами податкових та митних органів у разі здійснення ними визначених законом повноважень, у разі, якщо із поданих до суду матеріалів вбачається спір про право.

Висновки. Таким чином, прогалини, колізії, неоднозначність тлумачення є тими причинами, що зумовлюють формування судової доктрини в доктрині податкового права. Хоч суб'єкти формування цієї доктрини і докладають постійних зусиль для боротьби із відповідними причинами через застосування розглядуваних вище засобів, однак податкові відносини, а

отже, і їх регулювання, є дуже динамічними. Тому ці причини будуть існувати завжди, ідея про беззаперечне їх усунення є утопічною, а діяльність суб'єктів формування судової доктрини щодо формування такої доктрини не втратить своєї актуальності.

Література

1. Закон України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких інших законодавчих актів України» від 31.07.2014 р. № 1621-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1621-18/ed20140731#top> (дата звернення: 17.09.2020).
2. Кодекс адміністративного судочинства України в ред. від 06.11.2014 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/274715/ed20141106/conv#p1> (дата звернення: 17.09.2020).
3. Кодекс адміністративного судочинства України в ред. від 15.08.2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text> (дата звернення: 17.09.2020).
4. Кримінальний кодекс України в ред. від 13.08.2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#top> (дата звернення: 10.09.2020 р.).
5. Податкове право України : підручник / О.О. Головашевич, А.М. Котенко, Є.М. Смичок та ін. ; за ред. М.П. Кучерявенка, Н.А. Марінів. Харків : Право, 2019. 440 с. С. 9.
6. Поппер Н. Цифровое золото: невероятная история Биткойна. / Пер. с англ. Москва : ООО «И.Д. Вильямс», 2016. 350 с. С. 6.
7. Постанова Харківського окружного адміністративного суду від 13.10.2016 р. у справі № 820/5120/16. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62079235> (дата звернення: 10.09.2020).
8. Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду у справі № 804/19780/14 від 28.08.2018 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76139166> (дата звернення: 17.09.2020).
9. Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 05.09.2018 р. у справі № П/811/300/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76273481> (дата звернення: 10.09.2020).
10. Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду у справі № 826/18755/15 від 07.09.2018 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76381181> (дата звернення: 17.09.2020).
11. Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 15.05.2019 р. у справі № 825/1496/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/82119034> (дата звернення: 10.09.2020).
12. Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду у справі №813/2377/16 від 03.04.2020 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/88575473> (дата звернення: 17.09.2020).
13. Пришва Н.Ю. Колізії у фінансовому законодавстві: поняття, причини виникнення. *Наукові записки Нац. ун-ту «Києво-Могилянська академія»*. 2003. Т. 21: Юридичні науки. С. 42–44.
14. Проект Закону про нормативно-правові акти № 7409 від 01.12.2010. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=39123 (дата звернення: 10.09.2020).
15. Проект Закону «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо оподаткування операцій з віртуальними активами в Україні» № 9083 від 14.09.2018. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64597 (дата звернення: 10.09.2020).
16. Проект Закону «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо оподаткування операцій з віртуальними активами в Україні» № 9083-1 від 27.09.2018. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64696 (дата звернення: 10.09.2020).
17. Проект Закону «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких інших законів України щодо оподаткування операцій з криптоактивами» № 2461 від 15.11.2019. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67423 (дата звернення: 10.09.2020).
18. Теорія держави і права : підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / О.В. Петришин, С.П. Погребняк, В.С. Смородинський та ін. ; за ред. О.В. Петришина. Харків : Право, 2014. 368 с. С. 134.

19. Ухвала Харківського апеляційного адміністративного суду від 13.12.2016 р. у справі № 820/5120/16. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63548614> (дата звернення: 10.09.2020).
20. Фінансова грамотність. Фінанси. Що? Чому? Як?: навчальний посібник / авт. кол. Київ, 2019. 272 с. С. 15.
21. Цивільний кодекс України в ред. від 16.08.2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#top> (дата звернення: 10.09.2020).

