МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

ПРОБЛЕМИ ПУБЛІЧНОГО ТА ПРИВАТНОГО ПРАВА

Колективна монографія

Львів-Торунь
Ліга-Прес
2021

УДК 340.13
П 78

Рекомендовано до друку Вченою радою
Національного університету «Одеська юридична академія»
(протокол № 7 від 18.05.2021 р.)

Рецензенти:

Крусян А.Р. *– д.ю.н., професор, Заслужений юрист України, завідувач кафедри конституційного, адміністративного та міжнародного права Київського інституту інтелектуальної власності та права Національного університету «Одеська юридична академія»;*

Дешко Л.М. *– д.ю.н., професор, професор кафедри конституційного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка.*

Редакційна колегія:

Латковська Т.А. *– д.ю.н., професор, завідувач кафедри конституційного, адміністративного та фінансового права Чернівецького юридичного інституту Національного університету «Одеська юридична академія»;*

Мішина Н.В. *– д.ю.н., професор, професор кафедри конституційного права Національного університету «Одеська юридична академія» (відповідальна за випуск).*

П 78 Проблеми публічного та приватного права : колективна монографія /
За заг. ред. Н. В. Мішиної. – Львів-Торунь : Ліга-Прес, 2021. – 500 с.

ISBN 978-966-397-237-4

Монографія охоплює широке коло публічно-правових питань теоретичного та практичного характеру – так, автори виклали свої найновіші напрацювання щодо правової системи суспільства у цілому та у зарубіжних странах зокрема (на матеріалах Японії), та подальшого становлення ювенального права як галузі національної системи права, автономій в унітарних державах та розвитку локальної демократії, проблематиці прав людини (свобода підприємницької діяльності та антидискримінаційні питання). У міжнародно-правовому вимірі звертається увага на проблематику перехідного правосуддя, кібератак та адаптації до глобальної зміни клімату в умовах пандемії COVID-19. У виданні досліджуються адміністративно-правові питання забезпечення позову в адміністративному праві та реалізації адміністративно-правових засад публічного адміністрування, а також цивільно-правові проблеми представництва та принципів захисту порушених прав у цивільному праві.

Для науковців, практичних працівників, викладачів, студентів та широкого кола читачів.

УДК 340.13

ISBN 978-966-397-237-4 © НУ «Одеська юридична академія», 2021

ЗМІСТ

РОЗДІЛ 1
АКТУАЛЬНІ ГРАНІ ТЕОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Крестовська Н. М.
Ювенальне право як галузь українського права.....6

Панкратова В. О.
Локальна демократія:
теоретико-правова характеристика.....38

Чернецька О. В., Шилінгов В. С.
Правова система суспільства:
загальнотеоретичне дослідження 66

РОЗДІЛ 2
ІСТОРИЧНІ ДОСЛІДЖЕННЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Микитюк С. О., Микитюк В. О.
Держава і право Японії в період формування
правової держави (ріцурьо кокка).....92

РОЗДІЛ 3
ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ
СУЧАСНОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

Мяловицька Н. А., Златіна Н. Е.
Автономні утворення в інституціональній
системі держави..... 119

Назарко А. Т.
Право на участь у місцевому самоврядуванні:
теорія і практика реалізації в умовах
спеціальних правових режимів 143

Олійник А. Ю.
Конституційна свобода особи на підприємницьку
діяльність як наукова проблема 175

Рябовол Л. Т.
Система антидискримінаційного законодавства України 216

Сон С. С.
Основоположні принципи та механізм реалізації права на доступ до публічної інформації..... 245

РОЗДІЛ 4
АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

Грушко М. В.
Перехідне правосуддя: міжнародний досвід та застосування в Україні..... 273

Музика В. В.
Кібератаки та міжнародне право: природа й аналіз opinio juris держав щодо застосовування міжнародного права в кіберпросторі..... 309

Сурілова О. О.
Правовий механізм адаптації до глобальної зміни клімату в умовах пандемії COVID-19..... 343

РОЗДІЛ 5
ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ, ФІНАНСОВОГО ПРАВА

Задорожня Г. В., Задорожний Ю. А.
Забезпечення позову в адміністративному праві: до питання його законодавчого унормування в Україні 379

Хрідочкін А. В., Дудін Т. М.
Актуальні проблеми реалізації адміністративно-правових засад публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності 406

РОЗДІЛ 6
АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ
ЦИВІЛЬНОГО ТА СІМЕЙНОГО ПРАВА

Guyvan P. D.
Temporal principles of protection
of violated subjective civil law 434

Шаповал Л. І.
Види представництва
в цивільному праві України 462

РОЗДІЛ 1.
АКТУАЛЬНІ ГРАНІ ТЕОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

DOI https://doi.org/10.36059/978-966-397-237-4-1

Крестовська Н. М.,
доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри морського права
Національного університету «Одеська морська академія»,
м. Одеса

ЮВЕНАЛЬНЕ ПРАВО ЯК ГАЛУЗЬ УКРАЇНСЬКОГО ПРАВА

Анотація. *Автором пропонується концепт ювенального права, що постає як відносно самостійна система ціннісно-нормативного регулювання, спрямованого на забезпечення виживання, розвитку та соціалізації молодого покоління, на захист прав та інтересів дітей та молоді. Визначено комплекс критеріїв ювенального галузеутворення: об'єктивно існуючі суспільні потреби у формуванні галузі ювенального права; сфера та предмет ювенального правового регулювання; цінності, що визнаються та охороняються цією галуззю; мета та функції ювенального правового регулювання; специфіка ювенального правового впливу; наявність нормативного матеріалу, який потребує систематизації. У системі українського права ювенальне право є галуззю права, яка включає матеріальні, процесуальні та організаційно-правові інститути, що закріплюють особливий статус дитини як суб'єкта права, регулюють відносини, одним з учасників (безпосереднім або через представника) яких є дитина, встановлюють компетенції інших суб'єктів права, зобов'язаних опікуватись справами дітей. На сучасному етапі розвитку ювенальне право України потребує систематизації, як мінімум, у формі консолідації нормативно-правових актів різного рівня.*

Вступ

Система права та її галузеві підрозділи є категоріями, які, попри високий ступінь та масив своєї загальнотеоретичної розробки, залишаються у центрі уваги наукового юридичного співтовариства. Насамперед це викликано важливістю цього питання для вивчення феномена права як такого, адже системність права є його сутнісною ознакою. Тому, за слушним висловом Л.І. Спіридонова, «вивчати право означає вивчати його систему, а вивчати його систему – означає вивчати право з однієї з його істотних сторін» [1, с. 125].

Природа права як соціального явища зумовлює його підпорядкування закону, виведеному ще у XIX ст. Гербертом Спенсером, а саме розвиток будь-якої органічної системи є процесом диференціації її складових елементів та спеціалізації їх функцій. Юридизація суспільних відносин та видів поведінки, які донедавна перебували поза правовим впливом, якісні зміни у складі суспільних відносин приводять до виникнення нових та трансформації традиційних сфер правового регулювання, а це, своєю чергою, приводить до ускладнення системи права, виокремлення в ній нових інститутів та галузей. Переконливим виглядає висновок Д.Є. Петрова про те, що диференціація права поряд з інтеграцією права є однією з основних закономірностей у розвитку та функціонуванні системи права, що знаходить вираз у безперервному багаторівневому процесі змінної інтенсивності роз'єднання, формування нових структурних утворень у праві (збільшенні числа його елементів), у розширенні кола виконуваних ними функцій, а також у визріванні якісних відмінностей елементів, чим забезпечується належний ступінь різноманіття правового регулювання і своєчасна адаптація його до зовнішнього середовища, що змінюється [2, с. 15].

Відзначимо, що найвищим рівнем диференціації об'єктивного права є галузевий. Натепер дослідники констатують виникнення багатьох нових галузей права. Так, російські дослідники нараховують до 60 галузей права [3, с. 3], американський список галузей юридичного студіювання та практики сягає 90 позицій [4]. Причому висловлюються обережні припущення про доцільність їх виокремлення з уже наявних галузей, оскільки за відсутності чітких критеріїв галузеутворення є небезпека щодо «розмивання» системи права та девальвації самого поняття «галузі права» [3, с. 3–4]. Новий погляд на поняття «галузі національного права»,

їх ознаки та структуру, на критерії відмежування від інших структурних елементів у системі права продемонстровано у значній кількості дисертаційних досліджень останніх років (Р.М. Дудник, В.П. Хряпченко, О.А. Гавінська, Г.П. Курдюк) [5; 6; 7; 8]. Зокрема, авторами пропонуються нові критерії розмежування галузей права або галузеутворення, по-новому ставиться проблема існування комплексних галузей права.

Ми поділяємо думку про те, що поділ права на галузі має не тільки суто академічний інтерес, але й правозастосовче, правотворче та педагогічне значення [9, с. 53–54]. Розуміння галузевого поділу права та критеріїв його розмежування на галузі дають можливість краще усвідомити, як функціонує право і, своєю чергою, як можна удосконалити правове регулювання [10, с. 224–225], що й зумовлює актуальність дослідження галузевої диференціації права як процесу та нових галузей права як її результату. Важливим є також педагогічне значення галузевого розмежування: від нього залежить зміст та структура юридичної освіти, номенклатура як компетентностей, якими мають оволодіти здобувачі вищої юридичної освіти, так і навчальних дисциплін, які пропонуються для вивчення ними.

Одним з таких нових структурних елементів права (як національного, так і міжнародного) є ювенальне право, що постає як відносно самостійна система ціннісно-нормативного регулювання, спрямованого на забезпечення виживання, розвитку та соціалізації молодого покоління, на захист прав та інтересів дітей та молоді. З'ясуванню змісту та місця ювенального права у системі права України присвячено цю публікацію.

1. Сучасні підходи до дослідження ювенального права

Правова ювеналістика є порівняно молодою юридичною наукою, утім дослідження ювенального права як структурного компонента системи права уже має певну історію як в Україні, так і за кордоном. Американські правознавці, судячи з їхніх публікацій, сповідують емпіричний підхід до ювенального права. Виокремлення захисту прав дитини як сфери юридичної практики зумовлює, перш за все, академічний інтерес до цієї проблематики. Так, Мартін Гарднер (Martin Gardner) – автор неодноразово перевиданого у США підручника «Розуміючи ювенальне право», визначає його як поле (field), межі якого, на його думку, залежать від того, яку доктрину поділяє дослідник (або викладач): протекціоністську (захист

дитини) чи автономістську (дитина як самостійний суб'єкт права). Сам М. Гарднер не віддає переваг жодній з них і включає до ювенального права такі компоненти правового регулювання, як правовий статус дитини, включно права юних, правове регулювання за межами системи ювенальної юстиції (дитина у сім'ї, порушення прав дитини, правовідносини за участю дитини за межами сім'ї, конституційні права дитини), всі питання, що стосуються ювенальної юстиції (ювенальні суди та судочинство, ювенальна відповідальність) [11, p. VII–XVII]. Тоні Марш (Toni Marsh), автор підручника «Ювенальне право», у конструкті ювенального права виходить насамперед з потреб судової практики, левову частку своєї книги присвятивши питанням ювенальної юстиції [12]. Варто відзначити, що у США ювенальне право входить до переліку навчальних дисциплін у багатьох правничих школах і знову-таки це викликано потребами юридичної практики, адже щороку близько 800 тис. юних американців постають перед судом і, відповідно, потребують професійної правничої допомоги. Поряд з ювенальним правом у США формується така сфера правового регулювання, як дитяче право (Child Law). Дитячі кодекси у США включають матеріальноправові, організаційно-правові та процесуально-правові інститути, зміст яких охоплює регулювання ситуацій, коли дитина перебуває в екстремальних умовах (сирітство, занедбаність, домашнє насильство тощо).

Структура і зміст ювенального права є вельми варіативними навіть у межах однієї правової сім'ї. Так, у США ювенальне право розглядається і як право дітей і молодих дорослих (такою є, судячи з підручника, що вже цитувався, думка М. Гарднера), і як право, пов'язане з проблемами дітей у конфлікті із законом і дітей, що стали жертвами нехтування батьківськими обов'язками, жорстокого поводження або інших правопорушень [11, p. XX]. Австрійська правова доктрина формально розрізняє дитяче та юнацьке право, утім відмінності між дитинством та юністю у правовому сенсі слова проводяться виключно у плані обсягу правоздатності та дієздатності суб'єкта права. Дитячо-юнацьке право (Kinder- und Jugendrecht) охоплює практично всі правові ситуації за участю дитини: становище дитини у сім'ї, включно опіку та піклування, положення щодо утримання дитини, спадкування нею майна, захист прав неповнолітніх споживачів та працівників, освітні правовідносини, адміністративні правовідносини, правову допомогу та представництво інтересів дитини тощо [13].

Ювенальне право Німеччини розглядається як правове утворення, що регулює всі відносини, пов'язані з неповнолітніми, але ювенальне кримінальне право (Jugendstrafrecht) розглядається водночас і як інститут кримінального права. Причому останнє також максимально «вбудоване» в ювенальну політику держави [14, с. 8, 75]. Норми ювенального права дослідники вбачають також в Основному Законі держави, Цивільному кодексі, Кодексі соціального законодавства, Кримінальному кодексі [15, с. 1].

У пострадянських країнах існують як прихильники, так і супротивники виокремлення галузі ювенального права. Так, А.М. Рабец визначає ювенальне право як складний комплексний функціональний міжгалузевий правовий інститут [16, с. 52]. Л.Ю. Голишева визначає ювенальне право як систему юридичних норм, що формується як галузь [17, с. 20–21], В.Л. Кулапов уважає, що на сучасному етапі ювенальне право являє собою законодавчий масив [18, с. 59–67], деякі дослідники обстоюють комплексний характер галузі ювенального права [19; 20]. Так, на думку Р.М. Дудник, різноманітні відносини, пов'язані з дітьми, не можуть вирішуватися в межах якоїсь конкретної галузі права, оскільки включають у себе значний спектр відносин, належна реалізація яких може бути забезпечена виключно застосуванням комплексного підходу до їх регулювання [20, с. 5].

Питання про місце ювенального права у системі права пострадянських країн є невіддільним від вирішення загальнотеоретичного питання про критерії розмежування галузей права. У вітчизняній юриспруденції превалює теза про визначальну роль предмета та методу правового регулювання у структуризації системи права. Притому спостерігається відхід від жорсткої детермінації структури суспільними відносинами. Автори одного з новітніх підручників з теорії права вказують на об'єктивно-суб'єктивну зумовленість формування системи права, зокрема, на роль у цьому процесі правової доктрини, розсуду законодавця тощо [21, с. 165–166].

Предмет правового регулювання, що здебільшого визначається як основний (матеріальний) критерій розмежування галузей права, давно піддається критиці науковцями. Традиційно під предметом правового регулювання розуміють суспільні відносини, упорядкування яких можливе і водночас доречне саме за допомогою юридичних засобів і способів [22, с. 97]. Але, по-перше, в реальності правове регулювання поширюється не тільки

на суспільні відносини, але й на інші акти поведінки суб'єктів права. Як відзначає А.В. Поляков, право впливає на поведінку і регулює поведінку людини, яка лежить в основі суспільних відносин [23, с. 612]. Додамо, що право регулює також поведінкові акти за межами суспільних відносин (такими, наприклад, є утримання від вчинення заборонених дій), а також моделює явища, наприклад юридичні стани, та впорядкує процеси.

По-друге, постає цілком слушне питання про те, якій таксономічній одиниці відповідає властивість однорідності – сфері, виду, групі суспільних відносин? Загальноприйнята у соціальній науці ієрархія таксономічних одиниць суспільних відносин включає п'ять рівнів (рід, вид, підвид, відносини, соціальний зв'язок), а максимальна кількість відповідних підрозділів права – шість (галузь–підгалузь–інститут–субінститут–норма–веління) [24, с. 55, 58]. Зазначимо мимохідь, що і сам термін «однорідний» є явно невдалим, оскільки він використовується і для визначення предмета правового регулювання правового інституту. Саме тому для позначення відносин, що регулюються галуззю права, пропонуємо використовувати більш широкий за обсягом термін «однотипний».

По-третє, незадовільність однорідних суспільних відносин як головного критерію виокремлення галузі права є очевидною й тому, що сама категорія однорідності належить у кращому разі до розряду дискусійних. Свого часу ще Р.З. Лівшиць цілком слушно зауважував, що неможливо виявити предмет правового регулювання (однорідні суспільні відносини), якому відповідає одна-єдина галузь права [25, с. 121] (наприклад, і цивільне право, і сімейне регулюють і майнові, і особисті немайнові відносини).

Новий образ предмета правового регулювання запропонував О.І. Ющик. На його думку, основою утворення тієї чи іншої галузі права є певне коло вихідних прав, визначених диспозиціями відповідних юридичних норм. Попри очевидну оригінальність і цієї позиції, це визначення критерія галузевого поділу права теж містить оціночне і тому малопродуктивне поняття «певне коло вихідних прав». Яке коло є «певним»? Що об'єднує «відповідні юридичні норми»? Ці питання автор залишає без точної відповіді, натомість пропонуючи ще одне оціночне поняття узагальненої (родової) форми, що виступає як конституційне, сімейне, земельне та ін. право [26, с. 26–27].

Отже, критерій предмета правового регулювання (або, за О.І. Ющиком, предмета у правовому регулюванні) є не вповні задовільним для галузевої диференціації системи права, принаймні, якщо він використовується як його єдиний або ж центральний елемент.

Більшість ювеналістів усе ж використовують цей традиційний критерій галузеутворення. Так, предмет регулювання ювенального права визначається ними таким чином: це умови та порядок забезпечення належного статусу дитини у відносинах, так чи інакше врегульованих різними галузями права, в яких дитині як їх учасникові протистоять дорослі, а також форми та порядок юридичної відповідальності неповнолітніх у руслі відносин, пов'язаних зі становленням і функціонуванням системи ювенальної юстиції [27, с. 79; 28, с. 20–21]. Більш вузькі визначення предмета ювенального права включають суспільні відносини, що виникають у процесі регулювання в основному майнових та особистих немайнових відносин, де однією зі сторін безпосередньо або через представників виступає неповнолітній [17, с. 21], або навіть як інтереси неповнолітніх [29]. І, нарешті, одне з трактувань ювенального права визначає його предмет як різні сторони відносин, суб'єктом яких є неповнолітні особи [30, с. 75]. Отже, наявною є суттєва розбіжність у визначенні предмета правового регулювання ювенального права.

У загальнотеоретичній юриспруденції існує започаткований у ході другої дискусії про систему радянського права підхід, згідно з яким визначальним критерієм розмежування галузей права є метод правового регулювання, що визначається як підхід до впорядкування певної сфери суспільних відносин, що зумовлює використання того чи іншого специфічного комплексу юридичних засобів [21, с. 139]. Проблема постає, коли йдеться про номенклатуру методів правового регулювання.

Не можна не погодитись з висновком Д.Є. Петрова, що відображення специфіки галузей не може бути охарактеризоване відносно простими (первинними, елементарними) методами – імперативним, диспозитивним, заохочувальним або рекомендаційним правовим регулюванням [2, с. 32]. Ця бідність арсеналу методів правового регулювання (як правило, всі вони можуть бути редуковані до імперативного та диспозитивного) викликала до життя розуміння розробленого ще за радянських часів, в основному зусиллями О.М. Вітченка, галузевого методу

правового регулювання, структуру якого становлять узяті у сукупності правові засоби, що встановлюють [31, с. 57–60]:

1) правове становище суб'єктів у сфері регульованих відносин. Воно характеризується встановленням правового зв'язку суб'єктів з державою і з регульованими відносинами. Це досягається шляхом закріплення за ними загальної та спеціальної правоздатності;

2) юридичний факт як підстава виникнення, зміни або припинення правовідносин. Для кожної галузі права властиві тільки свої юридичні факти;

3) прийоми формування суб'єктивних прав та юридичних обов'язків, закріплені в диспозиціях норм права, що визначають різний характер взаємозв'язків між суб'єктами;

4) прийоми захисту суб'єктивних прав та забезпечення юридичних обов'язків. Крім того, на думку О.М. Вітченка, має значення те, кому належить ініціатива застосування захисних заходів.

Видається, що структура галузевого методу правового регулювання, попри те, що проти кожного з її елементів не можна висунути заперечень, знов-таки не може виступати задовільним критерієм розмежування галузей права, оскільки правове становище суб'єктів – це, скоріше, предмет-результат, а не складник методу галузевого розмежування, що стосується другого, третього та четвертого елементу, то вони можуть співпадати у різних галузях. Так, один і той же юридичний факт може перебувати у сфері впливу різних галузей, а прийоми захисту суб'єктивних прав та забезпечення юридичних обов'язків у багатьох галузях права є майже ідентичними.

Незважаючи на явну незадовільність методу правового регулювання як критерія виокремлення галузі права, ювеналісти все ж таки користуються ним, очевидно, не маючи кращого інструментарію. Дихотомія імперативного/диспозитивного методів правового регулювання була використана Н.Є. Борисовою [27, с. 81–82], Л.Ю. Голишевою [17, с. 24], О.В. Заряєвим та В.Д. Малковим [28, с. 23] для характеристики методу ювенального права, причому була висловлена одностайна думка про наявність елементів обох методів у методі правового регулювання цієї галузі. Але, як слушно зазначає С.П. Маврін, система цих антагоністичних методів здатна відносно добре «працювати» у сфері вельми обмеженого числа так званих «основних», або

«профілюючих», галузей права, до яких з певними застереженнями відносять цивільне, кримінальне та адміністративне право. Проте вона мало придатна до тих галузей, предмети яких носять комплексний характер [32, с. 208], що повною мірою стосується ювенального права. Разом із тим важко погодитись із пропонованою С.П. Мавріним відмовою від визначення методу правового регулювання як характеристики галузі права. На нашу думку, його можливості ще не вичерпані.

Традиційно предмет правового регулювання трактувався як головний фактор галузеутворення, а метод правового регулювання – як допоміжний, як такий, що визначається предметом. Між тим очевидно, що така залежність є явною лише у небагатьох галузях (кримінальній, адміністративній, цивільній), чому видається виправданою, хоча й не зовсім послідовно проведеною, спроба Д.М. Лук'янця відійти від цієї жорсткої зв'язки і систематизувати галузі національного права по різних критеріях: в одних головним фактором виступає предмет, в інших – метод правового регулювання [33, с. 3–6].

Невипадково спроба обмежитись лише предметом та методом правового регулювання привела В.І. Абрамова до висновку про відсутність підстав для виділення ювенального права як окремої галузі права і обґрунтування його як комплексної галузі законодавства Росії [34, с. 15, 29].