А н о т а ц і я

Smychok E. M. Причини формування судової доктрини в доктрині податкового права. – Стаття.

Статтю присвячено актуальній у податково-правовій сфері проблематіці причин податкового формування судової доктрини у доктрині податкового права. Так, автором було виокремлено та детально проаналізовано причини формування податкової судової доктрини у доктрині податкового права. До причин формування судової доктрини слід віднести прогалини у податковому законодавстві, колізії у податковому законодавстві та неоднозначність тлумачення оціночних понять у податкових відносинах. Прогалинами у податковому законодавстві слід вважати повну або часткову відсутність правових норм у правовому регулюванні податкових відносин. Заповнення таких прогалин найчастіше здійснюється за допомогою діяльності суддів, які формують судову доктрину для регулювання подібних спорів у майбутньому. Ще одним різновидом юридичних дефектів слід вважати колізії у праві, які виникають внаслідок суперечності між правовими нормами, що мають закріплення у законі та регулюють одні суспільні відносини. Автор наголошує, що колізії у податковому законодавстві можуть бути спричинені багатьма факторами. Починаючи від відсутності чітких критеріїв щодо розробки нормативно-правових актів та хаотичного прийняття таких актів, продовжуючи до порушення принципу стабільності податкового законодавства під час прийняття податкового законодавства. Тому саме для врегулювання таких податкових відносин суб'єкти судової доктрини в доктрині податкового права встановлюють правила та порядок врегулювання поведінки у відносинах як на момент виникнення таких проблем, так і для вирішення подібних ситуацій у майбутньому. Неоднозначність тлумачення оціночних понять у податкових правовідносинах є ще однією причиною формування судової доктрини. Використання виключно поняття податкового законодавства у разі впорядкування податкових відносин не є правильним, оскільки під час врегулювання податкової сфери іноді необхідно звертати увагу на термінологію інших галузей законодавства.

Ключові слова: доктрина податкового права, прогалини, принцип стабільності, темпоральна податкова колізія, ієрархічна податкова колізія, змістова податкова колізія.

S u m m a r y

Smychok Ye. M. Reasons for the formation of judicial doctrine in the doctrine of tax law. – Article.

The article is devoted to the actual problems in the tax and legal sphere concerning the reasons for tax formation of the judicial doctrine in the tax law doctrine. Thus, the author singled out and analyzed in detail the reasons for the formation of tax judicial doctrine in the doctrine of tax law. The reasons for the formation of the tax court doctrine include gaps in tax legislation, conflicts in tax legislation and ambiguity of interpretation of valuation concepts in tax legal relations. By the way, gaps in tax legislation should be considered as complete or partial absence of legal provisions in the legal regulation of tax relations. This means that the phenomenon objectively exists, is in public circulation, and tends to establish tax and legal regulations based on its essential characteristics, but the Tax Code of Ukraine has not made any changes or additions. That is why, such gaps are most often filled through the work of judges, who form the judicial doctrine to regulate such disputes in the future. Another type of legal defects should be considered conflicts in law arising from the contradiction between legal norms enshrined in the law and regulate certain social relations. The author notes that conflicts in tax legislation can be caused by many factors. From the lack of clear criteria for the development of regulatory acts and chaotic adoption of such acts, to the violation of the principle of stability of tax legislation in the adoption of tax legislation. Therefore, it is for the settlement of such tax legal relations that the subjects of the judicial doctrine in the doctrine

of tax law establish rules and procedures for the settlement of conduct in relations both at the time of occurrence of such problems, and for the solution of similar situations in the future. The ambiguity of interpretation of valuation concepts in tax legal relations is another reason for the formation of the tax court doctrine. It is not correct to use exclusively the concept of tax law in order to regulate tax relations, because sometimes it is necessary to pay attention to the terminology of other branches of legislation.

Key words: tax law doctrine, gaps, stability principle, temporal tax conflict, hierarchical tax conflict, substantive tax conflict.

УДК 346.9
DOI <https://doi.org/10.32837/прпнола.v27i0.686>

O. A. Чабан

ІНСТИТУТ ПОХІДНОГО ПОЗОВУ В АНГЛІЇ ТА УЕЛЬСІ

Похідний позов в Україні є відносно новим інструментом захисту прав та інтересів юридичної особи. У 2015 році Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо захисту прав інвесторів» [1] акціонерів та учасників господарського товариства наділено правом звертатись до суду від імені товариства з вимогою про відшкодування збитків, завданіх господарському товариству його посадовою особою. Повний текст зазначеного Закону набув чинності 1 травня 2016 року.

Натепер спосіб захисту порушеного права юридичної особи шляхом подання позову власником (учасником, акціонером) від її імені та в її інтересах задля відшкодування збитків, заподіяних посадовою особою, регламентується положеннями статті 54 Господарського процесуального кодексу України [2]. Вітчизняна судова практика з цього питання нині перебуває в процесі активного формування.

Актуальність дослідження зазначеної сфери правовідносин зумовлена також суспільно-політичною ситуацією в Україні і у світі загалом. Адже в умовах пандемії коронавірусної інфекції (COVID-19), спричиненої SARS-CoV-2, бізнес-спільнота вимушена реагувати на безпрецедентні ситуації задля мінімізації збитків та уникнення банкрутства. Отже, збільшується ризик того, що власники господарських товариств можуть перевідкладати відповідальність за непопулярні рішення та збитковість бізнесу на директорів та інших посадових осіб компаній і подавати проти них позови. Отже, кількість похідних позовів може значно збільшитись.

Аналіз досліджень інституту похідного позову в Україні свідчить про те, що зазначена тема вже виступала предметом наукової розвідки, проте потребує подальшого вивчення. Окрім аспектів вибраної тематики аналізували Р.О. Ковалишина, Л.О. Островська, Т.С. Гудіма, Н.О. Герасименко та інші.

Оскільки похідний позов виник і активно застосовується в країнах англо-саксонської системи права, в рамках цієї роботи увагу зосереджено на аналізі зазначеного інституту в Англії та Уельсі.

Отже, **мета статті** – проаналізувати стан нормативно-правового забезпечення похідного позову в Англії та Уельсі; визначити національні особливості становлення та здійснення вказаного права на захист інтересів юридичної особи; систематизувати наявні наукові та практичні здобутки

для подальшої більш комплексної імплементації такого інституту в українське законодавство та правозастосовну діяльність.

Правове регулювання похідного позову в Англії та Уельсі здійснюється як на законодавчому рівні, так і на рівні правил, сформульованих судовими рішеннями (тобто на рівні загального права (*common law*)).

Визначення похідного позову (*derivative claim*) закріплюється англійським Законом про Компанії 2006 року (*Companies Act 2006*) (надалі – Закон про Компанії), який є чинним з 1 жовтня 2007 року [3]. Цей Закон регулює зазначені суспільні відносини в Англії, Уельсі та Північній Ірландії. Проте предметом цього дослідження є виключно юрисдикція Англії та Уельсу (надалі – англійське законодавство), адже законодавство Північної Ірландії та Шотландії має певні особливості і може бути темою для окремої наукової розвідки.

Похідні позови в Англії та Уельсі належать до корпоративних відносин, проте теорією англійського права передбачено поділ права на кримінальне та цивільне; публічне та приватне [4]. Тому процесуальні питання регулюються Правилами Цивільного процесу (*The Civil Procedure Rules*) [5] та Правилами Кримінального процесу (*The Criminal Procedure Rules*) [6]. Усі процесуальні аспекти спорів, які не належать до кримінальних право-відносин, визначаються Правилами Цивільного процесу. Отже, процедура подання похідного позову за англійським законодавством зазначається у Правилах Цивільного процесу 1998 (правило 19.9 A (4) (a)).