Останніми роками популярним критерієм галузевого поділу системи права називають правовий режим. М.В. Сильченко вказує, що в реальності існує стільки самостійних галузей права, скільки реально відокремилось правових режимів [24, с. 63]. Правовий режим як критерій розмежування галузей права пропонує використовувати Р.М. Дудник [5, с. 10]. Але що являє собою правовий режим? Це ще одна дискусійна загальнотеоретична конструкція.

У загальних рисах правовий режим визначається С.С. Алєксєєвим як порядок регулювання, що виражений у різноманітному комплексі правових засобів, які характеризують особливе сполучення взаємодіючих між собою дозволів, заборон, а також позитивних зобов'язань та створюючих особливу спрямованість регулювання [35, с. 373]. Оціночний і певною мірою навіть розпливчастий характер цього визначення не дає можливості застосовувати правовий режим у такому розумінні, як науковий критерій розмежування галузей права. На думку М.В. Сильченка, правовий режим є результатом взаємодії

предмета та методу правового регулювання, впливу держави шляхом юридичних засобів та прийомів на суспільні відносини [24, с. 62], інакше кажучи, правовий режим знов-таки конструюється через не вповні задовільні категорії предмета та методу правового регулювання. Й останні теоретичні розвідки щодо поняття «правовий режим» не надто прояснили його зміст [36; 37], демонструючи все те ж «подвоєння сутностей», чого, як відомо з часів Вільяма Оккама, слід уникати.

На нашу думку, диференціація об'єктивного права на конкретні підрозділи, формування нових галузей та інститутів права залежить не стільки від наявності чи виникнення нового предмета правового регулювання, скільки від виникнення та усвідомлення соціальної потреби, суспільного інтересу у врегулюванні знов виниклих специфічних суспільних явищ, процесів, відносин або зміні пріоритетів у врегулюванні вже наявних. Ювенальне право чи, точніше, його історія, якраз дає тому вражаючі приклади. Так, відносини та процеси, учасниками яких були діти, існують з часів конституювання людини як соціальної істоти. Але норми та інститути захисту прав дитини і самі права дитини оформились порівняно недавно.

2. Критерії ювенального галузеутворення

На нашу думку, по-перше, система підстав для виокремлення галузі права має включати як об'єктивні, так і суб'єктивні компоненти. По-друге, підхід до вивчення критеріїв галузевого розмежування має бути вироблений з урахуванням сучасної методології. Зокрема, із позицій принципу додатковості та синергетичного підходу до права право може розглядатись як багатоаспектна, поліджерельна, нерівноважна, відкрита та незавершена соціорегулятивна система, яка перебуває у процесі постійного формування та еволюції відповідно до чинних у суспільстві нелінійних законів та механізмів відбору. З урахуванням синергетичного підходу до системи права та її галузевої структури завданням юридичної науки стає не тільки констатація існування усталених у процесі правової історії людства галузей права та намагання винайти критерії для їхнього розмежування, але й прогнозування та обґрунтування напрямів удосконалення системи права, в тому числі й шляхом створення наукових концепцій нових галузей права на основі пізнання суспільних потреб в їхньому існуванні, формулювання принципів галузей права.

Слушною видається пропозиція М.В. Разуваєва щодо застосування аксіологічного (прагматичного) підходу як критерію розмежування галузей права, зважаючи на те, що «своєрідність будь-якої галузі права в числі іншого виявляється і в тому, що кожній з них належить свій набір найважливіших юридичних цінностей в якісно своєрідному співвідношенні» [38, с. 54]. Безпосередню конкретизацію та формально юридичний вираз правові цінності, як правило, отримують у принципах права.

Підсумовуючи міркування щодо вироблення критеріїв галузевого розмежування у системі права України, слід визнати, що єдино можливим варіантом може бути застосування комплексного критерію, що включає:

– виявлені та проаналізовані наукою об'єктивно наявні суспільні потреби у галузевому правовому регулюванні, інакше кажучи, явно виражений, науково узагальнений і підтриманий державно-політичною волею суспільний інтерес;

– сферу та предмет правового регулювання. За всієї неоднозначності цих критеріїв галузевого поділу, на нашу думку, відмовлятися від них не варто, насамперед через те, що інакше втрачається самий сенс існування права, яке покликане регулювати суспільно значущу поведінку людей;

– цінності, що визнаються, утверджуються та охороняються галуззю;

– мету та функції правового регулювання;

– специфіку правового впливу, а саме співвідношення методів та способів правового регулювання (дозволів, зобов'язань, заборон, пільг, заохочень, рекомендацій), специфіку юридичної відповідальності;

– наявність нормативного матеріалу, який потребує систематизації. Тенденцію до уніфікації, зведення нормативно-правових актів, що регулюють відносини за участю дітей, в єдині, комплексні джерела В.В. Кулапов вважає ще однією підставою виокремлення ювенального права [18, с. 63].

Натепер наявність ювенального компонента у структурі та життєдіяльності громадянського суспільства, яке, за визначенням, є суспільством стратифікованим, очевидна. Діти та молодь становлять особливі соціально-демографічні групи (страти), від характеру соціалізації, виховання і освіти, соціальної активності яких прямо залежить майбутнє будь-якого суспільства та державності.

У науковій літературі поняття предмета та сфери правового регулювання нерідко ототожнюються, виступаючи як матеріальний критерій для розмежування галузей права [39, с. 232–234]. На нашу думку, ці поняття слід розрізняти. Під сферою правового регулювання ми розуміємо коло станів, суспільних відносин та актів соціально значущої поведінки, які можуть і повинні регулюватися правом. Це – соціальний контекст, соціальне середовище права. До сфери правового регулювання включаються як відносини та односторонні акти поведінки, що вже врегульовані правом, так і ті, які ще не врегульовані, але за об'єктивних причин підлягають врегулюванню. Предмет правового регулювання – це суспільні відносини та інші акти поведінки, стани, що вже врегульовані нормами права. Таким чином, предмет та сфера правового регулювання співвідносяться як частина та ціле.

З урахуванням вищезазначеного предмет регулювання ювенального права України становлять: різноманітні за характером та метою суспільні відносини та поведінкові акти за безпосередньою або опосередкованою представництвом участю дитини; статуси (стани), носієм яких є дитина (докладніше у нашій статті) [40]; відносини, пов'язані зі створенням та функціонуванням ювенальних установ держави, місцевого самоврядування та інституцій громадянського суспільства.

Ціннісний критерій ювенального галузеутворення полягає у сприйнятті та визнанні дитинства як правової цінності. На нашу думку, утилітаристське ставлення до дітей у досучасних та традиційних суспільствах (як символу продовження роду та спадкоємців родового майна або як соціального страхування на майбутнє) не дає можливості віднести дитинство до числа універсальних цінностей у часовому та просторовому вимірі [41, с. 87], утім слід позначити тенденцію до універсалізації цінності дитинства у сучасних державно організованих суспільствах, зважаючи на ратифікацію Конвенції про права дитини всіма країнами світу. Цінність дитинства зумовлена унікальними властивостями дитини, якими є: вразливість, енергійність, сподівання, допитливість [42]. Невинність, вразливість та залежність дітей від світу дорослих зумовлює особливий суб'єктний контекст цінності дитинства, що у правовій площині означає зобов'язання з боку державно організованого суспільства дати посилений захист гідності та правам дитини. Людська гідність дитини (докладніше

у нашій статті) [43] є, на нашу думку, орієнтиром ювенального правоутворення та правозастосування.

Одним з компонентів критерію виокремлення нової галузі права має стати телеологічний підхід, а саме постановка мети правового регулювання та вирішення питання про способи її досягнення. З цих позицій диференціація позитивного права на конкретні підрозділи, формування нових галузей та інститутів права залежить не стільки від суспільного устрою та волі держави, скільки від виникнення та усвідомлення соціальної потреби, інтересу у врегулюванні знов виниклих специфічних суспільних відносин, процесів, актів поведінки. Думається, для визначення актуальності того чи іншого інтересу варто використати категорію соціального виклику (challenge). Автори недавнього загальноєвропейського дослідження думки дітей щодо їхніх прав узагальнили наявність таких сучасних викликів для дітей, як: насильство щодо дітей; дружня до дитини юстиція; участь дітей у вирішенні питань, які їх стосуються; права дітей в інституціях опіки та піклування; освіта; дискримінація; бідність [44, с. 4]. Саме у відповідь цим викликам побудована Стратегія Ради Європи, яка визначила п'ять пріоритетів у цій сфері на період 2016–2021 року: 1. Рівні можливості для всіх дітей. 2. Участь всіх дітей. 3. Життя, вільне від насильства, для всіх дітей. 4. Правосуддя, доброзичливе до всіх дітей. 5. Права дитини в цифровому середовищі [45]. Поняття «рівні можливості» Стратегією визначається в дусі Конвенції про права дитини як право кожної дитини на рівень життя, необхідний для фізичного, розумового, духовного, морального і соціального розвитку дитини, гарантіями чого є забезпечення державами-членами Ради Європи належного соціального, правового та економічного захисту.

Крім телеологічного критерію для відмежування галузі ювенального права, пропонується пов'язаний з ним функціональний підхід, сутність якого полягає у виявленні особливостей функцій галузі. Специфіка ювенального права полягає в тому, що в ньому поряд із традиційними регулятивною та охоронною функціями чільне місце посідають відновна, субсидіарна та компенсаційна функції. Відновна функція ювенального права яскраво проявляється у конструюванні норм та процедур, пов'язаних з реагуванням на ювенальну делінквентність та з юридичною відповідальністю дитини. Так, наприклад, законопроєкт «Про юстицію, дружню до дитини» містить положення

щодо відновного підходу до дитини-правопорушника: «Відновний підхід у юстиції, дружній до дитини, передбачає впровадження відновного примирення (медіації) та застосування інших відновних заходів, передбачених цим Законом, до дітей, які перебувають у конфлікті із законом, а також пріоритетність некарального реагування на правопорушення дітей» [46]. Субсидіарна функція ювенального права проявляється у «доповненні» дієздатності дитини дорослими її представниками у тих випадках, коли вона сама не може реалізувати повною мірою свої права або виконати обов'язки. Нарешті, компенсаційна функція ювенального права полягає в особливих правових засобах відновлення прав дитини та відшкодування завданої їй шкоди. Відзначимо, що навіть дитина-правопорушник розглядається сучасним ювенальним правом як особа, яка потребує захисту та допомоги. Так, наприклад, одним з принципових положень ювенальної юстиції є гарантування дитині-правопорушнику права на освіту, професійну підготовку, працевлаштування, реабілітацію та реінтеграцію [47, п. 82].

Загальноправові імперативний та диспозитивний методи правового регулювання, прийоми правового регулювання (дозвіл, зобов'язання, заборона, пільги, заохочення, обмеження) в ювенальному праві мають свою специфіку, передусім у наявності спеціальних дозволів, заборон, обмежень тощо. Імперативний метод правового регулювання переважає у нормативному матеріалі галузі, зверненому до суб'єктів, зобов'язаних піклуватися про виживання, розвиток та благополуччя дитини, – батьків, медичних та освітніх установ, державних та муніципальних органів, які мають опікуватись дітьми. Диспозитивний нормативний масив ювенального права шляхом дозволів дає широкі можливості дитині для реалізації її прав, свобод та інтересів. Відзначимо наявність у ювенальному праві специфічних дозволів. Так, наприклад, міжнародні стандарти прав дитини встановлюють право дитини на гру. Прийом встановлення спеціальних обмежень та заборон, по-перше, відстороняє дитину від певних видів поведінки, дозволених дорослому (наприклад, вступ до політичної партії), по-друге, захищає дитину від певних дій з боку дорослого (наприклад, продаж дітям тютюнових виробів та спиртних напоїв). Прийом надання пільг забезпечує дитині отримання державної допомоги у різноманітних формах (пільговий проїзд у транспорті, грошова допомога тощо). Нарешті, специфіка цілей та засобів застосо-

вуваних до дитини примусових заходів дозволяє зробити висновок про поступове формування окремого виду юридичної відповідальності – ювенальної відповідальності (заходів виховного впливу – за вчинення адміністративного правопорушення, примусових заходів виховного характеру – за вчинення кримінального правопорушення тощо).

З позицій інформаційного підходу до права масив законодавчих актів та інших формальних джерел права, які діють в Україні, являє собою великий слабо структурований масив правових норм, що потребує систематизації. Натепер чинними є десятки законів, сотні підзаконних актів, які містять чималу кількість ювенально-правових норм. На нашу думку, нинішній обсяг ювенального законодавства в Україні (тобто кількість нормативно-правових актів) перебуває на стадії завершення формування галузі ювенального права.

3. Система ювенального права України

Ювенальне право України є відносно самостійною системою правових норм, спрямованих на забезпечення виживання, розвиток та захист прав, свобод та інтересів дитини. У системі українського права воно є галуззю права, яка включає матеріальні, процесуальні та організаційно-правові інститути, що закріплюють особливий статус дитини як суб'єкта права, регулюють відносини, одним з учасників (безпосереднім або через представника) яких є дитина, встановлюють компетенції інших суб'єктів права, зобов'язаних опікуватись справами дітей.

Подібно до інших галузей права України структурними елементами ювенального права є норми права, інститути та субінститути права.

Первинним елементом галузі ювенального права є правова норма. Ювенальне право України містить різноманітні за своїми характеристиками правові норми. Зокрема, такими є спеціалізовані норми:

– норми-принципи, що відображені в Конвенції про права дитини, Конституції України, Законі «Про охорону дитинства» (принцип пріоритетності прав дитини, принцип рівності дітей, принцип пріоритетності сімейних форм виховання дитини, принцип протекціонізму та ін.);

– норми-дефініції (такими, наприклад, є дефініції понять «дитина», «дитинство», «малолітній», «неповнолітній» тощо);

– норми-презумпції (наприклад, неспростовна презумпція неосудності дитини, яка не досягла віку настання кримінальної відповідальності);

– норми-фікції (наприклад, правовий статус усиновленої дитини вважається однаковим з правовим статусом біологічної дитини усиновлювача, усиновлений трактується правом як рідна дитина).

Різноманітною є палітра конкретних норм ювенального права. Не підлягає сумніву факт наявності імперативних та диспозитивних норм у системі ювенального права. Імперативні правові норми закріплюють невід'ємне право дитини на життя, право на захист від насильства, експлуатації, в тому числі від найгірших видів дитячої праці. За допомогою імперативних приписів встановлюються обов'язки батьків, осіб, які їх замінюють, держави, інших суб'єктів, які піклуються про дитину. Диспозитивні правові норми надають право дитині діяти на власний розсуд. Так, зокрема, діти, які досягли 16-річного віку, мають право займатися підприємницькою діяльністю, можуть бути членами селянського (фермерського) господарства в порядку, встановленому законом (ст. 22 Закону України «Про охорону дитинства») [48].

Залежно від характеру правового припису, що міститься в нормі, розрізняють дозвільні, зобов'язуючі та заборонні норми. Дозвільні норми ювенального права надають право дитині для реалізації її прав (на виховання у сім'ї, на житло, майно тощо), свобод (вільне висловлювання та отримання інформації та ін.) та інтересів. Зобов'язуючі норми ювенального права звернені в основному до суб'єктів, зобов'язаних піклуватися про виживання, розвиток та благополуччя дитини, якими є батьки, особи, що їх замінюють, медичні та освітні установи, державні та муніципальні органи, що мають опікуватись дітьми. Але й дитина зобов'язана виконувати низку належних юридичних дій, серед яких особливо підкреслимо конституційний обов'язок отримати повну середню освіту. Для ювенального права специфічним є прийом встановлення спеціальних обмежень та заборон, тобто недопущення дій, які є дозволеними, хоча, можливо, й не рекомендованими для дорослих. Заборонні норми, по-перше, відстороняють дитину від певних видів поведінки, дозволених дорослому (наприклад, вступ до політичної партії), по-друге, захищають дитину від певних дій з боку дорослого (наприклад, продаж дітям тютюнових виробів та спиртних напоїв).

Норми ювенального права, як правило, носять спеціальний характер. Їхні приписи адресовані або дітям, або індивідуальним та колективним суб'єктам, які покликані піклуватися про дитини (батьки, особи, що їх замінюють, державні та недержавні установи та організації, які працюють з дітьми, їхні посадові особи).

За функціональною спрямованістю в ювенальному праві України переважають регулятивні норми, які встановлюють права та обов'язки осіб. Ювенальне право, яке є сучасним у тому сенсі, що сформувалось як галузь порівняно недавно, повною мірою відображає загальну тенденцію у розвитку права, що полягає у поступовому витісненні репресивно-каральних засобів відновно-реституційними. Саме тому навіть охоронні за своїм характером норми, які встановлюють заходи кримінальної відповідальності щодо неповнолітніх, мають не тільки каральний, але й відновний ефект.

І, нарешті, за місцем у механізмі ювенально-правового регулювання розрізняють матеріальні, процесуальні та організаційні норми. Матеріально-правові норми встановлюють права та обов'язки адресатів, а процесуальні – порядок реалізації норм матеріального права, зокрема, такі норми визначають порядок влаштування дітей, які залишились без батьківського піклування, кримінально-процесуальний порядок розгляду справ про злочини неповнолітніх. Організаційні норми ювенального права є нормативною підставою для формування органів та служб у справах дітей, спеціальних установ для дітей.

У галузі ювенального права виділяються загальна, особлива і спеціальна частини. До загальної частини входять інститути та норми, дія яких поширюється на всі регульовані галуззю відносини, стани, акти поведінки. Так чи інше вони знаходять прояв у всіх підгалузях та інститутах особливої та спеціальної частини, які конкретизують норми загальної частини щодо статусу окремих груп суб'єктів ювенального права, окремих груп ювенально-правових відносин тощо.

Загальна частина ювенального права представлена нормами, які визначають мету та завдання ювенально-правового регулювання, принципи ювенального права, коло суб'єктів та юридичних фактів ювенального права. Так, Закон України «Про охорону дитинства» визначає своєю метою забезпечення реалізації прав дитини на життя, охорону здоров'я, освіту, соціальний захист та всебічний розвиток, а завданням – розширення соціально-правових гарантій

дітей, забезпечення фізичного, інтелектуального, культурного розвитку молодого покоління, створення соціально-економічних і правових інститутів з метою захисту прав та законних інтересів дитини в Україні (ч. 2 ст. 2) [48].

До кола суб'єктів ювенального права належать діти, їхні батьки та особи, що їх замінюють, органи та служби у справах дітей, спеціальні установи для дітей, заклади освіти, посадові та службові особи вказаних інституцій, громадські організації, які опікуються дітьми.

Серед юридичних фактів, встановлюваних загальною частиною ювенального права, центральним є факт-стан дитинства, який визначається Законом України «Про охорону дитинства» як період розвитку людини до досягнення повноліття (ст. 1) [48]. Крім того, мають ключове, галузеутворююче значення такі юридичні факти:

– факти-події – народження дитини, досягнення віку неповної дієздатності, досягнення повноліття;

– факти-дії – реєстрація народження дитини, усиновлення дитини, встановлення опіки/піклування над дитиною, взяття на облік безпритульної дитини, дитини, що потрапила у складну життєву ситуацію, або дитини, схильної до асоціальної поведінки, поновлення документів безпритульної дитини, вчинення дитиною правопорушення, притягнення дитини як підозрюваного/обвинуваченого у скоєнні злочину.

Особливістю загальної частини ювенального права є велика кількість дефінітивних норм. Зокрема, в Україні, як і в багатьох інших країнах, законодавчо визначені поняття дитини, дитинства, охорони дитинства, дитини-сироти, безпритульної дитини, дитини, позбавленої батьківського піклування, тощо.

Особлива частина ювенального права має складну багаторівневу структуру (підгалузь–інститут–субінститут–правові норми), в якій можна виокремити:

1) підгалузь ювенального матеріального права, що включає:

– інститут прав дитини, що включає субінститути загальних прав і свобод дитини та ювенальних (спеціальних) прав і свобод дитини;

– інститут обов'язків дитини, що включає субінститути загальних обов'язків дитини та ювенальних (спеціальних) обов'язків дитини;

– інститут юридичної відповідальності дитини, що включає субінститути цивільно-правової, дисциплінарної, адміністративної,

кримінальної відповідальності. Відзначимо, що специфіка цілей та засобів застосовуваних до дитини заходів дозволяє зробити висновок про поступове формування окремого виду юридичної відповідальності – ювенальної відповідальності [49; 50];

– інститут державної допомоги сім'ям з дітьми;

– інститут захисту прав дитини в несприятливих умовах та екстремальних ситуаціях, який включає субінститути: утримання і виховання дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, та безпритульних дітей; захисту прав дітей-інвалідів та дітей з вадами розумового або фізичного розвитку; захисту дітей, які постраждали внаслідок стихійного лиха, техногенних аварій, катастроф; державної допомоги дітям, ураженим ВІЛ-інфекцією, та дітям, хворим на інші невиліковні та тяжкі хвороби;

– інститут відповідальності за порушення норм ювенального законодавства, який включає субінститути сімейної, дисциплінарної, адміністративної та кримінальної відповідальності суб'єктів, зобов'язаних піклуватись про дитину.

2) підгалузь ювенального процесуального права, що включає:

– інститут ювенальних кримінально-процесуальних відносин,

– інститут ювенальних цивільно-процесуальних відносин;

– інститут ювенальних кримінально-виконавчих відносин із субінститутом виконання примусових заходів виховного характеру.

У перспективі ця підгалузь має бути реформована та доповнена інститутом відновного правосуддя щодо дитини-правопорушника;

3) підгалузь ювенального організаційного права, яка включає інститути:

– державних та муніципальних органів та служб у справах дітей;

– спеціальних установ для дітей.

До спеціальної частини ювенального права належать міжнародно-правові норми, якими встановлюються особливості міжнародного усиновлення, спілкування дітей з батьками, які проживають у різних державах, повернення дітей з-за кордону тощо.

Важливим питанням є визначення місця ювенального права у системі права України.

Традиційним з часів римського права є поділ його на публічне та приватне право, які становлять відносно автономні спільності. Критеріями розмежування публічного та приватного права

визнаються матеріальні (поділ права на підставі охоронюваних інтересів – публічних чи приватних, за предметом правового регулювання – майнових чи немайнових відносин); формальних (розподіл за ініціаторами і порядком порушених прав та за обов'язковістю правових норм) [21, с. 169] або поєднання матеріальних та формальних критеріїв [22, с. 145].