Відповідно до частини 11 Глави 1 розділу 260 Закону про Компанії похідний позов може бути подано учасником компанії (*member of a company*) в інтересах компанії виключно з підстав, указаних законом. Такими підставами є фактична або очікувана дія або бездіяльність директора, що призводить до халатності, невиконання зобов'язань, порушення обов'язків або зловживання довірою, які покладаються на директора компанії. Крім цього, похідний позов також може бути подано в процесі, який ініційовано відповідно до розділів 994–999 Закону про Компанії, тобто коли необхідно захистити порушені права та інтереси учасників (переважно міноритарних). Як зазначають дослідники Gareth Baker та Samantha Hacking [7], посилаючись на прецедент *Cinematic Finance Ltd v Ryder and others* [8], право на подання похідного позову мажоритарним учасником прямо не забороняється Законом, проте є велика вірогідність, що Суд у такому позові відмовить. Це видається логічним, адже мажоритарний учасник має можливість скористатись іншими способами захисту своїх прав і прав компанії.

Похідний позов може бути подано проти директора або іншої особи, а також одночасно як проти директора, так і проти іншої особи. Відповідно до Закону про Компанії 2006 року поняття «директор» є досить широким за своїм змістом і, окрім директора як посадову особу в розумінні українського законодавства, включає також директора, повноваження якого закінчились, та так званого тіньового директора (*Shadow Director*). Останній є особою, що вважається директором, діє як директор, проте формально не є призначеним на таку посаду.

«Інша особа», проти якої може бути подано похідний позов, як зазначається у прецеденті *Iesini v Westrip Holdings Ltd [2009] EWHC 2526 (Ch)*, є третя особа, яка сприяла директору у порушенні виконання його обов'язків [9].

Позивачами похідного позову можуть бути виключно учасники або акціонери компанії. Водночас не є принциповим, чи став позивач учасником (акціонером) компанії до того, як настала подія, що є підставою для подання позову, чи після цього.

Подання похідного позову передбачає два етапи. На першому етапі суд визначає, чи є докази, подані заявником, очевидно переконливими (*prima facie case*). Залежно від цього суд відхиляє або задовольняє клопотання заявитика, або може запросити пояснення від компанії і відкласти розгляд клопотання до моменту отримання документів від компанії. Після проведення дослідження доказів суд може надати дозвіл на продовження подання похідного позову на визначених судом умовах; відмовити в дозволі.

На другому етапі Судом досліджуються такі аспекти: чи була дія або бездіяльність директора погоджена компанією до чи після її настання; чи подала б (або чи продовжувала б) особа, яка діє в кращих інтересах компанії, зазначений позов. Якщо дія або бездіяльність директора були погоджені компанією, Суд у позові відмовляє. У цьому контексті видається доцільним додати, що не будь-яка дія або бездіяльність можуть бути погодженими відповідно до Закону. Крім того, Суд аналізує положення статутних документів у частині визначення повноважень посадових осіб компанії. Gareth Baker та Samantha Hacking, аналізуючи прецедент *Burland v Earle [1902] AC 83*, також підkreślують, що шахрайські дії або дії, що перевищують надані повноваження, не можуть вважатись погодженими [10].

Більш того, Суд зобов'язаний враховувати, чи діє учасник у найкращих інтересах, подаючи клопотання про дозвіл на подання похідного позову; як особа, яка діє в найкращих інтересах компанії, оцінила б важливість такого позову; чи вирішила компанія не продовжувати позов; чи є дія або бездіяльність, на підставі якої виник позов, такою, що може бути підставою для позову безпосередньо від імені учасника, а не від компанії, тощо.

Законом про Компанії також передбачена процедура, відповідно до якої прямий позов, поданий компанією, в окремих випадках може бути продовжено як похідний. Зокрема, це є можливим, якщо компанія, подаючи позов, зловживала процесуальним правом або не оформила позов належним чином; і водночас наявні підстави для продовження позову як похідного учасником. Клопотання про отримання дозволу на продовження прямого позову як похідного розглядається Судом у відповідності до процедури, передбаченої для похідного позову.