На нашу думку, основний сенс розмежування приватного і публічного права полягав у встановленні юридичних кордонів між громадянським суспільством та державою, в обмеженні вторгнення держави у сферу майнових та інших інтересів індивідів та їхніх об'єднань, у приборканні сваволі держави щодо індивіда. Держава у сфері приватних справ громадянського суспільства повинна була виступати лише в ролі арбітра та надійного захисника прав і законних інтересів учасників цивільного обороту. Видається, що в демократичній правовій державі дихотомні конструкції протилежностей на кшталт «індивід–суспільство», «громадянське суспільство–держава» певною мірою утратили свою актуальність:

– по-перше, через очевидну неплодотворність конфронтації вказаних суб'єктів у складних умовах сучасного глобалізованого світу, який, незважаючи на очевидні труднощі, переходить на формат діалогу цивілізацій, державно організованих суспільств, соціальних груп та етнічних спільнот;

– по-друге, через зростаюче втручання суспільства та держави до приватної сфери життя індивіда (наприклад, для попередження насильства у сім'ї, для забезпечення ґендерної рівності, захисту прав дитини тощо). У цьому вторгненні держави у приватне життя, як це, можливо, не дивно, зацікавлений, передусім індивід, якщо це слабкий, вразливий, беззахисний індивід. Адже не тільки держава може стояти на перешкоді задоволення законних інтересів індивіда, таку ж «роль» може виконувати й інший індивід;

– по-третє, через передачу державою частини своїх повноважень інституціям громадянського суспільства. Зокрема, в розвинутих правових системах ми бачимо участь неурядових організацій, місцевих громад та наукової спільноти у виробленні ювенальної політики держави, у здійсненні соціальної роботи з дітьми та молоддю, нарешті, у виконанні кримінальних покарань та примусових виховних заходів щодо дітей-правопорушників;

– по-четверте, через кардинальні зміни сутності сучасної держави, яка все більше набуває характеру соціальної. У зв'язку із цим межа між громадянським суспільством та державою, індивідом та спільнотою хоча й не зникає, але набуває принципово іншого виміру. Тому, на нашу думку, до інститутів громадянського суспільства належать усі об'єднання індивідів від сім'ї до політичних партій і навіть певною мірою інституції правової держави. Ми можемо констатувати поступове формування співпраці державних інститутів та інститутів громадянського суспільства на принципах соціального партнерства. Зазначимо, що повною мірою ідеологія соціального партнерства є підґрунтям політики держави та суспільства в ювенальній сфері.

Зняття протилежності «громадянське суспільство–держава» у правовій сфері проявляється у принциповій зміні співвідношення публічного та приватного права, яке, по-перше, втрачає властиву йому дихотомію і набуває якостей складного діалектичного сполучення приватних та публічних засад у кожній галузі сучасного права, по-друге, на межі публічного та приватного права переживає своє становлення третя правова спільність, яка, на думку О.Ф. Скакун, може бути названа як «соціальне право» [51, с. 362]. Утім варто відзначити, що в національній юриспруденції цим поняттям охоплюються, як видається, тільки трудове право та право соціального забезпечення.

Ювенальне право, як, можливо, жодна інша галузь сучасного українського права відзначається поєднанням публічних та приватних засад та засобів правового регулювання.

По-перше, сфера ювенально-правового регулювання, передусім, включає інтереси дитини, але при цьому, як було показане вище, забезпечення інтересів кожної дитини у сучасному світі набуло характеру глобальної мети людства. Благополуччя дітей, залишившись переважно у сфері сімейних, тобто приватних, справ, стало предметом турботи з боку держави, суспільства та міжнародної спільноти.

По-друге, імперативність норм ювенального права проявляється в тому, що стосується пріоритетності прав дитини і сполучається при цьому з диспозитивністю способів їх захисту. Так, наприклад, українське ювенальне право містить віяло способів влаштування дитини, яка залишилась без батьківського піклування: усиновлення, передачу під опіку або піклування до прийомної сім'ї, до дитячого будинку сімейного типу тощо.

Можливо, найбільш яскравою сполукою імперативності та диспозитивності є ювенальне кримінальне право. Імперативне за своєю сутністю кримінальне право в інституті особливостей кримінальної відповідальності неповнолітніх набуває суто диспозитивних рис, що проявляється у правових можливостях замінити кримінальну відповідальність та кримінальне покарання альтернативними способами реагування на ювенальну делінквентність. Ними є звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням з потерпілим або дієвим каяттям, примусові заходи виховного характеру, призначення покарання з випробуванням тощо. Додамо, що альтернативні (некаральні) способи реагування на ювенальну делінквентність ще більшою мірою властиві країнам з розвинутими системами ювенальної юстиції, особливо в її відновній парадигмі (Нідерланди, Нова Зеландія [52, с. 84–85, 108–110]). Для них не є дивним недержавний пенітенціарний заклад, дитячий (шкільний) суд, залучення громади або традиційних племінних структур до здійснення кримінально-правового впливу на ювенальну делінквентність.

По-третє, ініціатором захисту порушених прав та інтересів дитини можуть виступати як приватні, так і публічні суб'єкти права: сама дитина, її батьки або особи, які їх заміняють, державні органи (служби у справах дітей), посадові особи (прокурор), громадські організації, що опікуються дітьми.

На нашу думку, для термінологічного позначення нової правової спільності, яка формується на межі приватного та публічного права з одночасним зняттям їхнього антагонізму, є найбільш придатним термін «соцієтальне право». Термін «соцієтальний» використовується Т. Парсонсом [53, с. 496] щодо явищ та процесів, які стосуються сучасного суспільства загалом. Сучасними є суспільства, в яких диференціація зайшла так далеко, що властивості індивіда, зокрема, здатність вибирати власний шлях і розсудливо судити про основи життя, презюмуються за кожним «членом суспільства». Додамо, що це стосується і дітей, які сучасним правом трактуються як автономні суб'єкти права. Соцієтальний підхід до суспільства передбачає взаємопроникнення культури та соціальності, респонсивність людини та суспільства, а не їх протиставлення, трактування громадянського суспільства як антропосоцієтальної системи.

Соцієтальне право є сполученням галузей права, які «обслуговують» життєві потреби індивідів в: ефективній безпечній праці, змістовному дозвіллі та повноцінному відпочинку, охороні здоров'я, достатньому життєвому рівні, в тому числі гідному людини рівні споживання, соціальному забезпеченні на випадок непрацездатності та ін. Реалізація цих потреб є можливою тільки у поєднанні зусиль індивідів та державно-організованого суспільства, оскільки самі ці потреби носять загальнозначущий характер, усвідомлений як соціальна цінність та соціальна необхідність. Права та інтереси дитини перебувають в одному з цими явищами ціннісному ряду: в їх реалізації зацікавлені як діти та їхні батьки, так і все суспільство. Магістральною метою ювенального права натепер є не тільки конституювання дитини як правової людини та правової особистості, що протистоїть іншим суб'єктам права, передусім, дорослим та державі, але й забезпечення правової соціалізації дитини, її включення до правового життя суспільства як рівноправного і усвідомлюючого свої права та обов'язки суб'єкта. Соцієтальність ювенального права є яскраво вираженою його рисою, що дає можливість віднести його саме до цієї правової спільності.

Формальним джерелом ювенального права України є будь-який правовий акт (міжнародний договір, закон, підзаконний акт, судове рішення), який містить норми ювенального права. Термін же «ювенальне законодавство» є, на наш погляд, більш вузьким і включає тільки різні за юридичною чинністю нормативно-правові акти (закони, підзаконні акти, міжнародні договори, ратифіковані Верховною Радою України), основний зміст яких присвячений правовому статусу дитини та суспільним або державним гарантіям його забезпечення.

Відмінність між формальним джерелом ювенального права та ювенальним законодавством полягає також у тому, що останнє є певною мірою збалансованою, а формальні джерела ювенального права – стохастичною системою з певним відсотком випадковостей, хаотичності. Ріднить же і те й інше правове явище незавершеність формування, наявність прогалин та колізій (особливо між принципами та конкретними нормами ювенального права). Зважаючи на традиції належності українського права до сім'ї континентального (романо-германського) права, ювенальне законодавство виступає як ядро системи формальних джерел ювенального права. У зв'язку із цим формальні джерела

ювенального права певною мірою відповідають трирівневій ієрархії національного законодавства: нормативно-правові акти найвищої юридичної сили, поточні законодавчі акти, підзаконні акти.

До формальних джерел ювенального права вищої юридичної чинності належить, передусім, Конституція України, ст. ст. 51, 52, 53 якої безпосередньо містять основоположні норми ювенального права.

Відповідно до ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Безпосередньо до складу ювенального законодавства належать такі міжнародні договори України, як: Конвенція ООН про права дитини 1989 р. та три факультативні протоколи до неї – Про права дитини щодо участі дітей у збройних конфліктах, Про права дитини щодо торгівлі дітьми, дитячої проституції і дитячої порнографії, Щодо процедури повідомлень; Конвенція про юрисдикцію, право, що застосовується, визнання, виконання та співробітництво щодо батьківської відповідальності та заходів захисту дітей 1996 р.; Конвенція про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей 1980 р.; Конвенція МОП № 182 про заборону та негайні заходи щодо ліквідації найгірших форм дитячої праці 1999 р. та ін. Україна ратифікувала, і відповідно, до складу ювенального законодавства увійшли такі договори європейського регіонального рівня, як: Конвенція про правовий статус дітей, народжених поза шлюбом (ETS № 85); Конвенція про визнання та виконання рішень стосовно опіки над дітьми та про поновлення опіки над дітьми (ETS № 105); Конвенція про здійснення прав дітей (ETS № 160); Конвенція про контакт з дітьми (ETS № 192); Конвенція про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства (ETS № 201); Конвенція про усиновлення дітей (переглянута).

Важливо зробити застереження про доведену практикою неможливість механічного включення міжнародних договорів України до складу національного законодавства, на основі якого приймаються юридично значущі рішення. Так, попри ратифікацію Конвенції про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства (ETS № 201) 2012 року, її положення реально не застосовувались судами та правоохоронними органами, і знадобилось вносити зміни до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів, а також до Закону

України «Про охорону дитинства» окремим законом, прийнятим лише 2021 року [54].

Прийняті 2001 р. закони України «Про охорону дитинства» та «Про соціальну роботу з дітьми та молоддю», прийнятий 1995 р. Закон «Про органи служби у справах дітей та спеціальні установи для дітей», а також низка інших поточних законів створили законодавчу базу для формування окремої галузі ювенального права. Вони є головним галузеутворюючим формальним джерелом ювенального права України. Крім того, ювенальне законодавство України становлять закони України: «Про охорону дитинства», «Про соціальну роботу з дітьми та молоддю», «Про органи і служби у справах дітей та спеціальні установи для дітей», «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування», «Про основи соціального захисту бездомних громадян і безпритульних дітей», «Про державну соціальну допомогу інвалідам з дитинства та дітям інвалідам», «Про державну допомогу сім'ям з дітьми», «Про молодіжні та дитячі громадські організації».

На наступному рівні джерел ювенального права перебувають нормативні укази Президента України, постанови Кабінету Міністрів України, відомчі нормативні акти Міністерства соціальної політики, Міністерства освіти, Міністерства внутрішніх справ та ін.

Крім того, до складу формальних джерел ювенального права України (але не складу ювенального законодавства) входять поточні закони, які містять окремі інститути або норми ювенального права, зокрема: Цивільний Кодекс України (ст. ст. 13, 14, 17, 51, 53, 456, 462, 535); Сімейний кодекс України (розділи 3, 4, 5, 6); Цивільний процесуальний кодекс України (ст. ст. 101, 116, 184); Житловий кодекс (ст. ст. 32, 46, 46-1, 114-1, 125); Кодекс законів про працю (ст. ст.187, 191, 192, 193, 194, 195); Кодекс України про адміністративні правопорушення (ст. ст. 12, 13, 24^1, 180, 184); Кримінальний кодекс України (розділ XV «Особливості кримінальної відповідальності та покарання неповнолітніх»); Кримінальний процесуальний кодекс України (Глава 38. Кримінальне провадження щодо неповнолітніх); Кримінально-виконавчий кодекс України (розділ III, глава 21. Особливості відбування покарання у вигляді позбавлення волі засудженими жінками та неповнолітніми); закони України: «Про освіту», «Про дошкільну освіту», «Про загальну середню освіту», «Про позашкільну освіту».

Отже, система джерел ювенального права є повною (у сенсі наявності всіх видів джерел права), слабко структурованою системою.

Масив законодавчих актів та інших формальних джерел ювенального права, які діють в Україні, потребує систематизації. У розвинутих правових системах ювенальне право є кодифікованим. Так, Дитячі кодекси або консолідовані акти існують з початку ХХ ст. в Італії, Великій Британії. Практично всі штати США мають Дитячі та/або Ювенальні кодекси. Думається, є відповідна суспільна потреба і в Україні. Дискусійним та таким, що потребує спеціального дослідження, є питання про форму такої систематизації. Автором цієї публікації висловлювалась думка про доцільність кодифікації ювенального права [55]. Утім є доволі обґрунтована й така, що заслуговує на увагу, пропозиція щодо консолідації ювенального законодавства. Як мінімум, слід підтримати запропоновану її автором юридичну технологію консолідації: 1) встановлення затребуваності у проведенні консолідації; 2) визначення та класифікація правового масиву консолідації; 3) коригування наявного правового масиву; 4) створення формальної композиції консолідованого акта; 5) видання консолідованого правового акта [56]. Як видається, консолідація ювенального законодавства могла би стати першим кроком у систематизації норм ювенального права України. Відповідно, систематизація ювенального законодавства України буде завершальним етапом формування (але, зрозуміло, не розвитку) галузі ювенального права.

Висновки

Диференціація об'єктивного права на конкретні підрозділи, формування нових галузей та інститутів права залежить не стільки від суспільного ладу та волі держави, скільки від виникнення та усвідомлення соціальної потреби, інтересу у врегулюванні знов виниклих специфічних суспільних відносин або зміні пріоритетів у врегулюванні вже наявних.

Зважаючи на об'єктивно-суб'єктивний характер системи права, система підстав для виокремлення галузі права має включати як об'єктивні, так і суб'єктивні компоненти.

Підсумовуючи міркування щодо вироблення критеріїв галузевого розмежування у системі права України, слід визнати, що єдино можливим варіантом може бути застосування комплексного критерію, що включає:

– виявлені та проаналізовані наукою об'єктивно наявні суспільні потреби у галузевому правовому регулюванні, інакше кажучи, явно виражений, науково узагальнений і підтриманий державно-політичною волею суспільний інтерес;

– сферу та предмет правового регулювання. За всієї неоднозначності цих критеріїв галузевого поділу, на нашу думку, відмовлятися від них не варто насамперед через те, що інакше втрачається самий сенс існування права, яке покликане регулювати суспільно значущу поведінку людей;

– цінності, що визнаються та охороняються галуззю;

– мету та функції правового регулювання;

– специфіку правового впливу, а саме співвідношення методів та способів правового регулювання (дозволів, зобов'язань, заборон, пільг, заохочень, рекомендацій), специфіку юридичної відповідальності;

– наявність нормативного матеріалу, який потребує систематизації.

Ювенальне право України є відносно самостійною системою правових норм, спрямованих на забезпечення виживання, розвиток та захист прав, свобод та інтересів дитини. У системі українського права воно є галуззю права, яка включає матеріальні, процесуальні та організаційно-правові інститути, що закріплюють особливий статус дитини як суб'єкта права, регулюють відносини, одним з учасників (безпосереднім або через представника) яких є дитина, встановлюють компетенції інших суб'єктів права, зобов'язаних опікуватись справами дітей.

У галузі ювенального права виокремлюються загальна, особлива і спеціальна частини. До загальної частини входять норми, які визначають мету та завдання ювенально-правового регулювання, принципи ювенального права, коло суб'єктів та юридичних фактів ювенального права.

Особлива частина ювенального права має складну багаторівневу структуру (підгалузь–інститут–субінститут–правові норми), в якій можна виокремити: 1) підгалузь ювенального матеріального права; 2) підгалузь ювенального процесуального права.

До спеціальної частини ювенального права належать міжнародно-правові норми, якими встановлюються особливості міжнародного усиновлення, спілкування дітей з батьками, які проживають у різних державах, повернення дітей з-за кордону тощо.

Ювенальне право відзначається поєднанням публічних та приватних засад та засобів правового регулювання. Магістральною метою ювенального права натепер є не тільки конституювання дитини як правової людини та правової особистості, що протистоїть іншим суб'єктам права, насамперед дорослим та державі, але й забезпечення правової соціалізації дитини, її включення до правового життя суспільства як рівноправного і усвідомлюючого свої права та обов'язки суб'єкта. Соцієтальність ювенального права є яскраво вираженою його рисою, що дає можливість віднести його саме до цієї правової спільності.

На сучасному етапі розвитку ювенальне право Україні потребує систематизації, як мінімум, у формі консолідації нормативно-правових актів різного рівня. Систематизація ювенального законодавства України буде завершальним етапом формування галузі ювенального права, яке у системі галузей права України посяде місце основної галузі, що входить до правової спільності соцієтального права.

Список використаних джерел:

1. Спиридонов Л.И. Теория государства и права: курс лекций. Москва : Проспект, 2001. 304 с.

2. Петров Д.Е. Дифференциация и интеграция структурных образований системы российского права : автореф. дисс. … доктора юрид. наук : 12.00.01. Саратов, 2015. 60 с.

3. Головина А.А. Критерии образования самостоятельных отраслей в системе российского права : автореф. дисс. … канд. юрид. наук : 12.00.01. Москва, 2021. 34 с.

4. List of areas of law. URL: https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_areas_of_law (дата звернення: 01.07.2021).

5. Дудник Р.М. Галузева диференціація українського права: поняття, рівні і тенденції розвитку : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.01. Одеса, 2016. 20 с.

6. Хряпченко В.П. Галузі в системі українського права: правове моделювання : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.01. Одеса, 2018. 20 с.

7. Гавінська О.А. Підгалузі права в системі права сучасної України : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.01. Одеса, 2017. 20 с.

8. Курдюк Г.П. Отрасль права как элемент системы права (теоретико-правовое исследование) : автореф. дисс. … канд. юрид. наук : 12.00.01. Краснодар, 2004. 34 с.

9. Тонков Е.Е., Синенко В.С. Комплексные отрасли права: плодотворная идея или отказ от формальной определенности в правовой науке? *Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право*. 2016. № 2 (25). С. 53–54.

10. Aagaard Todd S. Environmental Law as a Legal Field: An Inquiry in Legal Taxonomy. *Cornell Law Revue*. 2010. Vol. 95:22. P. 224–225.

11. Gardner M.R. Understanding Juvenile Law. Lexis Nexis Matthew Bender, 2003. XVII, 346 p.

12. Marsh T. Juvenile Law. New York : T. Delmar, 2007. XXXIII, 271 p.

13. Kinder- und Jugendrecht. Herausgeber Loderbauer Brigitte. Lexis Nexis ARD ORAC, 2016. 558 s.

14. Бибик О.Н. Введение в ювенальное уголовное право Германии : учебное пособие. Омск : Омский государственный университет им. Ф.М. Достоевского, 2009. 83 с.

15. Rönsch H. Effectiveness of laws and policies governing permissive parenting in pursuit of the reduction of severe child abuse in Germany. *Children and Youth Services Review.* 2020. Vol. 119. Pp. 1–9.

16. Рабец А.М. Ювенальное право Российской Федерации : учебник для магистров. Москва : Издательство Юрайт, 2012. 399 с.

17. Голышева Л.Ю. Российское ювенальное право : монография. Ставрополь : ЗАО «Пресса», 2004. 182 с.

18. Кулапов В.В. Правовая политика в сфере защиты интересов детей. *Правовая политика и правовая жизнь.* 2003. № 3. С. 59–67.

19. Ефименко Л.А. Ювенальное право – комплексная отрасль в системе российского права. *Вопросы ювенальной юстиции.* 2021. № 1. С. 3–5.

20. Дудник Р.М. До питання про комплексні галузі українського права. *Прикарпатський юридичний вісник.* 2021. Вип. 1(36). С. 3–7.

21. Загальна теорія права : підручник / за ред. О.В. Петришина. Харків : Право, 2020. 568 с.

22. Загальна теорія права : підручник / за заг. ред. М.І. Козюбри. Київ : Ваіте, 2015. 392 с.

23. Поляков А.В. Общая теория права. Феноменолого-коммуникативный подход: курс лекций. 2-е изд., доп. Санкт-Петербург : Юридический центр Пресс, 2003. 845 с.

24. Сильченко Н.В. О критериях отраслей права. *Право и демократия* : сб. научных трудов. Минск : Изд-во Бел. гос. ун-та, 2003. С. 54–65.

25. Лившиц Р.З. Теория права. Москва : БЕК, 2001. 224 с.

26. Ющик О.І. Галузі та інститути правової системи (міфи і реальність): критичний нарис. Київ : Оріяни, 2002. 110 с.

27. Борисова Н.Е. Развитие ювенального права в России. Москва : Манускрипт, 1999. 179 с.

28. Ювенальное право : учебник для вузов / под общ. ред. А.В. Заряева, В.Д. Малкова. Москва : Юстицинформ, 2005. 320 с.

29. Вещагина Л.Д. Проблемы становления ювенального права как самостоятельной отрасли. URL: www.mstu.edu.ru/publish/conf/11ntk/section10/section10/_html (дата звернення: 01.07.2021).

30. Ягофаров Д.А. Ювенальное право (Курс лекций). *Основы государства и права*. 2003. № 1. С. 69–77.

31. Витченко А.М. Метод правового регулирования социалистических общественных отношений. Саратов : Изд-во Саратовск. гос. ун-та, 1974. 160 с.

32. Маврин С.П. О роли метода правового регулирования в структурировании и развитии позитивного права. *Правоведение*. 2003. № 1. С. 205–216.

33. Лук'янець Д.М. Про структуру системи права. *Підприємництво, господарство і право*. 2002. № 12. С. 3–6.

34. Абрамов В.И. Права ребенка и их защита в России: общетеоретический анализ : автореф. … дис. докт. юрид. наук : 12.00.01. Саратов, 2007. 55 с.

35. Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия: опыт комплексного исследования. Москва : Статут, 1999. 710 с.

36. Мінка Т.П. Онтологічна характеристика правового режиму. *Право і суспільство*. 2012. № 3. С. 123–127.

37. Томаш Л.В. Правовий режим: поняття та ознаки. *Науковий вісник Чернівецького університету.* 2005. Випуск 282. *Правознавство.* С. 20–26.

38. Разуваев Н.В. Правовая система и критерии отраслевой дифференциации права. *Правоведение*. 2002. № 3 (242). С. 31–55.

39. Общая теория государства и права / отв. ред. М.Н. Марченко. Т. 2. Теория права. Москва : Зерцало, 1998. 656 с.

40. Крестовська Н.М. Ювенальний правовий статус. *Наукові праці Одеської національної юридичної академії*. 2009. Т. 8. С. 278–284.

41. Горобец К. Аксиосфера права: философский и юридический дискурс : монография. Одесса : Фенікс, 2013. 218 с.

42. Всесвітня Декларація про забезпечення виживання, захисту і розвитку дітей : Прийнята на Всесвітній зустрічі в інтересах дітей, ГА ООН, 30 вересня 1990 р. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_075 (дата звернення: 01.07.2021).

43. Крестовська Н. Людська гідність дитини: моральні та правові аспекти. *Evropský politický a právní diskurz.* 2018. Svazek 5. Vydání 5. С. 35–41.

44. Challenges to children's rights today: What do children think? A desktop study on children's views and priorities to inform the next Council of Europe Strategy for the Rights of the Child / Study prepared by Dr Aoife Daly, Sandy Ruxton and Mieke Schuurman. Council of Europe, 2016. 44 p.

45. Стратегія Ради Європи з прав дитини (2016–2021). URL: https://www.msp.gov.ua/files/st.pdf (дата звернення: 01.07.2021).

46. Проєкт Закону про юстицію, дружню до дитини. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72137 (дата звернення: 10.07.2021).

47. Керівні принципи Комітету міністрів Ради Європи щодо правосуддя, дружнього до дітей, прийняті Комітетом міністрів Ради Європи 17 листопада 2010 року.

48. Про охорону дитинства : Закон України від 26 квітня 2001 р. № 2402-III. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2402-14 (дата звернення: 01.07.2021).

49. Крестовська Н.М. Ювенальна відповідальність: до постановки проблеми. *Актуальні проблеми держави і права*. Одеса : Юрид. літ., 2004. Вип. 22. С. 31–35.

50. Грігорова Г.Л. Концепція ювенальної відповідальності в українському праві : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.01. Одеса, 2017. 20 с.

51. Скакун О.Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) : підручник. Харків : Еспада, 2006. 776 с.

52. Ювенальна юстиція : навчальний посібник / А.І. Гусєв, Ю.Б. Костова, Н.М. Крестовська, Т.Є. Семікоп, І.Г. Терещенко; Н.М. Крестовська (заг. ред.). Одеса : ОЮІ ХНУВС, 2006. 243 с.

53. Парсонс Т. Понятие общества: компоненты и их взаимоотношения. *Американская социологическая мысль*. Москва : Изд-во Межд. ун-та бизнеса и управления, 1996. С. 494–525.

54. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства (Ланцаротської конвенції). *Відомості Верховної Ради України* (ВВР). 2021. № 20. Ст. 187.

55. Крестовська Н. Ювенальний кодекс: вчора, сьогодні, завтра. *Джерела права України, інших країн та міжнародної спільноти: історія та сучасність :* матеріали XXIX Міжн. історико-правової конференції, 19–22 вересня 2013 р., м. Феодосія. Київ; Сімферополь : Університет, 2013. С. 157–165.

56. Котик Г.В. Юридичні технології консолідації ювенального законодавства України. *Право і суспільство*. 2021. № 1. С. 9–14.

DOI https://doi.org/10.36059/978-966-397-237-4-2

Панкратова В. О.,
кандидат юридичних наук,
старший викладач кафедри фундаментальної юриспруденції
та конституційного права
Навчально-наукового інституту права
Сумського державного університету,
м. Суми

ЛОКАЛЬНА ДЕМОКРАТІЯ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА

Анотація. *У роботі визначено, що провідне місце в демократичних перетвореннях належить локальній демократії, оскільки ефективна система місцевого самоврядування неможлива без працюючих механізмів реалізації законодавчих норм у сфері розвитку локальної демократії як на загальнодержавному, так і на місцевому рівнях.*

Визначено, що зміст терміна «локальна демократія» включає в себе досить широке коло явищ і процесів. При визначенні даного терміна в науковій доктрині робиться акцент на певному явищі або процесі. Зокрема, локальну демократію розуміють як національну модель демократії, як участь громадян в управлінні, як форму самоорганізації громадян та як демократичний устрій на муніципальному рівні.

Резюмовано, що метою локальної демократії є розвиток народовладдя, широке залучення місцевих жителів до участі та вирішення питань місцевого значення. Вказано, що ефективна локальна демократія є необхідною умовою для забезпечення стійкого і справедливого економічного і соціального розвитку, просування належного управління і заохочення демократичних цінностей.

Визначено, що значення локальної демократії полягає в можливості ширшої участі населення у вирішенні питань місцевого значення, що зумовлює підвищення рівня правової культури. Проаналізовано міжнародно-правові акти, які врегульовують питання локальної демократії, визначено їх значення для розвитку та вдосконалення українського законодавства.

Вступ

Важливе місце в демократичних перетвореннях належить локальній демократії, оскільки розвиток ефективної системи місцевого самоврядування та формування громадянського суспільства неможливе без створення належних нормативних та організаційних умов, а головне – працюючих механізмів реалізації законодавчих норм у сфері розвитку локальної демократії на загальнодержавному та місцевому рівнях.

Наразі роль локальної демократії постійно зростає, її важливість та необхідність є визначальною як для сталих демократичних країн, так і для країн, які стають на шлях демократичних перетворень. У демократичних державах з'являються нові проблеми, які пов'язані із впливом глобалізації, урбанізації, високим рівнем міграції населення, що призводить до перегляду питання про те, як самі міста можуть вирішити ці проблеми найбільш ефективно.

У країнах, в яких відбуваються демократичні перетворення, є можливість створити систему локальної демократії із самих азів, спираючись на позитивний досвід зарубіжних країн, зокрема шляхом децентралізації та поліпшення місцевого самоврядування. Зокрема, в Резолюції 91 (2000) Конгресу місцевих і регіональних влад Ради Європи «Про обов'язки громадян та участі у суспільному житті», визначено, що дієва демократія на місцевому рівні – запорука життєздатної демократії на державному рівні» [27].

Сучасні виклики, пов'язані з пандемією Covid-19, стрімким розвитком інформаційної сфери, новітніх технологій тощо зумовлюють потребу міст в інноваційних методах демократичного врядування. Саме локальна демократія є важливим інструментом для оперативного та ефективного вирішення проблем, які виникають на місцях.

В Україні у результаті проведення реформи децентралізації влади запроваджуються нові стандарти взаємодії органів публічної влади з громадою та нові підходи у реалізації повноважень місцевого самоврядування, більш демократичні та відкриті. Зокрема, все активніше застосовуються інструменти локальної демократії, такі як: звернення громадян, електронна петиція, доступ до засідань, загальні збори, консультативно-дорадчі органи, контрольно-наглядові органи, бюджет участі, органи самоорганізації населення, місцеві ініціативи, громадські слухання.

Але наразі в Україні існує ряд проблематичних питань щодо використання інструментів локальної демократії, зумовлених відсутністю належного правового регулювання зазначених інструментів, недостатньою обізнаністю громадян щодо використання цих інструментів для вирішення проблем місцевого значення тощо.

Проблематика локальної демократії досить широко висвітлена у працях зарубіжних науковців. Зокрема, дана тематика була в полі зору таких науковців, як: Д. Бернс, М. Бондар, Дж. Брукс, Г. Гаврилов, В. Гельман, Ж. Марку, С. Крамаренко, Н. Наумов, О. Новосьолова, В. Рейсінгер, Д. Райбот, К. Стоун, І. Халій, Г. Шовш та інших.

У вітчизняній доктрині питанням локальної демократії приділяється увага, зокрема у світлі вивчення та аналізу місцевого самоврядування. Серед авторів заслуговують на увагу праці М. Баймуратова, А. Батанова, С. Були, О. Буріна, В. Гнатюка, В. Кампо, Н. Латигіної, М. Лендьєл, М. Ладиби, А. Крупника, Г. Музиченко, Н. Мішиної, О. Орловського, Є. Садикової, М. Цумараєва. Проте, незважаючи на наявні наукові розробки, залишається актуальним питання детального аналізу локальної демократії, що зумовлено необхідністю теоретико-правового визначення понять, умов та факторів, які визначають зміст та сутність цієї категорії.

1. Теоретичні підходи до визначення поняття та особливостей локальної демократії

Слід вказати, що значимість локальної демократії зумовлюється саме її сутністю та роллю. Адже локальний рівень – найбільш наближений до населення, його потреб та проблем. Тому вирішення всіх питань місцевого значення, створення належних умов для життя доцільно забезпечити саме на місцевому рівні. Адже це можливо буде зробити оперативно та безпосередньо. І лише, якщо виникають труднощі, перепони – вирішити питання вже на державному рівні.

Вважаємо, що влучною є точка зору М.С. Бондара, який наголошує на важливості місцевого самоврядування та загострює наукову увагу на декількох моментах. По-перше, питання місцевого самоврядування, пов’язані з необхідністю рішення повсякденних проблем населення за місцем проживання, менше всього схильні до політичних і партійних пристрастей, ідеологічних спотворень. На цьому рівні, у межах конкретного

міста або району, села або селища, люди дістають можливість реальної участі у вирішенні питань господарсько-економічного, політичного життя, тут вони можуть безпомилково оцінити за діловими якостями своїх керівників. По-друге, на рівні місцевого самоврядування яскраво і одночасно результативно виявляються особові моменти розвитку демократичних процесів, тут проявляється «олюднений» образ соціально-економічних і політичних реформ. Саме місцеве самоврядування, що забезпечує розвиток демократії «малих просторів», здатне створити органічне поєднання влади і свободи, зовнішнього управління і внутрішньої самоорганізації населення [14, с. 17].

Дійсно, для сучасної демократичної держави важливим та визначальним фактором є раціональна та ефективна організація влади, і не лише центральної, а й місцевої, представленої системою органів місцевого самоврядування. Адже місцеве самоврядування є матеріальною основою становлення і розвитку інститутів локальної демократії. Тому в даному аспекті актуальним є питання про співвідношення демократії та місцевого самоврядування.

Зазначимо, що точки зору науковців у даному питанні не мають спільності та мають декілька підходів. По-перше, самоврядування – це традиційний інститут, який не узгоджується з основними принципами демократії. По-друге, основи демократії, як влада більшості, не можуть бути застосовані до самоврядування як явища обмеженого, вузьконаправленого. І, по-третє, демократія і місцеве самоврядування нерозривно пов'язані і взаємодіють [18, с. 4–6].

А.Е. Тюлегенов вважає, що поняття самоврядування близьке, але не тотожно поняттю демократії. Демократія як спосіб здійснення політичної влади реалізується, зокрема, через систему самоврядування, і демократичність політичного режиму багато в чому визначається широтою і глибиною впровадження в практику засад самоврядування. Тому конкретні інститути самоврядування співпадають з інститутами демократії. У зв'язку із цим науковець розглядає локальну демократію в якості загального принципу конституційного ладу та найважливішого аспекту реалізації права громадян на здійснення місцевого самоврядування [31, с. 690].

Ю.М. Лермонтов на підтримку точки зору про взаємозв'язок демократії та місцевого самоврядування наводить два аргументи. По-перше, демократія та самоврядування є взаємозв'язаними формами здійснення публічної влади, причому демократія є

формою здійснення державної влади, а самоврядування – громадської. По-друге, загальними для демократії і самоврядування є принципи свободи і рівності, народного суверенітету, виборності осіб для здійснення функції управління [20, с. 212].

С.П. Була вважає, що місцеве самоврядування та локальна демократія є близькими, але все-таки відмінними поняттями. Локальна демократія є тим середовищем, де діє місцеве самоврядування, що, за своєю суттю, є організацією влади територіальної громади. Спільним для обох понять є публічний інтерес, який вони реалізовують, а також принципи його розбудови й реалізації: солідарність, субсидіарність. Відмінність полягає в тому, що локальна демократія орієнтована на консенсус у громаді, а місцеве самоврядування – на реалізацію державного інтересу [15, с. 16].

С.В. Крамаренко зазначає, що публічно-владні риси місцевого самоврядування доповнюються і збагачуються муніципальними правами і обов'язками громадян, уповноважених до автономної публічної самоорганізації в тих правових формах і тими засобами, які узгоджуються з демократичними принципами і цінностями народу і найбільшою мірою відповідають цілям вирішення питань місцевого значення. Як бачимо, в даній точці зору простежується взаємозв'язок між місцевим самоврядуванням та демократією [19, с. 21].

Приєднуємось також до даного висновку, але зауважимо, що місцеве самоврядування – це не лише форма самоорганізації, але одночасно й елемент організації публічної влади. Тому, діючи в режимі демократичної державності, демократія на місцях трансформується в локальну демократію, яка здійснюється через інститути місцевого самоврядування. При цьому як демократія, так і місцеве самоврядування – це різновиди народовладдя, тому передбачають участь громадян в обговоренні й ухваленні рішень з питань місцевого значення. А отже мають спільну мету – широку та ефективну участь громадян в управлінні.

Зміст терміна «локальна демократія» включає в себе досить широке коло явищ і процесів. Тому різні автори при визначенні даного терміна, як правило, роблять акцент на якомусь певному явищі або процесі. Так, локальну демократію розуміють як національну модель демократії, як участь громадян в управлінні, як форму самоорганізації громадян та як демократичний устрій на муніципальному рівні.

Як зазначає О.О. Новоселов, локальна демократія знаходить свої витоки на початку 60-х років XX століття, що пов'язано з потребою в підвищенні ефективності функціонування органів місцевого самоврядування в США та в Західній Європі [26, с. 1]. Але наукове обґрунтування концепція локальної демократії отримала лише наприкінці XX століття, переважно в працях представників політологічних та соціальних наук.

Незважаючи на все більше поширення концепції місцевої демократії, у вітчизняній юридичній науці відсутнє не лише досить глибоке осмислення концепції, але й єдність у термінологічному підході. Зокрема, досить часто поняття «локальна демократія» ототожнюють із поняттями «місцеве самоврядування», «територіальна самоорганізація» тощо.

Термін «локальна демократія» походить від англійського терміну «local democracy» та в перекладі може мати значення «локальна, місцева або муніципальна демократія». Дана диференціація, на наш погляд, зумовлена різним перекладом терміна.

Також визначальною рисою української традиції цих досліджень є переважання політико-правового підходу та історичних розвідок. Помітний брак робіт, у яких розглядається саме застосування концепції локальної демократії в політико-правовій практиці [16].

Оскільки теоретичні розвідки локальної демократії знаходять свої витоки з США та країн Західної Європи, вважаємо за доцільне в першу чергу проаналізувати наукові здобутки саме зарубіжних авторів.

Так, американський дослідник К. Стоун у праці «Режимна політика: правління в Атланті, 1946–1988» розробив теорію міських політичних режимів, в основі якої лежить ідея коаліційної природи міської влади, яка ґрунтується на постійній взаємодії суб'єктів публічної влади, бізнесу та громадянського суспільства [40, p. 17]. Також К. Стоун використав термін «локальний режим», під яким розумів неформальні рамки, у яких для прийняття політичних рішень співпрацюють місцеві органи влади та приватні структури. При цьому режим включає широке трактування коаліцій: не тільки виборчих, але й на основі неформальних зв'язків на різних рівнях.

Як вже було зазначено вище, перші роботи з теоретичного аналізу локальної демократії датуються кінцем XX ст. У той час локальну демократію визначали як простір для впровадження демократичних зразків поведінки; вже тоді активно залучали механізми представницької демократії – обрання локальних лідерів.

Доцільно навести точку зору британського науковця Д. Бернса, який зазначає, що ідея локальної демократії достатньо проста – чим активніше громадяни беруть участь у прийнятті рішень на місцевому рівні, при цьому контролюючи діяльність органів місцевого самоврядування, тим більш ефективніше та демократичніше буде й сама місцева влада [34, p. 963].

Варто звернути увагу на перший глобальний звіт із децентралізації та локальній демократії, який підготувала Світова організація «Об'єднані міста та органи місцевого самоврядування» (UCLG) ще в 2008 році. У даній доповіді звертається увага на поняття «локальна демократія» та вказується, що саме дана дефініція значно варіюється від однієї країни і континенту до іншого, а разом із ним варіюється і концепція відносин між місцевим населенням і державою. Для кращого розуміння сутності локальної демократії, аналізуються суміжні з нею поняття – децентралізація та місцеве самоврядування. У Доповіді зазначається, що локальна демократія належить до відносин між різними рівнями влади; децентралізація – до статусу місцевої влади, а місцеве самоврядування є способом здійснення влади. Порівняння між трьома термінами показує конвергенцію на рівні політичних ідей та правових понять. Тому локальна демократія є способом реалізації влади на місцевому рівні [36, p. 310].

Широке визначення локальної демократії надають угорські дослідники Г. Шовша і В. Зентаї, які під даною категорією розуміють тип автономного, ефективного, відкритого і представницького самоврядування, яке функціонує в середовищі громадянського суспільства та гарантованих для громадян політичних прав [39, p. 38].

За визначенням міжурядової організації International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), локальна демократія – це самоврядування міст, селищ, сіл і районів згідно з демократичними принципами, як правило, шляхом обрання мерів, радників і інших посадовців на місцевому рівні [37].

Європейська асоціація локальної демократії (ALDA) дає таке тлумачення: локальна демократія – це самоврядування, що надає право місцевій владі в рамках закону регулювати і управляти частиною державних справ. Це право присуджується радам або зборам, що складаються з вільно обраних членів таємним голосуванням і підзвітних їх власному місцевому виборчому округу [38].

У Методичному посібнику «Локальна демократія» під редакцією Г.В. Голосова визначено, що поняття «локальна демократія» тісно пов'язано з поняттям місцевої громади, яке трактується у двох аспектах. Перший аспект визначає місцеву громаду як об'єднання людей, що проживають на території муніципального утворення. Другий – як локальну сукупність людей, об'єднаних певним інтересом. Тому, по суті, місцева громада в першому аспекті складається з спільноти у другому.

Із точки зору О.О. Новосьолова, у формулюванні терміну «локальна демократія» потрібно враховувати широке коло явищ та процесів, яке властиве даному поняттю. Науковець надає власне визначення, дозволяє уникнути вузького трактування даного явища та надає можливість конкретного розгляду окремих його компонентів та процесів. Зокрема, він визначає місцеву демократію як систему, що динамічно розвивається з безліччю взаємопов'язаних і постійно мінливих компонентів, у рамках якої відбуваються процеси взаємодії на локальному рівні таких факторів, як наднаціональні сили та інститути, національні та місцеві уряди, громадянське суспільство, неурядові організації, а також різні групи тиску в процесі вироблення загальнозначимих рішень. Вважаємо, що дійсно дане визначення є широкою трактовкою локальної демократії, оскільки поєднує в собі політико-правові особливості та компоненти локальної демократії [26, с. 12].

Ще один російський автор М.С. Бондар надає досить об'ємне визначення локальної демократії та визначає її як засновану на єдності свободи і відповідальності самоврядну форму здійснення населенням за місцем проживання публічної влади, колективних та індивідуальних прав громадян за самостійним рішенням у межах встановлених Конституцією та чинним законодавством питань місцевого значення, при безпосередньому забезпеченні життєдіяльності та наданні муніципальних послуг в інтересах місцевої громади та окремих громадян [14, с. 42].

Отже, резюмуючи підходи зарубіжних авторів, можна зробити висновок, що локальна демократія є основою функціонування місцевого самоврядування, яка спирається на демократичні цінності, використовує демократичні механізми та ґрунтується на активній позиції місцевого населення.

Не можна обійти увагою напрацювання вітчизняних науковців у даному аспекті. Зокрема, важливий вклад у розкриття сутності локальної демократії був зроблений такими науковцями, як:

Баймуратов М.О., Батанов О.В., Була С.П., Ващук-Огданська О.Л., Лендьєл М.О., Лациба М.В., Лукеря І.М., Музиченко Г.В., Садикова Є.О., Цумарєв М.І. та іншими ученими.

Як вже зазначалося в українській доктрині термін «локальна демократія» використовується на рівні з термінами «місцева демократія» та «муніципальна демократія» як синонімічні поняття. Вважаємо, що відсутність єдності у термінології зумовлена не змістовною розбіжністю, а різницею в перекладі.

О.В. Батанов, визначаючи сутність муніципалізму, наголошує на важливості локального рівня. Зокрема, науковець вважає, що в тій державі, в якій створено й апробовано систему ефективного місцевого самоврядування та задіяно принципи муніципальної політики, може сформуватися алгоритм, згідно з яким законодавча влада обирається демократично, а виконавча влада їй підконтрольна та відповідальна. У державі, в якій сформувались інститути муніципалізму, люди обирають та контролюють як тих, хто приймає національні закони за якими вони будуть жити, так і тих, хто ці закони здійснює на місцях [13, с. 25].

М.О. Лендьєл у монографічному дослідженні використовує термін «місцева демократія», під якою розуміє політичний режим, який реалізується на найнижчому територіальному рівні публічної влади в межах інститутів місцевого самоврядування, гарантується державою і характерними ознаками якого є автономія, поєднання представницької й безпосередньої форм демократії, конкуренція еліт, демократична участь громадян у політиці, а також зумовленість сприятливими політико-культурними орієнтаціями [21, с. 39].

Г.В. Музиченко робить важливий висновок про те, що місцева демократія визначає демократичні процеси на місцях, де поширена децентралізація державної влади, існують інститути місцевого самоврядування і громадянського суспільства, демократія виходить із народу, здійснюється народом та в інтересах народу [25, с. 321].

С.П. Була зазначає, що локальну демократію потрібно розуміти як тип самоврядування, яке є автономним, ефективним, відкритим та представницьким, функціонуючим у середовищі громадянського суспільства та гарантованих для громадян політичних прав [15, с. 17].

Є.О. Садикова у дисертаційному дослідженні «Інститут представництва на місцях в умовах трансформації системи місцевого самоврядування в Україні» наголошує на тому, що

локальний чинник має істотне значення та виявляється в усіх моделях демократії, зокрема передбачає участь громадян у політичному житті, яка обумовлюється не тільки необхідністю захисту індивідуальних інтересів, але й розвитком загального усвідомлення громадської єдності, що й розглядається як передумова запровадження якісного політичного представництва на місцях [30, с. 53].

О.М. Лощихін та М.І. Мартинюк на основі аналізу зарубіжних та вітчизняних напрацювань визначають муніципальну (місцеву, локальну) демократію як місцевий рівень демократії, форму організації територіальної громади, у якій місцева громада є джерелом місцевої влади, зокрема громада формує органи місцевого самоврядування, має право та засоби керування й контролю за їхньою діяльністю, у тому числі за участі інститутів громадянського суспільства, і безпосередньо бере участь у прийнятті рішень, несе відповідальність за їх виконання [23, с. 8].

М.І. Цумарєв у дисертаційному дослідженні визначає локальну демократію як гарантований державою спосіб організації влади на локальному рівні (в межах місцевого самоврядування), що ґрунтується на самоорганізації політичної участі громадян (членів територіальної громади або її частини) у вирішенні питань місцевого значення, за допомогою унормованих механізмів та інструментів локальної демократії [33, с. 41].