Якщо після отримання дозволу похідний позов задоволено, компенсацію отримує безпосередньо компанія.

У становленні інституту похідного позову в англійському праві значну роль відіграво прецедентне рішення у справі *Foss v Harbottle (1843)* (надалі – *Foss v Harbottle*) [11]. Цим рішенням було визначено основні засади корпоративних відносин. Зокрема, у справі сформульовано три принципи: принцип відокремлення процесуальної діездатності компанії, тобто позивачем у справах проти компанії є виключно сама компанія; учасники або

акціонери компанії не можуть бути позивачем від імені компанії; принцип невтручення суду у внутрішні справи компанії, це означає, що виключно посадові особи компанії мають вирішувати питання, пов'язані із діяльністю компанії, окрім випадків, коли компанія сама звертається до суду; принцип значущості рішення більшості, тобто питання компанії мають бути погоджені більшістю голосів учасників або акціонерів.

Проте правила, визначені у справі *Foss v Harbottle*, не є абсолютною. В англійському загальному праві було сформульовано також і виняток із правил, що мав назву «Порушення (злочин) проти меншості» (*Fraud on the minority*). Таким винятком є ситуації, коли проти міноритарного акціонера вчинені правопорушення, передбачені Законом про крадіжку 1968, Законом про шахрайство 2006, а також вчинені явно несправедливі дії, наприклад, халатність, завдяки якій особи, які контролюють компанію, отримали вигоду. Крім того, до винятків із правил, визначених прецедентом *Foss v Harbottle*, належать випадки, коли особи діють поза межами своїх повноважень (*Simpson v Westminster Palace Hotel Co (1860)*), незаконно (*Taylor v National Union of Mineworkers (Derbyshire Area [1985])*), коли порушуються особисті інтереси міноритарного учасника (акціонера), наприклад, відсутність запрошення на збори учасників (акціонерів), несплатна дивідендів у відповідності до статутних документів, неправильний підрахунок голосів тощо. У випадках, що становили винятки, міноритарний учасник (акціонер) мав право подати похідний позов. Водночас процедурні моменти були менш чіткими та визначеніми, ніж після прийняття Закону про Компанії 2006.

Слід зазначити, що незважаючи на наявність законодавчо визначених норм, що регулюють суспільні відносини у сфері похідних позовів, положення, сформульовані загальним правом, також застосовуються судами. Яскравим підтвердженням є справа *Homes For England v Nick Sellman Holdings Ltd, Bromham Road Development Ltd [12]*, яка розглядалась Високим судом Англії та Уельсу цього (2020) року. Для вирішення питання: чи може позивач, член Партнерства з обмеженою відповідальністю (LLP), подавати похідний позов, застосувались правила загального права, оскільки це питання, на думку Суду, не врегульовано Законом про Компанії.

Таким чином, перші засади інституту похідного позову в англійському праві були сформульовані ще в XIX столітті і з того часу цей інститут постійно розвивається. Незважаючи на те, що процедура здійснення права на захист шляхом подання похідного позову в Англії та Уельсі все ще викликає певні протиріччя і дискусії, практика застосування такого інституту є більш усталеною та ефективною. Саме тому в рамках подальшого дослідження видається необхідним провести порівняльний аналіз інституту похідного позову за законодавством Англії, Уельсу та України задля визначення особливостей суб'єктного та об'єктного складу зазначеного інституту у вибраних юрисдикціях та сформулювати пропозиції задля вдосконалення практики застосування інституту похідного позову в Україні.

Література

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо захисту прав інвесторів : Закон України від 07.04.2015 р. № 289. VIII. Голос України. 2015. 13 травня. № 82. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/289-19#Text>.
2. Господарський процесуальний кодекс України : Кодекс України, Закон від 06.11.1991 р. № 1798-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text>.
3. Companies Act 2006. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>.
4. The Legal System of the United Kingdom. The Chartered Institute of Legal Executives. URL: https://www.cilex.org.uk/about_cilex/about-cilex-lawyers/what-cilex-lawyers-do/the-uk-legal-system#:~:text=Civil%20law%20covers%20such%20areas,against%20society%20as%20a%20whole.
5. 125th Practice Direction Update to the Civil Procedure Rules. URL: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil>.
6. Criminal Procedure Rules and Practice Directions 2020. URL: <https://www.gov.uk/guidance/rules-and-practice-directions-2020>.
7. Gareth Baker, Samantha Hacking. Statutory Derivative Claim Regime: Ten years on. 2017. URL: https://gowlingwlg.com/en/insights-resources/articles/2017/statutory-derivative-claim-regime-ten-years-on/?utm_source=Mondaq&utm_medium=syndication&utm_campaign=LinkedIn-integration.
8. Cinematic Finance Ltd v Ryder and others (2010) EWHC 3387 (Ch) Case No. IHC 468/10. URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2010/3387.html>.
9. Iesini v Westrip Holdings Ltd (2009) EWHC 2526 (Ch) Case No. 15804/09 URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2009/2526.html>.
10. Gareth Baker, Samantha Hacking. Statutory Derivative Claim Regime: Ten years on. 2017. URL: https://gowlingwlg.com/en/insights-resources/articles/2017/statutory-derivative-claim-regime-ten-years-on/?utm_source=Mondaq&utm_medium=syndication&utm_campaign=LinkedIn-integration.
11. Boyle A.J. Minority Shareholders' Remedies. Excerpt. URL: http://assets.cambridge.org/9780521791069/excerpt_9780521791069_excerpt.pdf.
12. Homes for England v Nick Sellman Holdings Ltd, Bromham Road Development Ltd (2020) EWHC 936 (Ch) Case No. CH-2019-000215. URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2020/936.html>.

Анотація

Чабан О. А. Інститут похідного позову в Англії та Уельсі. – Стаття.

У роботі досліджується інститут похідного позову в Англії та Уельсі з моменту виникнення цього виду позову в прецедентному праві до моменту закріплення процедури подання похідного позову Законом про Компанії 2006. Аналізуються активні та пасивні суб'єкти зазначеного позову, його визначення та процедура подання. Огляд судової практики дає змогу визначити момент виникнення досліджуваного виду позову в системі загального права та особливості здійснення права на захист інтересів компанії шляхом подання позову учасником (акціонером) компанії від імені компанії станом на сьогодні.

Досліджене прецедентне рішення XIX століття – Foss v Harbottle (1843), яке відіграло значну роль не тільки у формуванні основних зasad корпоративних відносин, а й у становленні інституту похідного позову в Англії та Уельсі. Це пояснюється тим, що одночасно з основними правилами функціонування корпоративних відносин між учасниками (акціонерами) компанії та посадовими особами компанії встановлювались і винятки. Зазначені винятки і стали підґрунтам для розвитку такого позову, як похідний.

Наукову увагу зосереджено і на судовій практиці Англії та Уельсу, яка сформувалась у вирішенні спорів, що виникають із зазначеної сфери суспільних відносин протягом останніх років. Сучасна судова практика свідчить про комплексне застосування як нормативно-правових актів, так і правил, вироблених загальних правом, задля вирішення спорів між учасниками (акціонерами) компанії та її посадовими особами, іншими учасниками.

Слід зазначити, що для подання похідного позову в Англії та Уельсі заявили спочатку необхідно отримати згоду суду. Процедура отримання зазначененої згоди може відбуватись у два етапи, протягом яких суд досліджує різні моменти матеріального права, якими регулюються корпоративні відносини. Якщо норми закону не врегульовують те чи інше питання,

аналізуються наявні прецедентні рішення. Яскравим прикладом цього є рішення у справі For England v Nick Sellman Holdings Ltd, Bromham Road Development Ltd.