Отже, локальна демократія – це спосіб організації влади на місцях, який полягає в участі громадян у виробленні та прийнятті владних рішень через інститути локальної демократії.

Важливим аспектом для розуміння локальної демократії є визначення специфічних ознак, які властиві лише їй як інституційній формі організації політичного життя в громаді.

Міжнародний інститут демократії та сприяння виборам (International IDEA) визначив три фундаментальні основи локальної демократії:

– громадянство, рівні права і справедливість – включаючи громадянство на місцевому рівні, особисті, політичні права, економічні, соціальні і культурні права, верховенство закону та доступ до правосуддя;

– представницькі та підзвітні інститути й процеси – вибори та механізми прямої демократії на місцевому рівні, місцеві органи влади, політичні партії та інші інститути громадянського суспільства;

– громадянська ініціатива і участь – активне залучення громадян і засобів масової інформації [38].

М.С. Бондар визначає шість ознак, які притаманні локальній демократії як політико-правовому явищу. По-перше, вона здійснюється в особливій сфері суспільних відносин, яку формують питання місцевого значення; по-друге, вона реалізується на нижньому територіальному рівні організації публічної влади; по-третє, має своїми просторовими межами території муніципальних утворень; по-четверте, ґрунтуючись на принципах самоврядування, вона передбачає максимальне зближення керуючого і керованого суб'єктів, органів муніципальної влади і місцевої громади і, відповідно, безпосередньої і представницької демократії (проте без їх ототожнення); по-п'яте, вона організаційно відособлена від демократичних інститутів державної влади; по-шосте, муніципальна демократія не обмежується відносинами на державному рівні, але включає також інститути громадського, не публічно-владного характеру (наприклад, територіальне громадське самоврядування, опитування громадян, збори (конференції) [14, с. 19–20].

С.В. Крамаренко до ознак місцевої демократії відносить: з'єднання суб'єкта і об'єкту управлінської діяльності в місцевому самоврядуванні; максимально демократичні способи формування та склад механізму муніципального управління; врахування національних, історичних, культурних і інших місцевих особливостей при здійсненні місцевого самоврядування; забезпечення балансу державних і місцевих інтересів за допомогою ефективної взаємодії органів місцевого самоврядування та органів державної влади як демократичних органів народного представництва; можливість здійснення ефективного контролю з боку населення за діяльністю місцевих органів влади при одночасній відкритості цих органів [19, с. 33].

Учені М. Лендьєл та М. Токар серед ознак місцевої демократії визначають:

– приналежність до спільноти. Таким чином відбувається активізація участі жителів у ній;

– деліберація – для демократичного процесу важливим є ефективний діалог між різними групами інтересу;

– політична освіта, яка необхідна для «усвідомленої» партисипації громадян та знання про політику на рівні з місцевою елітою, аби бути в однакових умовах в освітньому рівні;

– контроль за діями уряду громадянами, адже висококваліфіковане та високоякісне виконання доброго врядування та соціального добробуту [22, с. 206].

Основними концептуальними характеристиками локальної демократії, на думку, С. Були є: організація життя територіальної громади на принципах рівності, участі, публічного діалогу; залучення громадян до ведення справ громади, поширення практик місцевих ініціатив, референдумів; самоорганізація населення [15, с. 18].

Підводячи підсумки, зазначимо, що локальній демократії притаманні такі особливості:

1) сприяє активному залученню місцевих жителів до вирішення питань через різні інститути локальної демократії;

2) виявляється у взаємодії органів місцевого самоврядування та жителів, що грунтується на взаємовідповідальності та взаємопідтримці;

3) дозволяє виявляти потреби міського населення та оперативно вирішувати місцеві проблеми;

4) передбачає поінформованість громадян про місцеву політикує та порядок її впровадження.

Також можна зробити висновок про те, що метою локальної демократії є розвиток народовладдя, широке залучення місцевих жителів до участі та вирішенні питань місцевого значення. Тому ефективна локальна демократія є необхідною умовою для забезпечення стійкого й справедливого економічного і соціального розвитку, просування належного управління і заохочення демократичних цінностей.

2. Правове регулювання локальної демократії

Міжнародне право здійснює значний вплив на формування правової бази місцевого самоврядування і, відповідно, локальної демократії. Міжнародні акти розроблені з урахуванням узагальнення багаторічної позитивної практики правового регулювання та функціонування місцевого самоврядування взагалі та локальної демократії, зокрема у багатьох країнах світу.

На даному етапі численні міжнародно-правові та регіональні акти здійснюють значний вплив на створення єдиних стандартів місцевого самоврядування сучасних демократичних держав. Розроблення спільних принципів, на яких грунтується місцеве самоврядування та локальна демократія, є важливим напрямком для формування єдиних стандартів.

Слід зазначити, що європейська практика щодо імплементації норм міжнародних договорів у внутрішнє законодавство держав є досить однорідною й закономірною та базується на превалюванні міжнародних актів над актами внутрішнього законодавства. Такий підхід сприяє укріпленню політичних, економічних, соціальних та культурних зв'язків європейського простору, поглибленню процесів глобалізації, забезпечення рівного обсягу громадянських та політичних прав людини тощо.

Відповідно до положень Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. При цьому якщо міжнародним договором, ратифікованим нашою державою, встановлені інші правила, ніж передбачені законом, то застосовуються правила міжнародного договору [1].

Виходячи з даної конституційної норми, важливим є висновок про провідне місце міжнародних договорів в системі джерел права України та про прагнення підтримати міжнародні стандарти в різних сферах життя суспільства, впроваджуючи їх на національному рівні.

Першим міжнародним документом, який визначив міжнародні стандарти у сфері співробітництва місцевої влади та має вихід на вирішення локальних питань розвитку територій, вважається Європейська рамкова конвенція про транскордонне співробітництво між територіальними общинами або властями, 1980. Відповідно до даного акта кожна Договірна Сторона зобов'язується підтримувати та заохочувати транскордонне співробітництво між територіальними общинами або властями, які знаходяться під її юрисдикцією, та територіальними общинами або властями, які знаходяться під юрисдикцією інших Договірних Сторін (ст. 1).

Стаття 2 Конвенції розкриває термін «транскордонне співробітництво», який означає будь-які спільні дії, спрямовані на посилення та поглиблення добросусідських відносин між територіальними общинами або властями, які знаходяться під юрисдикцією двох або декількох Договірних Сторін, та на укладання з цією метою будь-яких необхідних угод або досягнення домовленостей. Транскордонне співробітництво здійснюється в межах компетенції територіальних общин або властей, визначеної внутрішнім законодавством (ст. 2).

Наступні положення акта визначають власне суб'єктів співробітництва – територіальні власті та общини, засоби реалізації домовленостей і угод, їх типологію. У додатку визначені типові міждержавні угоди про співпрацю на місцевому та регіональному рівнях, а також рамкові угоди, договори та статути, які можуть слугувати основою для даного виду співробітництва між територіальними общинами або властями [3].

Україна приєдналася до цього документу у 1993 р. та, як зазначає О.В. Мошак, ця подія стала не лише фактом визнання потенційних можливостей України у сфері транскордонного співробітництва як європейської держави, що обрала демократичні орієнтири розвитку, і вираженням бажання країни брати участь у європейських інтеграційних процесах, що стрімко набирали силу і трансформувалися у домінантну тенденцію регіональної і глобальної міжнародної політики, але і своєрідним першим запрошенням до родини європейських народів [24, с. 72–73].

Транскордонне співробітництво в рамках єврорегіонів здійснюється в Україні з 1993 року. На території України утворено дев'ять єврорегіонів: Буг, Верхній Прут, Дністер, Дніпро, Карпатський, Нижній Дунай, Слобожанщина, Донбас та Ярославна. При цьому п'ять єврорегіонів утворено з державами – членами Європейського Союзу (Республіка Польща, Словацька Республіка, Румунія, Угорщина). Транскордонне співробітництво здійснюється, зокрема, на рівні територіальних громад, їх представницьких органів та сприяє соціальній та економічній конвергенції прикордонних регіонів та створенню нових можливостей для розвитку економічних, соціальних, науково-технічних, екологічних, культурних та інших відносин, обміну досвідом.

Визначальним є прийняття у 2004 році Закону України «Про транскордонне співробітництво», який врегульовує правові, економічні та організаційні засади транскордонного співробітництва [9].

Протягом 2016–2020 років забезпечувалося виконання Державної програми розвитку транскордонного співробітництва на 2016–2020 роки, затвердженої постановою Кабінету Міністрів України від 23 серпня 2016 р. № 554, шляхом здійснення заходів та реалізації проектів транскордонного співробітництва (зокрема, в рамках програм прикордонного співробітництва Європейського інструменту сусідства та ініціативи ЄС «Східне партнерство»), спрямованих на розвиток транскордонного співробітництва та формування позитивного інвестиційного іміджу України.

14 квітня 2021 року Кабінет Міністрів України ухвалив постанову «Про затвердження Державної програми розвитку транскордонного співробітництва на 2021–2027 роки», яка була розроблена Мінрегіоном на виконання Закону України «Про транскордонне співробітництво».

У документі визначено пріоритетні напрями розвитку транскордонного співробітництва на період до 2027 року, серед яких:

– реалізація в Україні Стратегії Європейського Союзу для Дунайського регіону та Дунайської транснаціональної програми;

– реалізація проектів (програм), що фінансуються за рахунок міжнародної технічної допомоги, а також програм прикордонного співробітництва у рамках Європейського територіального співробітництва на 2021–2027 рр. у рамках фінансового інструменту «Сусідство, розвиток і міжнародне співробітництво» (NDICI);

– розвиток прикордонної інфраструктури гірських територій Карпат;

– розвиток інституційної спроможності суб'єктів та учасників транскордонного співробітництва (асоціацій органів місцевого самоврядування, громадських організацій, європейських об'єднань територіального співробітництва та інших форм транскордонного співробітництва) [12].

На шляху вдалої реалізації даної Програми наразі існують численні перепони. Зокрема, залишаються нерозв'язаними проблеми розвитку прикордонної транспортної інфраструктури, охорони і відновлення екосистем регіонів, низької інституційної спроможності суб'єктів та учасників транскордонного співробітництва. Найсерйознішим викликом та перепоною для транскордонного співробітництва України на її східному та південному державному кордоні є збройна агресія Російської Федерації проти України та спроба анексії Російською Федерацією Автономної Республіки Крим та м. Севастополя, що унеможливлює реалізацію транскордонного співробітництва України із цією державою [12].

Важливим актом, який гарантує право територіальних громад на самоврядування, є Європейська Хартія місцевого самоврядування від 15 жовтня 1985 року (обов'язкова для України відповідно до Закону України «Про ратифікацію Європейської хартії місцевого самоврядування» від 15 липня 1997 року) [7]. В основу Хартії покладено державну теорію місцевого самоврядування. При приєднанні до Хартії кожна з держав, дотримуючись загально-

європейських стандартів, має виробити свою національну модель самоврядування, виходячи із власних потреб і традицій. Даний акт не містить чіткої вказівки на значення чи інструменти локальної демократії, але є актом, що закладає основи системи місцевого самоврядування, яке нерозривно пов'язано з локальною демократією та містить чітке положення про те, що ефективне самоврядування на місцях є істотним елементом демократії.

Більшість положень Хартії сприйнято національним українським законодавством та розвинуто у його нормах, поряд із цим потребують подальшого вдосконалення механізми забезпечення фінансової самостійності органів місцевого самоврядування України.

Наступним документом, зміст якого значною мірою збігається з положеннями Європейської хартії, є Всесвітня Декларація місцевого самоврядування, яка була прийнята XXVII Конгресом Міжнародної Спілки місцевої влади 26 вересня 1985 р. у м. Ріо-де-Жанейро (Бразилія) [17]. Декларація не є документом, обов'язковим для виконання Україною, але становить значний інтерес, адже в ній знайшла свій відбиток і закріплення позиція широких кіл світової громадськості, активістів і спеціалістів муніципального руху з питань становлення і функціонування локальної демократії.

Наступним документом, який визначає важливість використання інструментів локальної демократії, є Конвенція про участь іноземців у громадському житті на місцевому рівні, яка була прийнята у 5 лютого 1992 р. Даний акт закріплює можливість надання іноземцям низки політичних прав, щоправда, з деякими обмеженнями і лише на місцевому рівні.

Відмітимо, що в Конвенції використовується термін «постійні мешканці-іноземці», під яким розуміються особи, що не є громадянами держави, на території якої вони мешкають на законних підставах [35].

Дана Конвенція визначає, що Сторони зобов'язуються гарантувати іноземцям, які живуть на їх території, на тих же умовах, що і власним громадянам, так звані «класичні права», зокрема право на свободу виявлення поглядів; право на свободу мирних зборів і свободу асоціації з іншими, включаючи право створювати профспілки і вступати до них для захисту своїх інтересів.

Вважаємо, що акт містить важливе положення, яке стосується надання кожному постійному мешканцю-іноземцю право голосувати та висувати свою кандидатуру на виборах до органів місцевого самоврядування, якщо він задовольняє тим правовим вимогам, які пред'являються громадянам і, крім того, на

законних підставах постійно мешкає у відповідній державі упродовж п'яти років, що передують виборам.

Зазначимо, що питання про наділення іноземців виборчими правами не є новим та задекларованe в конституціях багатьох європейських держав. Наприклад, право голосу на місцевих виборах за іноземцями було закріплено в Ірландії 1963 року, Швеції – 1976-го, Данії – 1981-го, Норвегії – 1982-го, у Нідерландах – 1985 року. Право голосу на місцевих виборах іноземці мають і у п'яти швейцарських кантонах (Neuchâtel, Юра, Vaud в 2003, Фрібур в 2004, Женева в 2005), ще три кантони – Аппенцель Ausserrhoden (1995), Graubünden (2003) і Базель-Stadt (2005) – надають кожному муніципалітету повноваження вибрати чи надавати такі права іноземцям [28, с. 374].

Що стосується умов реалізації пасивного виборчого права на місцевих виборах, то законодавством всіх країн ЄС встановлено дві основні умови реалізації особою права бути обраною:

1) наявність активного виборчого права на загальнодержавних або місцевих (для іноземних громадян) виборах;

2) включення до списку виборців на території відповідного муніципалітету.

У зв'язку з тим, що включення до списку виборців на території муніципалітету в більшості країн ЄС здійснюється за місцем проживання виборця, то кандидатом на місцевих виборах може бути зареєстрована лише особа, яка проживає в межах відповідного муніципалітету.

Отже, для практики країн-членів ЄС характерним є надання пасивного виборчого права на місцевих виборах громадянам інших держав, у тому числі й тих, які не є членами ЄС. Можливість реалізації пасивного виборчого права на місцевих виборах поставлена у залежність від місця проживання особи – особа може балотуватись на виборах лише до того органу місцевого самоврядування, до якого вона має право обирати [29].

Зауважимо, що українське законодавство в питанні активного та пасивного виборчого права іноземців займає протилежну позицію. Відповідно до статті 70 Конституції України право голосу на виборах і референдумах мають громадяни України, які досягли на день їх проведення вісімнадцяти років [1]. Тобто імперативна норма Основного Закону чітко визначає осіб, які мають активне виборче право, при цьому виключає іноземців з їх числа як на національному, так і на місцевому рівні зокрема.

Вважаємо, що надання виборчих прав іноземцям на місцевому рівні є логічним та відповідає основним демократичним засадам. Іноземці, які проживають на території України на законних підставах, повинні мати право на вирішення питань місцевого значення, адже вони безпосередньо їх стосуються. А встановлення цензу громадянства позбавляє їх можливості брати участь у вирішенні питань місцевого значення, що не узгоджується із сутністю місцевого самоврядування зокрема. Адже стаття 2 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» визначає, що місцеве самоврядування в Україні – це гарантоване державою право та реальна здатність територіальної громади – жителів села чи добровільного об'єднання у сільську громаду жителів кількох сіл, селища, міста – самостійно або під відповідальність органів та посадових осіб місцевого самоврядування вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції і законів України [8].

Отже, в законодавчому визначенні застосовується термін «жителі», а тому під дану категорію можуть підпадати не тільки громадяни, а й іноземці, особи без громадянства тощо. Тому приєднуємося до думки Л.А. Чернявського, який зазначає, що через невідповідність категорій виникає парадоксальна ситуація, коли іноземці та особи без громадянства визнаються членами відповідної територіальної громади, але не наділяються правами її членів [32, с. 26].

Вважаємо, що надання іноземцям виборчих права на місцевому рівні є необхідною передумовою для впровадження в Україні європейських стандартів локальної демократії. Звісно, що надання такого спектру прав потребує детальної та виваженої регламентації.

Наступний акт, який не можна обійти увагою у ракурсі даної теми, – це Європейська хартія про участь молоді в муніципальному і регіональному житті 1992 р., переглянута у 2003 р. Хартія визначає, що активна участь молодих людей в ухваленні рішень і діяльності на місцевому і регіональному рівнях має важливе значення, для побудови більш демократичного, солідарного та процвітаючого суспільства [4].

У Хартії представлені конкретні ідеї та інструменти, що можуть бути використані у ситуації на місцях тими, хто залучений до процесів сприяння участі молоді – молодими людьми, молодіжними організаціями, місцевими органами влади тощо. Тим не менш, Хартія не пропонує готового шаблону для щоденного застосування, адже потреби молоді, обставини різняться у всій Європі.

Отже, Хартія є керівництвом із підтримки молоді в частині її участі в ухваленні рішень, які безпосередньо зачіпають її інтереси. Вона закликає молодь проявляти більше активності в реалізації соціальних змін, що відбуваються на муніципальному та регіональних рівнях.

Наступними важливими актами є «Європейська хартія міст» (1992); «Європейська хартія міст II (Маніфест нової урбаністики)» (2008) [5;6].

Європейська хартія міст, прийнята 18 березня 1992 р. у вигляді рекомендації, визначає права громадян, які проживають в європейських містах. Вона регулює основні аспекти міського управління, зокрема питання щодо умов проживання, міського транспорту, архітектури, культури тощо.

Важливим положенням Європейської хартії міст є п.3.3., який розкриває сутність та значення місцевої демократії. Зокрема, в ньому говориться, що не завжди було так, щоб у місцевих жителів була достатня можливість висувати свої вимоги через наявні установи і брати участь в демократичному процесі міського розвитку. Цей недолік особливо серйозний тому, що спосіб функціонування міст обумовлює ефективність захисту демократії і прав. Якщо вони функціонують добре, вони є гарантією прав людини; якщо вони функціонують погано, то ці права знаходяться в небезпеці. Основою міського розвитку має бути пряма участь громадян у рамках місцевого органу влади, який сам повинен мати найбільші автономію і фінансову незалежність [5]. Отже, Хартія комплексно закріплює принципи місцевої демократії, сфери і форми її реалізації.

«Європейська хартія міст II (Маніфест нової урбаністики)» прийнята 29 травня 2008 року. Пункт 29 даного акту визначає, що для реалізації сучасної місцевої демократії передбачено створення рад виборних осіб на різних рівнях для ухвалення рішень в містах, які б при цьому пропонували населенню інформаційні структури, проводили публічні обговорення і встановлювали співпрацю у рамках міського планування [6].

Для забезпечення максимальної ефективності різних заходів Європейська хартія міст II закликає міста повною мірою використовувати нові інформаційні технології для поліпшення консультацій з громадянами щодо містобудівних проектів. Також наголошено на важливості створення системи потужної електронної демократії, яка допоможе створити новий потенціал демократичної мобілізації.

Наступним актом, який містить положення про важливість розвитку та утвердження локальної демократії, є Додатковий протокол до Європейської хартії місцевого самоврядування про право участі у справах органу місцевого самоврядування, прийнятий 16 листопада 2009 року та ратифікований Україною 2 вересня 2014 року [2].

Відповідно до Статті 1 даного акта Держави-Сторони в рамках своєї юрисдикції повинні забезпечувати кожному право участі у справах місцевого органу влади. Право участі у справах місцевого органу влади означає право вживати рішучих заходів для визначення або впливу на здійснення повноважень та обов'язків місцевого органу влади.

Для реалізації права участі у справах місцевого органу сторони повинні вживати всіх таких заходів, які є необхідними для здійснення права участі у справах місцевого органу влади.

Відповідно до статті 2 Додаткового протоколу такі заходи повинні включати:

1) надання місцевим органам влади повноважень надавати правоучасті, викладене в цьому Протоколі, сприяти його здійсненню;

2) забезпечення створення: процедур залучення людей, які можуть уключати консультаційні процеси, місцеві референдуми й звернення та у випадках, коли на території органу місцевого самоврядування є багато жителів та (або) коли орган місцевого самоврядування охоплює великий географічний регіон, заходи із залучення людей на рівні, найближчому до них; процедур доступу згідно з конституційним порядком та міжнародно-правовими зобов'язаннями Сторони до офіційних документів, які є в розпорядженні місцевих органів влади; заходів для задоволення потреб категорій осіб, які натрапляють на конкретні перешкоди в участі, а також механізмів і процедур розгляду скарг і пропозицій стосовно функціонування місцевих органів влади й місцевих комунальних служб та реагування на такі скарги й пропозиції;

3) сприяння використанню інформаційно-комунікаційних технологій для розвитку та здійснення права участі, викладеного в цьому Протоколі [2].

Даний акт визначає важливість та необхідність впровадження демократичного принципу щодо права участі кожного у веденні суспільних справ, зокрема в рамках місцевого самоврядування.

Слід зазначити, що у 1994 р. Рада Європи заснувала Конгрес місцевої і регіональної влади Ради Європи в якості консультативного органу, який є форумом для проведення зустрічей і дискусій представників обраних органів місцевої і регіональної влади, а також для обміну думками відносно місцевої і регіональної політики країн-учасників.

Важливою подією для України стало підписання Президентом України у березні 2021 року Указу № 89/2021 «Про затвердження Положення про Конгрес місцевих та регіональних влад при Президентові України» [10].

Згідно з документом, Конгрес є консультативно-дорадчим органом, серед основних завдань якого, зокрема, сприяння ефективному завершенню реформи місцевого самоврядування та налагодженню ефективної взаємодії державних органів, а також моніторинг суспільно-політичних і соціально-економічних процесів, що відбуваються в державі на регіональному та місцевому рівнях.

Конгрес братиме участь у виробленні державної регіональної політики. Крім того, він має вивчати та узагальнювати міжнародний досвід у сфері територіального розвитку з урахуванням стандартів Європейської хартії місцевого самоврядування, а також організовувати роботу щодо формування складу делегації України в Конгресі місцевих і регіональних влад Ради Європи [9].

Відповідно до Резолюції 91 (2000 р.) Конгресу місцевої і регіональної влади Ради Європи втілення в життя політики держави, ґрунтованої на принципах демократії, будується на повсюдній повазі прав і свобод людини і громадянина, активній участі останніх в політичному житті держави і місцевого співтовариства за допомогою розділення загальних демократичних ідеалів. Такі громадяни постійно цікавляться державною і громадською обстановкою, а також цілком ясно усвідомлюють відповідальність за свої дії, у тому числі і бездіяльності. Залучення громадян до муніципальної демократії є життєвим джерелом енергії муніципалітетів.

Відповідно до Резолюції муніципальна демократія є універсальним інститутом сучасного громадянського суспільства і правової держави. Жива демократія на місцевому рівні є запорукою життєздатної демократії на рівні державному [27].

У рамках виконання своїх статутних функцій Конгрес місцевих і регіональних влад Ради Європи здійснює моніторинг виконання державами-членами РЄ Європейської хартії місцевого

самоврядування, а також спостереження за місцевими й регіональними виборами у цих країнах. Ці два напрями є основними у співпраці Конгресу місцевих і регіональних влад з Україною та обумовлюють зміст й тональність розгляду пов'язаних з Україною питань у рамках цього консультативного органу Ради Європи.

У ході останнього моніторингового візиту делегації Конгресу місцевих і регіональних влад в Україну 4-6 березня 2020 р. спецдоповідачі щодо України – представниці Норвегії та Австрії – підготували звіт про стан місцевої та регіональної демократії в Україні. 17 вересня 2020 р. Моніторинговий комітет Конгресу місцевих і регіональних влад ухвалив цей документ та проєкт відповідної рекомендації Уряду України. Обидва документи обговорюватимуться на одній із наступних сесій Конгресу місцевих і регіональних влад (восени 2021 р. чи навесні 2022 р.).

Ще одним документом, який не можна оминути увагою, є Стратегія інновацій та доброго врядування на місцевому рівні 2008 р., яка ухвалена Комітетом Міністрів Ради Європи. Даний Документ має програмний характер та визначає принципів доброго демократичного врядування на місцевому рівні. До таких принципів належать: чесне проведення виборів, представництво та участь; зворотний зв'язок, чутливість; ефективність та результативність; відкритість і прозорість; верховенство права; етична поведінка; компетентність і спроможність; інноваційність та відкритість до змін; раціональне управління фінансами; права людини, культурне різноманіття та соціальна згуртованість; підзвітність, для забезпечення того, щоб місцеві (виборні) представники та службовці брали відповідальність та були відповідальними за свою діяльність [24, с. 79].

Принципи окреслюють оновлену модель місцевого управління, яка спрямована на підвищення ефективності взаємодії місцевих жителів на основі відкритості, довіри та прозорості, враховує виклики сучасності, збільшення демократичних вимог людей і дозволяє реалізовувати місцеву політику у найбільш прийнятний для людей та усіх заінтересованих сторін спосіб.

Отже, на сучасному етапі ряд міжнародних та регіональних документів з питань локальної демократії отримали ратифікацію в Україні. Це є важливим кроком для впровадження стандартів локальної демократії, які випробувані багаторічною міжнародною демократичною практикою та мають практичне значення для розбудови сучасної системи місцевого самоврядування.

Слід зазначити, що в останні роки в Україні значна увага приділяється питанням локальної демократії. Зокрема, у 2007 році Президентом України був прийнятий Указ «Про Європейський тиждень місцевої демократії» № 922/2007 від 27.09.2007 року, яким започатковано офіційний старт Європейського тижня місцевої демократії, який проводиться щорічно [11]. Також все активніше застосовуються інструменти локальної демократії та інструменти участі – методи прямого впливу на діяльність влади та процес прийняття рішень.

Аналізуючи нормативно-правове регулювання локальної демократії в Україні, зауважимо, що Конституція та Закони України закріплюють достатньо широкий перелік можливих форм локальної демократії, до яких, зокрема, належать: створення і діяльність об'єднань громадян та органів самоорганізації населення, місцеві ініціативи, загальні збори, місцеві референдуми, громадські слухання, громадський контроль та інші. Але якісне застосування даних інструментів потребує детальної регламентації, зокрема на локальному рівні.

Оскільки внаслідок нестачі необхідних локальних нормативних актів, які покликані конкретизувати законодавчі положення щодо порядку використання інструментів локальної демократії, значно стримується розвиток та активне використання всіх наявних засобів локальної демократії.

Ще однією важливою проблемою є низький рівень поінформованості громадян про власні можливості брати участь у вирішенні питань місцевого значення. Дана ситуацію в першу чергу зумовлена традиційно низькою активністю громадян, їхнім небажанням займати активну громадську позицію.

Розв'язання нагальних проблем, які виникають на шляху розвитку локальної демократії, потребує комплексного підходу, який повинен враховувати світовий досвід та вітчизняні особливості. Адже ефективне функціонування локальної демократії є запорукою реалізації прав громадян, сприяє широкому залученню місцевих жителів до вирішення питань та проблем, які виникають на місцях, створює належні та гідні умови проживання, відіграє важливе значення для формування та підвищення правової свідомості громадян.

Висновки

Дієва локальна демократія є основою ефективної та міцної національної демократії. Саме місцевий рівень є визначальним, оскільки саме тут громадяни вперше знайомляться з політичною системою, частиною якої вони є; це їх первинна основа для політичної участі та представництва.

Значення локальної демократії полягає в можливості ширшої участі населення у вирішенні питань місцевого значення, що зумовлює підвищення рівня правової культури, формує соціальні цінності населення, з одного боку, та впливає на поліпшення надання послуг та роботу органів місцевої влади за рахунок підвищення підзвітності громадськості, з іншого. Саме локальна демократія відбиває потреби та інтереси місцевих жителів, сприяє ефективному та оперативному вирішенню проблем та потреб, які можуть виникати на місцях; поліпшує взаємодію населення та якість надання послуг.

Належне функціонування демократичних інститутів та процесів на місцевому рівні є визначальним та важливим фактором, оскільки активна громадянська позиція на місцевому рівні закладає фундамент для сильної на стабільної демократії на національному рівні. Адже політика на національному рівні визначає практику та методи роботи на місцевому рівні, у той час як досвід на місцевому рівні є основою для національної політики та реформ.

Належну місцеву демократію найкраще підтримувати та розвивати у взаємодії між жителями, місцевою владою та державою. Держава повинна створювати якісну та дієву нормативно-правову базу для ефективної локальної демократії. Значення діяльності місцевої влади полягає в першу чергу у сприянні широкій участі громадян у вирішенні питань та проблем місцевого значення; по-друге, важливо забезпечити можливість мешканцям висловити свою думку щодо місцевої політики та створити доступні умови взаємодії та постійного діалогу. Мешканці, у свою чергу, повинні проявляти зацікавленість, використовувати різні можливості для висловлення своїх поглядів на те, як здійснюється управління на місцях. Адже як виборці, які обрали своїх представників, мешканці також несуть відповідальність за діяльність місцевої влади.

Список використаних джерел:

1. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL : https://zakon.rada.gov.ua (дата звернення: 01.06.2021).

2. Додатковий протокол до Європейської хартії місцевого самоврядування про право участі у справах органу місцевого самоврядування : Закон № 1664-VII від 02 вересня 2014 року. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b49#n2 (дата звернення: 01.07.2021).

3. Європейська Рамкова Конвенція про транскордонне співробітництво між територіальними общинами або властями. Мадрид, 21 травня 1980 р. URL : http:zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi (дата звернення: 06.07.2021).

4. Європейська хартія участі молоді в громадському житті на місцевому і регіональному рівні. URL : http://humanrightsinukraine.org.ua/wpcontent/uploads/2015/10/eu_charter_ukr.pdf (дата звернення: 04.07.2021).

5. Європейська хартія міст, 17 травня 1992 р. URL : http://uristinfo.net/2010-12-18-14-34-28/42-pdbilenchuk-mistseve-samovrjaduvannja-vukrayini/743-evropejskaja-hartija-gorodov.html (дата звернення: 11.07.2021).

6. Європейська хартія міст II (маніфест нової урбаністики), 29 травня 2008 р. URL : http://www.slg-coe.org.ua/wp-content/uploads/2015/05/Principle-9.- European-chart.pdf (дата звернення: 11.07.2021).

7. Європейська хартія місцевого самоврядування: Рада Європи; Хартія, Міжнародний документ від 15.10.1985. *Офіційний вісник*. 2015 р. № 24, / № 39, 2013, ст. 1418/, стор. 450, стаття 718.

8. Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21 травня 1997 р., № 280/97-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1997. № 24.

9. Про транскордонне співробітництво : Закон України 24 червня 2004 року. № 1861–IV. URL : http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi (дата звернення: 03.07.2021).

10. Положення про Конгрес місцевих та регіональних влад при Президентові України : Указ Президента України від 4 березня 2021 року № 89/2021. URL : https://www.president.gov.ua/documents/892021-37105 (дата звернення: 08.07.2021).

11. Про Європейський тиждень місцевої демократії : Указ Президента України від 27.09.2007 року № 922/2007.

URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922/2007#Text (дата звернення: 06.06.2021).

12. Про затвердження Державної програми розвитку транскордонного співробітництва на 2021–2027 роки : Постанова Кабінету Міністрів України від 14 квітня 2021 р. № 408. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/408-2021-%D0%BF#Text. (дата звернення: 01.07.2021).

13. Батанов О. Муніципальна влада у системі сучасного муніципалізму: концептуальні проблеми теорії. *Юридичний вісник*. 2010. № 3. С. 16–22.

14. Бондарь Н.С. Местное самоуправление и конституционное правосудие: конституционализация муниципальной демократии в России. Москва : Норма, 2009. 592 с.

15. Була С. Теоретико-методологічний аналіз локальної демократії як умови та інструменту становлення консолідованої демократії в перехідних суспільствах (на прикладі України) : автореф. дис. ... канд. політ. наук : 23.00.01. Львів, 2012. 19 с.

16. Бурін О.М. Проблеми впровадження концепції локальної демократії в Україні. *Державне управління: удосконалення та розвиток*. 2014. № 9. URL : http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=752 (дата звернення: 25.06.2021).

17. Всесвітня декларація місцевого самоврядування. *Місцеве та регіональне самоврядування України*. 1994. Вип. 1/2 (6/7). С. 65–69.

18. Демократия и местное самоуправление. Реферат на книгу: Hill D.M. Democratic theory and local government. Москва, 1994.

19. Крамаренко С.В. Развитие институтов непосредственной демократии в местном самоуправлении: теоретико-правовые и прикладные аспекты: дис. … канд. юр. наук : 12.00.02. Воронеж, 2013. 234 с.

20. Лермонтов Ю.М. Теоретико-правовые основания муниципального народовластия. *Социология власти*. 2009. № 2. С. 210–214.

21. Лендьєл М. Місцева демократія у країнах Центральної і Східної Європи: монографія. Ужгород : Мистецька лінія, 2011. 688 с.

22. Лендьєл М. Регіональні та місцеві аспекти політики. *Науковий* вісник Ужгород. ун-ту. 2010. Вип. 15. С. 204–210.

23. Лощихін О.М. Теоритичні підходи до визначення поняття та особливостей муніципальної демократії. *Право.ua.* 2017. № 3. С. 5–9.

24. Мошак О.В. Міжнародні стандарти локальної демократії і транскордонне співробітництво: шляхи розбудови. *Lex Portus*. 2019. № 3. С. 69–84.

25. Музиченко Г.В. Основні компоненти місцевої демократії в сучасній Україні. *Труды Одесского политехнического университета*. 2002. Вып. 2(18). С. 320–323.

26. Новоселов А.А. Применение концепции «местной демократии» в современном процессе государственного строительства Европейских стран : дис. … канд. полит. наук : 23.00.02. Новгород, 2006. 168 с.

27. Об обязанностях граждан и участии в общественной жизни : Резолюция 91 Конгресса местных и региональных властей Совета Европы. 2000. URL : https://rm.coe.int/-91-2000-1-/1680719055 (дата звернення: 30.06.2021).

28. Право Европейского Союза / под общ. ред С.Ю. Кашкина. Москва : Юристъ, 2002. 925 с.

29. Право обирати і бути обраним в країнах ЄС: суб'єкти, умови і механізми реалізації. URL : https://parlament.org.ua/docs/files/8/1150892449_ans.pdf (дата звернення: 10.07.2021).

30. Садикова Є.О. Інститут представництва на місцях в умовах трансформації системи місцевого самоврядування в Україні : дис. ... канд. політ. наук : 23.00.02. Одеса, 2016. 206 с.

31. Тюлегенов А.Э. Муниципальная демократия как механизм реализации местного самоуправления. *Административное и муниципальное право*. 2014. С. 689–695.

32. Чернявський А.Л. Проблеми реалізації виборчих прав іноземців та осіб без громадянства в контексті євроінтеграції України. *Вісник Університету банківської справи Національного банку України.* 2014. № 3. С. 25–27.

33. Цумарєв М.І. Формування громадянської культури локальної демократії в сучасній Україні : дис. ... канд. політ. наук : 23.00.03. Київ, 2019. 245 с.

34. Burns D. Can Local Democracy Survive Governance? *Urban Studies*. 2000. Vol. 37. № 5/6. P. 963–973.

35. Convention on the Participation of Foreigners in Public Life at Local Level, 1992. URL : https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007bd26 (дата звернення: 11.07.2021).

36. Decentralization and Local Democracy in the World : First Global Report 2008 : United Cities and Local Governments, the World Bank. 2008. 350 p.

37. Local democracy/ International Institute for Democracy and Electoral Assistance. URL : https://www.idea.int/publications/catalogue/local-democracy (дата звернення: 19.06.2021).

38. Local democracy today and tomorrow – learning from good practice. URL : http://www.clgf.org.uk/default/assets/File/Publications/reports/Local_Democracy_today_and_tomorrow-learning_from_good_practice-IDEA-CLGF-CityInsight2014.pdf (дата звернення: 01.07.2021).

39. Soós G. Introduction. Faces of Local Democracy. Comparative Papers from Central and Eastern Europe. Budapest : OSILGPSRI, 2005. 307 p.

40. Stone C.N. Urban Regimes and the Capacity to Govern: A Political Economy Approach. *Journal of Urban Affairs*. 1993. Vol. 15. № 1. p. 1–28.

DOI https://doi.org/10.36059/978-966-397-237-4-3

Чернецька О. В.,
кандидат юридичних наук, доцент,
директор
Навчально-наукового інституту міжнародних відносин
Київського міжнародного університету,
м. Київ

Шилінгов В. С.,
кандидат юридичних наук, доцент

ПРАВОВА СИСТЕМА СУСПІЛЬСТВА: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ

Анотація. *На підставі системного підходу авторами проаналізовані сучасний стан, проблеми і перспективи наукового дослідження загальнотеоретичної категорії правової системи суспільства. Матеріали присвячені теоретико-методологічним проблемам формування та розвитку правової системи, механізмів її функціонування та взаємодії з іншими соціальними системами (економікою, мораллю, політикою та ін.). Зміст запропонованих матеріалів відповідає меті і завданням дослідження. В них правова система розглядається як предмет теоретико-методологічного пізнання, її мета, функції та структура. Правова система характеризується як стабілізуючий і організуючий фактор (чинник) суспільства. Системні дослідження правової системи суспільства спрямовані на виявлення та з'ясування внутрішніх зв'язків, процесів і механізмів та зовнішніх впливів, які забезпечують її єдність, цілісність, автономність та стабільність.*

Вступ

Зміни, що нині відбуваються у суспільних відносинах та соціальних зв'язках, пов'язані із розбудовою громадянського суспільства як основи правової держави в Україні. Правова держава є способом реалізації громадянського суспільства, його політичною формою. Громадянське суспільство являє собою форму поєднання приватних і суспільних інтересів. Воно є тим

соціальним середовищем, в якому реалізується більшість прав і свобод громадян та їх об'єднань. Найважливішим елементом громадянського суспільства є юридично вільний індивід.

Одним із головних напрямів процесу розбудови громадянського суспільства є створення ефективного громадського контролю за діяльністю органів влади. При цьому саме державна влада, що базується на принципах демократії та верховенства права, є передумовою формування громадянського суспільства. Отже, громадянське суспільство є способом соціального життя, що базується на праві та демократії. Право відіграє надзвичайно важливу роль у процесі розбудови і функціонування громадянського суспільства, у зв'язку з цим існує нагальна потреба у переосмисленні підходів до розуміння сутності самого права, його місця і призначення у житті суспільства.

Оскільки право є складним, комплексним явищем, тому актуальним питанням для загальної теорії права є використання системного підходу до аналізу різноманітних правових категорій і процесів. Крім того, актуальність загально-теоретичного дослідження проблем розвитку та функціонування правової системи в умовах розбудови громадянського суспільства зумовлена низкою причин, зокрема: соціальними (зміни у структурі суспільства, соціальних зв'язках, суспільних відносинах), теоретичними (потребою комплексного аналізу сутності, змісту і форм правової системи суспільства), практичними (необхідністю підвищення ефективності правових процесів, що відбуваються всередині правової системи).

Дослідженням питань формування та функціонування правової системи суспільства займалися такі відомі українські вчені-правознавці, як: В. Бабкін, А. Заєць, О. Зайчук, М. Козюбра, В. Копейчиков, В. Опришко, Н. Оніщенко, М. Орзіх, В. Погорілко, П. Рабінович, А. Селіванов, Ю. Шемшученко та ін. (зокрема, вийшли друком: у 2002 р. – Правова система: проблеми теорії, Н. Оніщенко; у 2006 р. – Вступ до теорії правових систем, за загальною редакцією О. Зайчука і Н. Оніщенко; у 2008 р. – Правова система України: історія, стан та перспективи (Том 1. Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України, за заг. ред. М. Цвіка, О. Петришина); у 2012 р. – Правові системи сучасності, за редакцією Ю. Шемшученка). Цим питанням присвятили свої дослідження і зарубіжні вчені, зокрема Ф. Ауман, Р. Балдін, В. Бернхем, Р. Давид, К. Нетон, А, Уотсон, Л. Фрідмен, Дж. Херст та інш.

Категорія «правова система» увійшла до наукового обігу вітчизняної юриспруденції у 80-х роках ХХ ст. За цей час сталися певні зрушення у використанні системного підходу до дослідження правових явищ, зокрема, відбувається накопичення понятійного апарату цих досліджень, усвідомлення внутрішніх механізмів правової системи, з'ясування структурно-функціональних зв'язків між її складовими елементами та ін.

Однак при цьому слід констатувати, що натепер у галузі загальної теорії права так і не вдалося сформулювати універсальне визначення самого поняття «правова система суспільства», досі тривають наукові суперечки щодо його сутності та структури і т.д.

Все це, на нашу думку, є свідченням того, що у застосуванні системного підходу в процесі дослідження права ми перебуваємо лише на початку шляху, а подальші успіхи і досягнення у цій діяльності стануть підґрунтям нових поглядів і нового мислення у правознавстві.

У запропонованих матеріалах викладені результати проведеного авторами дослідження загальнотеоретичних проблем розуміння правової системи суспільства.

1. Системний аналіз у юриспруденції

Навколишній світ складається з безлічі систем. Системність – це загальна властивість об'єктивно існуючої єдності світу, його структурованості і взаємозв'язку [15, с. 5]. Система – слово грецького походження, що в перекладі означає (складне, поєднане) утворене з елементів, частин, одиниць. Система – це сукупність взаємозумовлених та взаємопов'язаних елементів, що формують єдине ціле, взаємодіють між собою та середовищем. Система – це багатоаспектна, комплексна категорія, під якою, зокрема, розуміють: 1. Порядок, що зумовлений правильним, планомірним розташуванням та взаємним зв'язком частин чого-небудь; 2…3. Форма, організація, будова чого-небудь (державних, політичних, господарських одиниць, установ і т.ін.); лад, режим // Форма суспільного устрою, організація. 4. Сукупність яких-небудь елементів, одиниць, частин, об'єднаних за спільною ознакою, призначенням. 5…6. Будова, структура, що становить єдність закономірно розташованих та функціонуючих частин і т.д. [7, с. 207].

Загальні уявлення та знання, що сформувалися у процесі наукового дослідження різноманітних систем незалежно від їх природи (фізичної, біологічної, соціальної та ін.), утворюють теорію систем. Основним методом дослідження, який використовується зазначеною теорією, є системний аналіз, сутність якого полягає у цілісному, комплексному підході до дослідження різноманітних систем, зокрема, у визначенні їх мети, структури, функцій, внутрішніх і зовнішніх зв'язків та ін. Системний аналіз являє собою методологію комплексного дослідження природних або соціальних явищ та процесів, з метою підвищення якості й обґрунтованості інформації та достовірності отриманих знань. Таким чином, якщо системність є об'єктивною властивістю матеріального і духовного світу, то системний аналіз є основним способом його пізнання.

Системний аналіз лежить в основі системного підходу до наукових досліджень та практичного вирішення проблем, що постають у процесі історичного розвитку людства. Потреба у системних дослідженнях зумовлена практичною необхідністю цілісного, системного, комплексного засвоєння та перетворення природних і соціальних умов життя. Крім того, сучасні теоретичні знання та практична діяльність настільки спеціалізовані та диференційовані, що виникає нагальна потреба в їх систематизації та інтеграції для формування (відновлення) загального, єдиного уявлення про соціальну практику і суспільний розвиток загалом.

Системні дослідження спрямовані на виявлення та з'ясування внутрішніх зв'язків, процесів і механізмів, а також зовнішніх впливів і кордонів (меж), які забезпечують цілісність, автономність та стабільність будь-якої системи. Системний підхід передбачає поєднання кількох аспектів, зокрема:

1) системно-комплексного, який полягає у встановленні (виявленні) складових елементів (частин) досліджуваної системи та процесів, що в ній відбуваються;

2) системно-структурного, який полягає у з'ясуванні внутрішніх зв'язків і залежностей між елементами досліджуваної системи, формує уявлення про її внутрішню організацію (будову);

3) системно-функціонального, який полягає у встановленні та з'ясуванні функцій, для виконання яких і створена відповідна система;

4) системно-цільового, який полягає у визначенні завдань і з'ясуванні бажаних результатів, дослідженню яких має сприяти досліджувана система;

5) системно-ресурсного, який полягає в ретельному виявленні ресурсів, потрібних для функціонування системи, з метою вирішення системою тієї чи іншої проблеми;

6) системно-інтеграційного, який полягає у розкритті ознак та властивостей системи, що забезпечують її єдність, цілісність та особливість;

7) системно-комунікаційного, який полягає у встановленні зовнішніх зв'язків досліджуваної системи;

8) системно-історичного, який дає змогу прослідкувати розвиток досліджуваної системи, пройдені нею етапи, сучасний стан та можливі перспективи [13, с. 14].