У роботі зроблено висновки та сформульовано напрям для подальшої наукової розвідки шляхом проведення дослідження правового регулювання похідного позову в Україні та Англії і Уельсі шляхом порівняльно-історичного методу.

Ключові слова: прецедент, загальне право, акціонер, учасник, посадова особа, директор, обмежена відповідальність, необмежена відповідальність, судовий захист.

S u m m a r y

Chaban O. A. Derivative claim in England and Wales. – Article.

The article is devoted to the analysis of the derivative claim in England and Wales. As the concept of the derivative claim was created in common law in the 19th century, the English jurisdiction was chosen as the subject of the research in order to make proposals and implement the provisions of the English Law which are suitable to the civil law countries into the relevant aspect of the Law of Ukraine.

In particular, in the research the attention was drawn to the provisions of the UK Act – Companies Act 2006, which regulates the relevant corporate relationship in England and Wales and the case law of England and Wales in order to establish the main principles and rules for starting the derivative claim.

The jurisdiction of the Northern Ireland and Scotland is not forming part of this research due to the exclusive rules and procedures that apply there and which relevantly differ from the English and Welsh ones.

According to the Companies Act 2006 in order to be allowed to start the derivative claim, the applicant shall follow two stage procedure stipulated by the mentioned Act and by the Civil Procedure Rules to get a consent of the Court. Thus, the attention is drawn to the subjects of the corporate relationship and to the analysis of the alleged breach, if any. If all criteria meet the requirements and of the procedural and substantive law, the claim is allowed.

The precedent of Foss v Harbottle (1843) was scrutinized as a judge-made law by which the main rules of corporate operation were introduced, i.e. the rule of separate corporate legal capacity to sue in case of breach of companies rights and interests, the rule of the importance of the decision made by the majority, the rule by which it was implied that the court should not interfere into the internal business matters of the company unless the company expressly required the court to operate otherwise. The exceptions from the said rules were concurrently defined.

Those exceptions were the forerunners of what we name nowadays as the grounds for the derivative claim.

Moreover, the most recent case law of England and Wales is studied. The recent court practice witnesses that the complex of rules is still applied in the English Law. Notwithstanding that the Companies Act 2006 introduced express procedures for the derivative claims, the principles and approaches established by the common law are still deployed by the courts.

The necessity and importance of the further comparative research of the derivative claim in England and Wales and Ukraine was also reasoned and defined.

Key words: precedent, common law, shareholder, member, (Chief) Officer, Director, limited liability, unlimited liability, judicial protection.

НАШІ АВТОРИ

Аніщук Н. В., доктор юридичних наук, професор, професор кафедри історії держави та права Національного університету «Одеська юридична академія»

Балобанова Д. О., кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія»

Белік Л. С., кандидат юридичних наук, доцент кафедри криміналістики Національного університету «Одеська юридична академія»

Біліченко В. В., старший викладач кафедри тактико-спеціальної підготовки Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ, підполковник поліції

Дручек О. В., кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри правового забезпечення службово-бойової діяльності Київського факультету Національної академії Національної гвардії України

Волуйко О. М., кандидат юридичних наук, начальник кафедри правового забезпечення службово-бойової діяльності Київського факультету Національної академії Національної гвардії України

Гуйван П. Д., кандидат юридичних наук, заслужений юрист України, професор Полтавського інституту бізнесу Міжнародного науково-технічного університету імені академіка Юрія Бугая

Давидова І. В., доктор юридичних наук, професор, професор кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

Магновський І. Й., доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри кримінального права та кримінології Івано-Франківського юридичного інституту Національного університету «Одеська юридична академія»

Матвеєва Л. Г., доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри теорії та філософії права Одеського державного університету внутрішніх справ

Мішина Н. В., доктор юридичних наук, професор, професор кафедри конституційного права Національного університету «Одеська юридична академія»