З огляду на єдині вихідні постулати загальної теорії систем і системного аналізу слід зазначити, що будь-яка система повинна підпорядковуватись принаймні деяким вимогам системності (складатися із взаємопов'язаних і безпосередньо взаємодіючих структурних елементів, мати відносну самостійність, відособленість від інших об'єктів, мати внутрішню цілісність тощо) [8, с. 15].

При цьому необхідно звернути увагу на те, що будь-яка система характеризується такими загальними ознаками: єдністю, цілісністю, структурованістю, інтегрованістю, автономністю, стабільністю. Втім поряд із загальними ознаками кожна система має і власні специфічні риси.

Щодо визначення поняття «система» необхідно зазначити, що існує безліч різних визначень, які пропонують учені-філософи, соціологи, юристи. Узагальнивши їх, можна зробити висновок, що система – це упорядкована сукупність елементів, взаємопов'язаних і взаємодіючих один з одним, яка має відносну самостійність і органічну єдність, характеризується внутрішньою цілісністю і автономністю функціонування [10, с. 546].

Натепер ми підійшли до такого етапу розвитку наукових досліджень, коли, продовжуючи вдосконалювати загальнонаукові уявлення щодо системності, необхідно переходити до їх застосування у конкретних галузях знань, зокрема, це стосується і юриспруденції. Системність – це властивість права, що зумовлена комплексним характером суспільних відносин, які потребують правового упорядкування (регулювання і охорони), і полягає у поєднанні правових елементів (джерел, принципів і норм права, юридичної практики і правосвідомості) за цільовими, змістовими і функціональними ознаками у структурно упорядковану єдність.

Оскільки право є надзвичайно важливим соціальним явищем, яке має складний, комплексний характер, саме тому для його дослідження та з'ясування місця і ролі у суспільному житті доцільно і варто застосовувати системний аналіз. Системний аналіз у дослідженні права дасть можливість розкрити склад, структуру, з'ясувати функції і цілі правової системи, встановити зв'язки та дослідити процеси, що розкривають її суть та призначення.

2. Загальна характеристика правової системи суспільства

Правова система – це одна із центральних юридичних категорій, вона посідає провідне місце у світі правових явищ. Правова система – це не випадковий набір юридичних елементів, наявних у тому чи іншому суспільстві. Це зумовлений об'єктивними закономірностями розвитку та усвідомлений суспільством комплекс взаємозумовлених, взаємопов'язаних і взаємодіючих правових елементів, який використовується суспільством для досягнення поставлених перед ним цілей.

Правова система – це соціальний феномен, який виникає на певному етапі розвитку людського суспільства, зумовлений потребами і особливостями його розвитку, і характеризується цілісністю, відносною самостійністю, стійкістю та автономністю функціонування. Вона має об'єктивний характер, оскільки її склад, структура, функціональне призначення та цільова спрямованість не залежать від волі і бажань окремих індивідів.

Сучасна національна юриспруденція характеризується багатоманіттям визначень поняття правової системи суспільства.

Багатозначність визначень правової системи, наявність різних тверджень, поглядів на цю категорію, специфічність авторських поглядів свідчать про активну творчу розробку такої проблеми, про пошуки найбільш чіткої й повної характеристики досліджуваного правового явища.

Пошуки, які ведуть учені у цій галузі, є помітним внеском у подальший розвиток юридичної науки, дають конкретний матеріал для використання у практичній діяльності [2, с. 20–21].

Відомі українські вчені визначають правову систему як реальність, що охоплює всю сукупність внутрішньоузгоджених, взаємопов'язаних, соціально однорідних юридичних засобів (явищ), за допомогою яких офіційна влада справляє регулятивно-організаційний і стабілізуючий вплив на суспільні відносини, поведінку людей (регулювання, дозвіл, зобов'язання,

заборону, переконання і примус, стимулювання й обмеження, превенція, санкція, відповідальність тощо) (Оніщенко Н.) [8, с. 18] або як об'єктивне, історично закономірне правове явище, яке включає у себе взаємопов'язані, взаємозумовлені та взаємодіючі компоненти: право і законодавство, що його втілює, юридичні установи та юридичну практику, суб'єктивні права і обов'язки, правовідносини, правову ідеологію та ін. (Оніщенко Н.) [8, с. 37], або як систему всіх юридичних явищ, які існують у певній державі чи групі держав. До складу такої системи входять, як правило, такі правові елементи: 1) різні правові акти (юридичні норми з їх зовнішніми джерелами, об'єктивовані акти тлумачення та акти застосування цих норм), а також діяльність відповідних суб'єктів зі створення, зміни чи припинення таких актів; 2) різні види правосвідомості та форми (засоби) її виявлення; 3) стан законності (соціальний режим відповідності фізичної діяльності суб'єктів приписам законів) (Рабінович П.) [14, с. 194], або як сформовану під впливом об'єктивних закономірностей розвитку певного суспільства сукупність усіх його правових явищ, які перебувають у сталих зв'язках між собою та з іншими соціальними явищами, що забезпечує її цілісність, розвиток та правонаступність (Лук'янов Д.) [9, с. 515].

Деякі особливості існують у визначенні елементів правової системи у правознавців зарубіжних країн. Так, англійський правознавець К. Ньютон вважає, що правова система включає у себе судову систему, загальні принципи діяльності судів, процедуру роботи судів, арбітраж, адміністративні трибунали, уповноважених парламенту, присяжних засідателів, професійну підготовку юристів, діяльність адвокатів, діяльність юридичних осіб, що представляють королівську владу, генерального прокурора і генерального солісітора, комісію з різних можливостей.

Американський правознавець Е. Аллен Фарнсворг виділяє такі основні структурні елементи правової системи, як: юридична підготовка і професія, законодавча система, статутне право і другорядні джерела права, процесуальне право, приватне і публічне право.

Американський правознавець Д.Ж. Кафлін надає більш широке тлумачення правової системи. Він фактично ототожнює право і правову систему, вводячи в її структуру такі елементи, як: юридична професія, судова система, судове процесуальне право, контракти, заподіяння шкоди особам і власності, недбайливість,

право спадкування, утримання недієздатних осіб, документація у сфері торговельного обігу, праця й управління, корпорації, товариства, шлюб, розлучення, право нерухомості, право купівлі-продажу, патенти, авторське право і торговельні марки, захист покупця, система права, Верховний суд США [2, с. 16–18].

На відміну від правознавців країн загального права, представники держав романо-германської групи дещо ширше розглядають елементний склад правової системи. Так, Ж. Карбоньє вважає, що правова система – це комплекс елементів, які поєднані між собою не випадково, а необхідними зв'язками та відносинами. В огляді данського права за редакцією Г. Гаммельтоффа-Хансена поняття правової системи і права ототожнюється. При цьому у структуру правової системи входять такі елементи, як: конституційне й адміністративне право, взаємозв'язки між ними, сімейне право, спадкове право, загальне право зобов'язань, контракти, зобов'язання, що виникають із спричинення шкоди, право власності, транспортне право, трудове право, право компаній, страхове право, право інтелектуальної власності, антитрестівське законодавство, міжнародне приватне право, кримінальне право, процесуальне право [2, с. 19].

У теоретичному моделюванні структури правової системи за законами і методологічними принципами системного підходу надзвичайно важливо враховувати три великі блоки системних зв'язків, які багато в чому визначають її модель.

По-перше, це зв'язки, що опосередковують вплив інших соціальних систем на правову систему. Безсумнівно, що вони тією чи іншою мірою формують правові явища, зумовлюють їх зміст. Їх можна назвати системним блоком генетичних зв'язків, зовнішніх стосовно права. Зрозуміло, що сюди входять зв'язки правової системи з економікою, політикою, ідеологією, мораллю тощо. При цьому йдеться про конкретні відносини між ними, що виражені у відповідних механізмах взаємодії і взаємовпливу.

По-друге, це зв'язки і взаємозалежності всередині самої правової системи. Їх можна назвати системним блоком зв'язків, що виражають внутрішню організацію правової системи. Це насамперед міжгалузеві зв'язки, взаємодія правових інститутів, форм права, норм права і правових відносин, юридичної діяльності та відповідальності, правотворчості та правозастосування тощо.

По-третє, зв'язки, що викликаються зворотним впливом правової системи на інші соціальні системи [6, с. 263–264].

Таким чином, дослідження правової системи полягає у встановленні та з'ясуванні причин її виникнення, загальних закономірностей та специфічних особливостей її формування, у розкритті її складу, структури, функціонального призначення та цільової спрямованості, взаємозв'язку з іншими соціальними системами та взаємодії між ними.

Усі соціальні системи являють собою частину суспільства. Суспільство, своєю чергою, є мультисистемою, що включає у себе економічну, політичну, правову, культурну та інші підсистеми. Отже, правова система також не може існувати поза соціумом й існує лише в суспільстві [1, с. 497].

Таким чином, усі соціальні системи пов'язані між собою та взаємодіють у процесі суспільного розвитку. Економіка (від давньогрецького – спосіб або мистецтво хазяйнувати) є сферою забезпечення потреб людини і суспільства, що включають виробництво, розподіл, обмін та споживання матеріальних благ, а також відносини, що виникають у цих процесах.

В економічній сфері забезпечується задоволення фундаментальних людських потреб та створюються умови для забезпечення усіх інших потреб [9, с. 36–37]. Ця сфера суспільної діяльності має ґрунтуватись на законах економіки (законі вартості, законі пропозиції та попиту, законі грошового обігу та ін.) та відповідати економічним нормам (нормі виробітку, нормі часу, нормі обслуговування та ін.), економічні закони і норми тісно пов'язані з нормами права, правовим регулюванням. По-перше, стан економічного розвитку суспільства є одним з основних чинників, що призвели до виникнення самого права (поділ праці, перехід до товарного виробництва та ін.). По-друге, економічні відносини (товарно-грошові відносини, відносини власності і т.д.) потребують правової регламентації, тобто надання їм юридичних форм (інститут власності, інститут купівлі-продажу та ін.).

Правова система покликана стабілізувати економічні відносини, дисциплінувати учасників господарської діяльності, сприяти пошуку в лабіринті економічних механізмів таких, які можуть сприяти у подоланні кризових явищ в економіці, підняти її на якісно новий рівень. Від якості нормативних актів, що регулюють відносини у сфері економіки, їх своєчасності та доцільності залежать досягнення поставленої мети, перетворення господарського механізму на ефективну і гнучку систему [8, с. 45].

Отже, право закріплює стан економічного розвитку суспільства, забезпечує його від протиправних посягань і водночас стимулює його подальший розвиток.

Стосовно зв'язків і взаємодії правової системи з іншими соціальними системами слід зазначити, що вона є різновидом регулятивних соціальних систем, до яких, крім власне права, належать мораль, етика, політика та ін. Поява таких систем зумовлена потребою суспільства в упорядкуванні суспільних відносин. Регулятивні системи мають спільну мету, а саме забезпечення мирного співіснування людей у суспільстві, але до досягнення цієї мети кожна із них іде власним шляхом.

Мораль як регулятор поведінки людей сформувалась раніше за інші регулятивні системи. В ній знайшли своє відображення уявлення людей про добро, справедливість, обов'язок, честь, гідність і т.д. Принципи моралі – це основоположні начала та вимоги, що поширюються як на особисте, так і на суспільне життя людини. Вони конкретизуються у нормах, що регулюють поведінку людини за певних життєвих обставин. Гарантами їхнього дотримання, з одного боку, є совість (як усвідомлення, почуття моральної відповідальності за свою поведінку, свої вчинки перед самим собою, людьми, суспільством), а з іншого – громадська думка (підтримка або осуд). Мораль має загальний характер, вона поширюється на всі без винятку відносини у суспільстві.

Політика як регулятор суспільних відносин також спрямована на упорядкування суспільного життя. Це упорядкування базується на необхідності узгодження інтересів окремих людей, соціальних груп, спільнот між собою та інтересами суспільства загалом. У політиці це узгодження відбувається виходячи із співвідношення сил і політичної доцільності [9, с. 55]. До основних політичних принципів належать принцип народовладдя, принцип суверенітету народу, принцип єдності державної влади та її поділу на три гілки (законодавчу, виконавчу та судову) та ін.

Отже, правова система існує поряд з іншими системами, відмінними за змістом, єдністю, сутністю, характером зв'язків між елементами, за ступенем інтегрованості елементів і структур [1, с. 498]. Вона виникає разом з іншими соціальними системами (економікою, мораллю, релігією, етикою, політикою та ін.), є результатом накопиченого історичного досвіду та розвивається відповідно до соціальних змін.

Правова система має власні, специфічні властивості, які виділяють її серед інших соціальних систем. Це насамперед стосується самого права як універсального регулятора суспільних відносин. Зокрема, право є нормативним регулятором, це означає, що його вимоги поширюються на невизначене коло осіб, тобто на всіх, хто потрапляє під його дію, крім того, його норми будуть реалізовані стільки, скільки у цьому виникає потреба. Правові норми є формально визначеними, а це означає, що в них точно і повно (однозначно) сформульовані правила поведінки, які знаходять своє зовнішнє оформлення у письмових джерелах (правових звичаях, прецедентах, договорах, законодавстві). Визначеність є обов'язковим елементом принципу верховенства права, що має на меті гарантувати кожному можливості як скористатися своїм правом, так і виконати юридичний обов'язок, передбачуваність щодо правомірності та наслідків своєї поведінки [9, с. 77]. Право має загальнообов'язковий характер, це означає, що його норми є безумовним керівництвом до дії, які не підлягають обговоренню або оцінці з точки зору їх доцільності або раціональності, а їх реалізація гарантується можливістю застосування примусу, що є прерогативою держави. Необхідно зазначити, що окремо взята норма права не в змозі упорядкувати суспільні відносини, які мають складний, комплексний характер, а тому для їх регулювання та захисту використовують систему правових норм, які взаємодіють між собою (систему права). Крім системи права, як сукупності взаємодіючих норм права, правова система включає й інші елементи. Зокрема, до її складу входять: принципи права, джерела (форми) права, суб'єкти права, правова свідомість, юридична (правова практика), а саме: правотворча, правозастосовна і правоохоронна та ін.

Правова система виконує низку важливих функцій у суспільстві, під якими слід розуміти основні напрями її впливу на суспільство загалом і суспільні відносини зокрема з метою їх упорядкування (регулювання та захисту). Функції правової системи розкривають механізм взаємодії її структурних елементів та тенденцій її розвитку. До найважливіших функцій правової системи слід віднести: інтегративну, комунікативну, регулятивну, охоронну і стабілізуючу.

Інтегративна функція правової системи полягає в об'єднанні всіх соціальних суб'єктів та забезпеченні єдності суспільства

шляхом узгодження різноманітних (інколи протилежних) інтересів соціальних суб'єктів та подолання соціальних конфліктів за допомогою правових засобів.

Комунікативна функція правової системи полягає у поширенні серед соціальних суб'єктів інформації щодо необхідної, дозволеної або забороненої поведінки, засобів і способів досягнення бажаних (необхідних або допустимих) результатів, шляхів реалізації суб'єктивних прав і юридичних обов'язків, наслідків порушення юридичних заборон.

Регулятивна функція правової системи полягає в упорядкуванні соціальних зв'язків і суспільних відносин, визначення лінії поведінки соціальних суб'єктів шляхом надання їм прав і покладання на них обов'язків, або іншими словами, перетворення найважливіших суспільних відносин на правові відносини, які мають стабільний, прогнозований характер.

Охоронна функція правової системи полягає у захисті суспільства і найважливіших суспільних відносин правовими засобами, які спираються на юридичну відповідальність і можливість застосування державного примусу. Вона реалізується шляхом застосування спеціальних охоронних правових норм компетентними суб'єктами.

Стабілізуюча функція правової системи полягає у забезпеченні стійкого стану суспільних відносин та сталості суспільства, що відповідає кінцевій меті функціонування правової системи, а саме формування правопорядку, що базується на правових цінностях (свободи, рівності і справедливості).

Метою існування та функціонування правової системи у суспільстві є формування і забезпечення стійкого правопорядку. Правопорядок відображає ступінь упорядкованості суспільних відносин, що виникає на основі реалізації норм права, тобто втілення їх приписів у життя всіма суб'єктами права і являє собою підсумок правового регулювання взаємодій між ними.

Таким чином, правова система упорядковує найважливіші суспільні відносини на підставі загальносоціальних уявлень про свободу, рівність і справедливість. Ці уявлення матеріалізуються у вимогах правових норм, відповідно до яких та на підставі яких і здійснюється правове регулювання. Право як сукупність правових норм є нормативною основою правової системи, соціальним призначенням якої є регулювання та захист суспільних відносин з метою формування та підтримки

правопорядку у суспільстві на підставі стабільності, передбачуваності і прогнозованості суспільних відносин, що гарантує їх подальший безперешкодний розвиток.

3. Структура правової системи суспільства

Будь-яка система у праві як органічний порядок передбачає власні елементи цього поняття, а саме: 1) склад; 2) міцний внутрішній зв'язок; 3) єдність як цілісність [5, с. 310].

Велике значення для розуміння змісту поняття правової системи суспільства має розкриття її структури (складу), характеристика її структурних елементів, з'ясування зв'язків та взаємодії між ними.

Тлумачний словник пояснює термін структура як: 1. Взаєморозміщення та взаємозв'язок складових частин цілого, будова. 2. Устрій, організація чого-небудь, форма [7, с. 432].

З точки зору інструментального підходу правова система – це цілісна система взаємопов'язаних правових засобів, що забезпечують нормативно-організаційний вплив на суспільні відносини внаслідок їх використання та відтворення суб'єктами права для досягнення своїх приватних і публічних інтересів [11, с. 87–88].

Структурними елементами правової системи є правові засоби, за допомогою яких реалізуються її функції та досягаються цілі. Вони відображають функціональну сторону правової системи і дають можливість визначити місце і роль різноманітних правових явищ у її структурі. Правові засоби – це юридичні явища (інструменти та процеси), що у своїй єдності роблять можливим її існування. Саме якості правових засобів (властивості), які є структурними елементами правової системи, перетворюють її на єдине, цілісне правове явище.

Правові засоби – це той юридичний інструментарій, який має призвести до досягнення цілей правового упорядкування суспільних відносин. Вони являють собою юридичну техніку та правові технології, за допомогою яких формується правопорядок у суспільстві. До них належать: принципи і норми права, суб'єктивні права і юридичні обов'язки, нормативно-правові та правозастосовні акти, процес реалізації норм права та процес правового регулювання суспільних відносин та ін.

Правові засоби характеризуються такими ознаками: а) мають юридичну природу, тобто базуються на правових нормах, втілені у юридичних формах; б) є узагальнюючими правовими способами,

що забезпечують інформаційний, ціннісно-орієнтаційний, мотиваційний та регулятивний вплив на суспільні відносини; в) спрямовані на досягнення конкретних цілей правового регулювання; г) у своїй єдності забезпечують функціонування правової системи суспільства; ґ) викликають юридичні наслідки (виникнення, зміну або припинення правовідносин); д) забезпечуються можливістю застосування заходів державного примусу.

Правові засоби є різними за обсягом та функціональним призначенням. Однак за відсутності хоча б одного із них правова система втрачає свій сенс і значення, тому що кожен структурний елемент, крім власних, притаманних лише йому функцій, виконує і загальні для всієї системи функції, тобто лише взяті у єдності вони можуть функціонувати як цілісна, єдина система. Таким чином, правові засоби об'єднуються у систему з метою правового упорядкування суспільних відносин, тобто їхнього регулювання та захисту.

Взаємозв'язок елементів правової системи, їх функціонування зумовлюють саме існування правової системи, оскільки ізольовано в розрізненому вигляді вона існувати не може. Тому у дослідженні цієї категорії доцільно застосовувати системно-структурний підхід, вивчення правової системи як загалом, так і частинами [2, с. 9].

Як структурні елементи правової системи можна зазначити: правові цінності, принципи права, норми права, систему права і систему законодавства, джерела (форми) права, суб'єктивні права та юридичні обов'язки, суб'єкти права, юридичні факти, правовідносини, правомірну поведінку, правосвідомість, правові процеси, законність, юридичну відповідальність і як результат її функціонування – правопорядок.

Під цінностями в праві розуміють цінності, що інтегровані правом. Правові цінності є узагальненням соціального досвіду і еталоном належного, оскільки втілюють у собі суспільні ідеали [4, с. 8]. Вони виражають «дух» права, містять у собі відображення суспільних уявлень свободи, рівності і справедливості; слугують орієнтирами у процесі правового регулювання, тобто виступають основою правової системи суспільства. Правові цінності є критерієм оцінки права (з боку індивіда та суспільства) і, безсумнівно, впливають на всі правові процеси у суспільстві. У механізмі правового регулювання вони проявляються через невід'ємні (невідчужувані) природні права (і свободи) людини, основоположні

демократичні правові принципи, оптимальне поєднання (нормативного та індивідуального регулювання) імперативного і диспозитивного методів правового регулювання і т.д.

Правові цінності – це власне правові феномени, які визначають зміст, мету і сутність права, лежать в його основі і є засобом осягнення та пояснення правової реальності [3, с. 94]. Особливо тісний зв'язок існує між правовими цінностями і принципами права: якщо цінність орієнтує діяльність на бажану мету, то принцип формулює загальні вимоги забезпечення реалізації такої мети (наприклад, справедливість як цінність і принцип пропорційності) [9, с. 42].

Загальні принципи права – це основоположні ідеї, засади, які покладені в основу формування права та застосування його норм. Вони визначають зміст і спрямованість права загалом. Загальні принципи права виражаються «духом» права, а не «буквою» закону, а тому, як правило, вони необов'язково мають бути сформульовані у текстах нормативно-правових актів. У зв'язку з чим загальні принципи права не формулюють деталей правового регулювання, та це і не їх функція, однак вони мають бути обов'язково враховані у разі застосування будь-яких конкретних правових норм. Принципи права характеризуються значною стійкістю і стабільністю, мають фундаментальний характер. Вони виражаються, як правило, у максимально загальних і універсальних нормативних приписах, об'єднують усі правові явища у єдину систему. Загальні принципи права містять у собі накопичений суспільством досвід, системоутворюючі механізми та взаємозв'язки з іншими регулятивними соціальними системами (мораллю, етикою, політикою та ін.).