Смичок Є. М., кандидат юридичних наук, докторант кафедри фінансового права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Чабан О. А., кандидат юридичних наук, докторант Інституту економіко-правових досліджень імені В. К. Мамутова Національної академії наук України

ЗМІСТ

<i>H. В. Аніщук</i>	
Полігамія в Індії: гендерно-правовий аспект	3
<i>Д. О. Балобанова</i>	
Вимір “Sustainable development” для динаміки кримінального права	13
<i>Л. С. Бєлік</i>	
До питання тактичних засад взаємодії слідчого, слідчого судді з експертом у кримінальному провадженні	22
<i>В. В. Біліченко</i>	
Міжнародні стандарти щодо захисту ключових прав та свобод людини в діяльності правоохоронних органів України	30
<i>О. М. Волуйко, О. В. Дручек</i>	
Взаємодія Національної поліції України з громадою: нормативні засади.....	36
<i>П. Д. Гуйван</i>	
Сутність та зміст охоронного правовідношення: темпоральні аспекти	44
<i>I. В. Давидова</i>	
Категорія «правочин» в умовах рекодифікації цивільного законодавства: перспективи трансформації	51
<i>I. Й. Магновський</i>	
Правозастосування як категорія особливої форми реалізації права.....	59
<i>Л. Г. Матвеєва</i>	
Правова еліта в Україні: проблема формування	67
<i>Н. В. Мішина</i>	
Органи самоорганізації населення в Україні: типологія та класифікація територіальних мікроколективів	78
<i>Є. М. Смичок</i>	
Причини формування судової доктрини в доктрині податкового права	85
<i>О. А. Чабан</i>	
Інститут похідного позову в Англії та Уельсі	94

CONTENTS

<i>Anischuk N. V.</i>	
Polygamy in India: gender-legal aspect	3
<i>Balobanova D. O.</i>	
Dimension of "Sustainable development" for the dynamics of criminal law	13
<i>Bielik L. S.</i>	
On the issue of tactical principles of interaction between the investigator, the investigating judge and the expert in criminal proceedings.....	22
<i>Bilichenko V. V.</i>	
International standards for the protection of key human rights and freedoms in the activities of law enforcement agencies of Ukraine.....	30
<i>Voluyko O. M, Druchek O. V.</i>	
Interaction of the National Police of Ukraine with the community: normative principles.....	36
<i>Guyvan P. D.</i>	
The essence and content of the protective legal relationship: temporal aspects	44
<i>Davydova I. V.</i>	
The category of "transactions" in terms of recoding of civil law: prospects for transformation	51
<i>Mahnovskyi I. Y.</i>	
Law enforcement as a category of a special form of realization of law.....	59
<i>Matvieieva L. H.</i>	
The legal elite in Ukraine: problems of formation	67
<i>Mishyna N. V.</i>	
Bodies of self-organization of the population: typology and classification of territorial micro-collectives.....	78
<i>Smychok Ye. M.</i>	
Reasons for the formation of judicial doctrine in the doctrine of tax law.....	85
<i>Chaban O. A.</i>	
Derivative claim in England and Wales.....	94

Сайт видання:
www.naukovipraci.nuoua.od.ua

Збірник внесено до Переліку наукових фахових видань України категорії «Б» у галузі юридичних наук (081 «Право», 293 «Міжнародне право»), в яких можуть публікуватися результати дисертаційних робіт на здобуття наукових ступенів доктора і кандидата наук відповідно до Наказу Міністерства освіти та науки України № 409 від 17.03.2020 р.
(Додаток 1).

Свідоцтво про державну реєстрацію
друкованого засобу масової інформації
КВ № 18900–7680 ПР від 14.11.2011

Редактор-коректор *B. Izak*
Технічний редактор *H. Кузнецова*

Тираж 100 прим.

Адреса редакції
вул. Академічна, 2, каб. 1009 м. Одеса, 65009, Україна
Телефон. + 38 095 301 17 48
E-mail: editor@naukovapraci.nuonua.od.ua

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.