Загальні принципи права об'єктивно зумовлені потребами суспільства в упорядкуванні суспільних відносин з метою забезпечення їхньої стабільності, прогнозованості та передбачуваності. Їх зміст і сутність зумовлені уявленнями про свободу, рівність і справедливість. Вони слугують тими ідеалами та орієнтирами, до яких має прагнути та одночасно якими повинні керуватись правотворча, правозастосовна і правоінтерпретаційна діяльність. Іншими словами, будь-який вид правової діяльності має відповідати вимогам загальних принципів права. Втілення вимог цих принципів у життя і є кінцевою метою правового упорядкування суспільних відносин. Таким чином, правове регулювання розпочинається із відповідності всіх правових дій та

норм вимогам принципів права та завершується реалізацією їхніх вимог [16, с. 37–38].

До загальних принципів права належать:

1) принцип правової визначеності;
2) принцип пропорційності;
3) принцип добросовісності;
4) принцип розумності та ін.

Вимоги принципів права знаходять своє відображення у нормах права, тобто вони закріплюються у нормах права та реалізуються за їх допомогою. Норма права є однією із центральних категорій правової системи суспільства, оскільки право упорядковує суспільні відносини на підставі та у відповідності до правових моделей, еталонів, зразків поведінки суб'єктів. Вони (норми) є первинними, вихідними елементами права загалом. Саме у нормі права відображаються основні риси права – об'єктивність, нормативність, визначеність, забезпеченість можливістю застосування державного примусу. Однак окремо взята норма права не в змозі упорядкувати суспільні відносини, а тому для регулювання однорідних суспільних відносин (тобто тих, яким притаманні певні спільні риси, або тих, які характерні для певної сфери суспільного життя) норми права об'єднуються в інститути і галузі права. Всі вони є самостійними елементами системи права, яка відображає внутрішню будову права, як системи правових норм. Система норм права як стандартів або масштабів поведінки (діяльності) суб'єктів становить зміст права. Зовнішньою формою існування права є система законодавства, яка являє собою цілісну, узгоджену сукупність нормативно-правових приписів. Нормативно-правовий припис є формою, необхідною для існування норми права, або її зовнішнім виразом. Система законодавства надає праву таку специфічну рису, як формальність. Крім нормативно-правових приписів, елементами системи законодавства є нормативно-правові інститути та галузі законодавства. Система права і система законодавства співвідносяться між собою як філософські категорії змісту і форми. Вони є аспектами існування права у його об'єктивному розумінні, тобто як регулятора суспільних відносин. І саме в цій якості, на наше переконання, вони є центральним, системоутворюючим елементом, навколо якого об'єднуються, інтегруються та структуруються всі інші елементи правової системи суспільства. Об'єктивне право спрямовує формування та

функціонування всієї системи і кожного, окремо взятого, її елемента, під його впливом відбувається координація діяльності всього комплексу елементів системи, функціонування кожного окремого елемента та всієї системи загалом. У системі об'єктивного (позитивного) права центральне місце посідає конституція, на підставі якої, відповідно до якої і на виконання якої здійснюється правове регулювання суспільних відносин, уся правотворча і правореалізаційна діяльність суспільства. Саме через верховенство конституції у системі об'єктивного (позитивного) права відбувається реалізація принципу верховенства права у суспільстві. Цей принцип є втіленням усіх загальних засад права, що базуються на правових цінностях – свободи, рівності і справедливості. І саме відповідно до його вимог формується і функціонує сучасна правова система. Таким чином, принцип верховенства права має фундаментальний характер і є основою правової системи громадянського суспільства.

Оскільки норми права як правила поведінки повинні бути відомі тим учасникам суспільного життя, чию поведінку та діяльність необхідно врегулювати, то вони мають бути певним чином проявлені зовні, тобто виражені у певних формах (джерелах). Учасники урегульованих правом відносин завдяки джерелам права отримують інформацію про те, яка поведінка відповідає критеріям правомірності, мають можливість підтвердити чинність правової норми посиланням на відповідне джерело, в якому її закріплено [9, с. 112].

Форма (джерело) права – це зовнішній вираз правових норм шляхом офіційного закріплення їх змісту і, таким чином, надання їм ознак загальнообов'язковості. Правило поведінки перетворюється на норму лише після набуття ним правової форми.

Визнаними джерелами права у більшості правових систем світу є нормативні правові акти, судові прецеденти, правові звичаї, нормативні правові договори. Статус джерела права також мають судова практика і правова доктрина [9, с. 113].

Норми права моделюють поведінку суб'єктів права (учасників правовідносин) шляхом поєднання (узгодження) їх суб'єктивних прав та юридичних обов'язків. Отже, суб'єктивні права і юридичні обов'язки відіграють роль правових засобів і, таким чином, є самостійними елементами правової системи суспільства.

Під суб'єктивними правами розуміють міру (масштаб, межі) можливої поведінки уповноваженої особи, що створює для неї

можливості задоволення її інтересів та потреб і забезпечується відповідними юридичними обов'язками зобов'язаних осіб.

Під юридичними обов'язками розуміють міру (масштаб, межі) належної поведінки зобов'язаної особи, що забезпечується можливістю застосування примусових заходів (засобів юридичної відповідальності) у разі її невиконання (неналежного виконання або відмови від виконання).

Носіями суб'єктивних прав і юридичних обов'язків є суб'єкти права. Суб'єкт права – це особа, яка наділена правом ознаками правосуб'єктності. У сфері приватного права суб'єктами права розрізняють фізичних та юридичних осіб, правосуб'єктність яких складається із правоздатності, дієздатності та деліктоздатності. У сфері публічного права розрізняють державні органи та їх посадові особи, а також органи місцевого самоврядування та їх посадові особи, їх правосуб'єктність закріплена у їхній компетенції.

На нашу думку, всі суб'єкти права є суб'єктами правової системи суспільства, оскільки всі вони беруть участь у процесі правового регулювання суспільних відносин або на нормативному, або на індивідуальному рівнях. При цьому слід зазначити, що не всі суб'єкти правової системи є суб'єктами права, наприклад, освітні й науково-дослідні установи у юридичній галузі (вони надають освітні послуги або проводять наукові дослідження, але участі у правовому регулюванні суспільних відносин не беруть).

Однак у національній науковій юридичній літературі існує думка, що до правової системи не можна включати правоохоронні й державні органи, тому що вони хоча і діють на основі права, проте це все ж не правові явища. Можна включити до правової системи дійсно правові установи, наприклад, такі як науково-дослідні інститути юридичного профілю [2, с. 21], це положення дослівно повторюється у академічній праці «Правова система України: історія, стан та перспективи» [10, с. 554] та посібнику «Правові системи сучасності» [11, с. 17].

Ми вважаємо, що державні органи, в т.ч. і правоохоронні, є суб'єктами правової системи, оскільки її функціонування неможливе без їхньої участі. Правові процеси, такі як правотворчість, правозастосування, правове регулювання та ін., взагалі не можуть відбуватися без діяльності компетентних органів публічної влади.

Правова система формується і функціонує передовсім у рамках діяльності офіційних установ [1, с. 581].

Суб'єктами правової системи є фізичні і юридичні особи, державні органи і органи місцевого самоврядування, державні і приватні установи, які наділені публічними функціями і беруть участь у правових процесах правотворчості, правозастосування, правового регулювання та ін.

Для того щоб була реалізована модель поведінки, яка міститься у нормі права, необхідна наявність відповідних умов, тобто конкретних обставин, які мають юридичне значення. Такими обставинами є юридичні факти. Юридичні факти – це конкретні життєві обставини, з якими норми права пов'язують виникнення, зміну або припинення правовідносин.

Правовідносини – це суспільні відносини між суб'єктами права, що виникають на підставі норми права і пов'язують їх (суб'єктів) взаємними суб'єктивними правами та юридичними обов'язками. Таким чином, правовідносини знаменують собою перехід від нормативного рівня регламентації суспільних відносин до індивідуального конкретизованого рівня.

Реалізація правових норм є їх втіленням у правомірну поведінку, яка конкретизує зміст та рівень правопорядку у суспільстві [9, с. 320].

Правомірна поведінка – це соціально значуща, свідомо вольова поведінка (дія або бездіяльність) суб'єктів права, яка відповідає вимогам норм та принципів права. Вона є елементом правової системи суспільства, оскільки виступає загальною формою реалізації суб'єктивних прав і юридичних обов'язків. Шляхом правомірної поведінки відбувається упорядкування суспільних відносин та управління суспільством загалом.

Для правомірної поведінки велике значення має правосвідомість як кожного індивіда, так і суспільства взагалі. Вона є передумовою та регулятором правової поведінки і являє собою систему ідей, поглядів, емоцій і почуттів, що відображають ставлення до права та юридичної практики і формують перспективи розвитку правової системи суспільства.

Правосвідомість є однією із форм виразу (прояву) правової культури як суспільства загалом, так і кожного окремого індивіда. Під правовою культурою розуміють стан правового життя суспільства, який характеризується досягнутим рівнем розвитку правової системи – станом та рівнем правосвідомості, юридичної науки, системи законодавства, правозастосовної практики, рівнем верховенства права і забезпеченості прав людини [9, с. 160].

Важливу роль для розуміння правової системи суспільства відіграють правові процеси, що в ній відбуваються. Правовий процес – це різновид соціальних процесів, який являє собою певну послідовність змін правової системи, окремих її елементів, спрямованих на досягнення юридично значущих результатів. Він полягає у послідовній зміні стану правової системи суспільства. Різновидами правового процесу є: процес правоутворення, процес реалізації норм права, процес правового регулювання та ін. Правовий процес складається із відповідної кожному різновиду кількості стадій, тобто групи однорідних дій, спрямованих на досягнення конкретних результатів (встановлення, зміну або відміну правових норм, реалізацію суб'єктивних прав та юридичних обов'язків, підвищення ступеня урегульованості суспільних відносин, які входять до предмета правового регулювання і т.д.).

Невід'ємною властивістю правової системи суспільства є законність, яка є основою її організації та функціонування. Змістом законності має бути законодавство, яке базується на правових цінностях, відповідає вимогам принципів права, закріплює і забезпечує основні невід'ємні права і свободи людини, тобто законність має сенс лише в умовах реалізації принципу верховенства права у суспільстві.

Законність являє собою вимогу (режим, принцип) реального закріплення права у чинному законодавстві (перш за все законах) та суворій відповідності йому владно-управлінської, правотворчої, правореалізаційної в т.ч. і правозастосовної діяльності.

Таким чином, вимога (режим, принцип) законності стосується діяльності всіх без винятку суб'єктів у сфері права. Зміст законності пов'язаний як з поведінкою суб'єктів, які реалізують право, так і з діяльністю органів публічної влади, які забезпечують його формування, реалізацію і захист.

Законність – це фундаментальна, комплексна соціально-правова категорія, яка розглядається в різних аспектах, зокрема, як принцип реалізації і функціонування правової системи, як режим існування та діяльності суб'єктів права, як метод здійснення управління суспільством та ін.

Існування та ефективне функціонування правової системи суспільства неможливе без юридичної відповідальності. Юридична відповідальність – це багатоаспектне комплексне соціально-правове явище, зміст якого полягає у реакції суспільства на порушення приписів норм права. Основне призначення і мета юридичної відповідальності полягає у забезпеченні законності,

запобіганні та припинені правопорушень, максимально можливе усунення їх шкідливих наслідків, захист правопорядку.

Юридична відповідальність – це несприятливі, обмежувальні правові наслідки, що полягають у заходах особистого, майнового або (і) організаційного характеру, які застосовуються до деліктоздатного суб'єкта (правопорушника) у спосіб та у формі, що встановлені нормами процесуального права.

У правовій системі юридична відповідальність виступає як міжгалузевий комплексний інститут, якому приманні системність і відносна відособленість. Цей інститут характерний для будь-якої правової системи і є повноцінним і самостійним її елементом [1, с. 856].

Метою і водночас результатом функціонування правової системи суспільства є правопорядок. Правопорядок – це стан упорядкованості суспільних відносин, що базується на правомірній поведінці суб'єктів права. Функціями правопорядку є основні напрями формування і захисту стабільного правового стану суспільних відносин. До них належать: 1) функція упорядкування соціальних зв'язків і суспільних відносин; 2) функція охорони стабільного правового стану соціальних зв'язків і суспільних відносин. Правопорядок у суспільстві базується на відповідних принципах, зокрема: стабільності, організованості, єдності, цілісності, системності та ін. Він є втіленням правових цінностей у життя суспільства і лише він гарантує реальність прав і свобод людини та громадянина, виконання обов'язків усіма суб'єктами права, реалізацію відповідальності за свою поведінку. Правопорядок втілюється у стабільності, прогнозованості та гарантованості найважливіших суспільних відносин.

Юридично обов'язковою нормою правопорядку громадянського суспільства є принцип верховенства права.

Структуру правової системи суспільства можна розглядати у статичному та динамічному аспектах. Статична структура існує у просторі, а її елементами є відносно незмінні та стійкі комплекси (наприклад, правова ідеологія). Статичний аспект називають організаційною структурою правової системи. Динамічна структура існує в часі, а її елементами є змінні в часі комплекси, тобто певні процеси (наприклад, правовідносини). Динамічний аспект називають функціональною структурою правової системи.

Крім того, правові засоби, які є структурними елементами правової системи, також поділяються на статичні та динамічні. Статичні та динамічні елементи правової системи

характеризуються відповідними ознаками, які дозволяють визначити сутність цих компонентів.

Статичні елементи правової системи – це стійкі та відносно незмінні правові засоби, які мають універсальний характер та є стрижнем правової системи, відображають певні правові моделі або зразки, навколо та залежно від яких відбуваються процеси соціальної діяльності. До них, зокрема, належать: принципи права, норми права, система права, система законодавства, правова культура та ін.

Динамічні елементи правової системи – це правові засоби або процеси, які безпосередньо втілюються у соціальну дійсність як правові моделі та принципи (статичні елементи правової системи), визначають конкретні напрями, чинники і форми соціальних змін, фіксують чіткий та однозначний зв'язок між послідовністю подій у конкретних умовах. До них, зокрема, відносять: правотворчість, реалізацію норм права, правові відносини, систематизацію законодавства та ін. [11, с. 88–90].

Крім того, всі елементи правової системи можуть бути згруповані у підсистеми:

1) інституційний складник – суб'єкти права (індивідуальні та колективні), що утворюють правову систему;

2) нормативний складник – правові норми і принципи права, які врегульовують відносини між суб'єктами права, система визнаних у суспільстві джерел права;

3) ідеологічний складник – праворозуміння, права людини, правосвідомість і правова культура, правова наука і правова традиція певного суспільства. До цієї групи належать також система збереження та розвитку наукових знань і підготовки юристів;

4) функціональний складник – нормотворчість, правореалізація, правозастосування, судова та інша юридична практика. Через них фактично здійснюється юридичне життя правової системи, формуються, здійснюються та реалізуються права та обов'язки суб'єктів права, передбачені принципами та нормами права;

5) результативний складник відображає результат дії права, ступінь його соціальної затребуваності та відповідності інтересам суспільства, стан правопорядку суспільства [9, с. 517–518].

У сучасній національній юриспруденції існують різні точки зору щодо основного, центрального, визначального елемента правової системи суспільства. Зокрема, авторський колектив

навчального посібника «Правові системи сучасності» вважає, що саме суб'єкти права є визначальним, стрижневим компонентом будь-якої соціальної системи, у тому числі правової [12]. Однак більшість українських дослідників дотримується думки, що право виступає центральною ланкою правової системи. Норми права породжують правовідносини. Правовідносини є формою реалізації юридичних норм. Правомірна поведінка учасників правовідносин становить сутність законності та правопорядку, які є результатом функціонування правової системи [8, с. 16]. Цю думку поділяють В. Бабкін, В. Журавський, О. Зайчук, О. Копиленко та ін. Ми підтримуємо зазначену позицію і вважаємо, що саме право як регулятор суспільних відносин, тобто об'єктивне право, яке не залежить від волі і бажань суб'єктів конкретних правовідносин, є центральним системоутворюючим елементом правової системи суспільства.

Висновки

Як підсумки хочемо зазначити, що необхідність системного підходу зумовлена нагальними потребами у комплексних системних дослідженнях природних і соціальних умов життя, а сучасні наукові знання і практична діяльність настільки диференційовані та мають вузькоспеціалізований характер, що існує практична необхідність їх інтеграції і формування єдиного, загального уявлення про соціальне буття, але вже на якісно новому теоретико-методологічному рівні.

Системний підхід (метод) відкриває нові можливості у дослідженні права, дає змогу розглянути його як складне, багатоаспектне, комплексне явище, розкрити його структуру, встановити структурні елементи, зв'язки та взаємодію між ними. Це, своєю чергою, має призвести до узагальнення вже накопиченої інформації та знань і стати імпульсом для проведення подальших досліджень на якісно новому рівні, що є необхідним для більш повного та точного встановлення зв'язків і механізмів взаємодії правової системи з іншими соціальними системами та з'ясування її належного місця та специфічної ролі в процесі соціального регулювання загалом.

При цьому не слід створювати ілюзію про безмежні можливості системного методу (підходу), такі уявлення, безперечно, є перебільшенням. Гіперболізація системного підходу обмежує або навіть унеможливлює глибокі, якісні

дослідження будь-якого об'єкта, в тому числі і права. Наукові дослідження, це стосується і правової системи суспільства, мають спиратися на теорію пізнання, тобто загальну методологію права, складовою частиною якої і є системний підхід (метод).

Системний метод дослідження правових явищ передбачає їх комплексне дослідження, що полягає у встановленні та з'ясуванні системних, інструментальних та структурно-функціональних залежностей між ними. Дослідження правової системи суспільства передбачає аналіз усіх реальних умов і обставин, які визначають її існування та розвиток.

Комплексне дослідження правової системи полягає у встановленні та з'ясуванні причин її виникнення, загальних закономірностей та специфічних особливостей її формування, у розкритті її складу, структури, функціонального призначення та цільової спрямованості, взаємозв'язку з іншими соціальними системами та взаємодії між ними.

На підставі проведених досліджень можемо стверджувати, що правова система натепер посідає провідне місце у світі правових явищ. Вона є не випадковим набором юридичних елементів, а являє собою зумовлений об'єктивними закономірностями та усвідомлений суспільством комплекс взаємопов'язаних і взаємодіючих правових засобів та процесів.

Проведений аналіз структури правової системи дає підстави стверджувати, що до її складу входять правові явища лише позитивного характеру, зокрема, такі явища, як протиправна поведінка, правовий нігілізм, злочинність, хоча і мають відношення до права, однак не входять до її складу.

Натепер у національній науковій юридичній літературі переважає думка, що правоохоронні й державні органи не слід включати до правової системи, оскільки вони не є правовими явищами. Проте ми вважаємо, що державні органи, в т.ч. і правоохоронні, є суб'єктами правової системи, позаяк її функціонування неможливе без їхньої участі. Правові процеси, такі як правотворчість, правозастосування, правове регулювання та ін., взагалі не можуть відбуватися без діяльності компетентних органів публічної влади.

Таким чином, правова система суспільства є складним, багатоаспектним, комплексним соціально-правовим явищем, яке полягає у структурній єдності та інтегрованості її складових елементів та їх функціональній взаємодії з метою перетворення

суб'єктів права на відповідальних, стабільних, передбачуваних партнерів правових відносин і встановлення правопорядку у суспільстві.

Список використаних джерел:

1. Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. Харків : Право, 2016. Т. 3: Загальна теорія права / редкол.: О.В. Петришин (голова). 2017. 952 с.

2. Вступ до теорії правових систем : монографія / за заг. ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. Київ : Юридична думка, 2006. 432 с.

3. Горобець К.В. Аксиосфера права: философский и юридический дискурс : монография. Одесса : Феникс, 2013. 218 с.

4. Жебровська К.А. Правові цінності у взаємодії правових систем : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.01 Одеса, 2017. 24 с.

5. Кельман М.С. Юридична наука: проблеми методології : монографія. Тернопіль : ТзОВ «Терно-граф», 2011. 492 с.

6. Колодій А.М. Конституція і розвиток принципів права України (методологічні питання) : дис. … докт. юрид. наук : Київ, 1998. 382 с.

7. Новий тлумачний словник української мови : у 4 т. / укладачі Яременко В.В., Сліпушко О.М. Київ : Аконіт. 1998. Т. 4.

8. Оніщенко Н.М. Правова система: проблеми теорії : монографія. Київ : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2002. 352 с.

9. Петришин О.В., Лук'янов Д.В., Максимов С.І., Смородинський В.С. Загальна теорія права : підручник. Харків : Право, 2020. 568 с.

10. Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т. Харків : Право, 2008. Т. 1: Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України / за заг. ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришина. 728 с.

11. Правові системи сучасності : навчальний посібник. / відп. ред. Ю.С. Шемшученко. Київ : Юридична думка, 2012. 492 с.

12. Правові системи сучасності : навчальний посібник. https://arm.naiau.kiev.ua/books/posibnyk_pps/index.html.

13. Прокопенко Т.О. Теорія систем і системний аналіз : навчальний посібник. Черкаси. ЧДТУ, 2019. 139. URL: https://er.chdtu.edu.ua/bitstream/ChSTU/986/1/ТСІСА_НП.

14. Рабинович П. Основы общей теории права и государства : учебное пособие. Харьков : Консум, 2005. 319 с.

15. Сорока К.О. Основи теорії систем і системного аналізу : навчальний посібник. Харків : ХНАНГ, 2004. 296 с.

16. Шилінгов В.С. Загальні принципи права як джерело права. *Сучасні проблеми правової системи України :* збірник матеріалів міжнар. наук.-прак. конф., м. Київ, 24 листопада 2016 р. Львів : Галицька видавнича спілка, 2016. С. 37–38.

РОЗДІЛ 2.
ІСТОРИЧНІ ДОСЛІДЖЕННЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

DOI https://doi.org/10.36059/978-966-397-237-4-4

Микитюк С. О.,
кандидат педагогічних наук, доцент,
доцент кафедри суспільно-правових дисциплін
і менеджменту освіти
Харківського національного педагогічного університету
імені Г. С. Сковороди,
м. Харків

Микитюк В. О.,
кандидат педагогічних наук, доцент,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін, господарського
та трудового права імені професора О. І. Процевського
Харківського національного педагогічного університету
імені Г. С. Сковороди,
м. Харків

ДЕРЖАВА І ПРАВО ЯПОНІЇ В ПЕРІОД ФОРМУВАННЯ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ (РІЦУРЬО КОККА)

Анотація. *Робота присвячена одному з найцікавіших періодів історії Японії – створення і функціонування держави ріцурьо кокка (правова держава). Держава як суспільний інститут є історичним феноменом, а держава, яка була створена на основі законів у VIII ст., була і залишається феноменом стародавньої історії. Особливістю держави ріцурьо кокка було чітке визначення ролі імператора (який ототожнювався із самою державою), впливом родинних груп на владу імператора і реалізацію функцій держави (охоронна, військова підтримка, зберігання казни), створення центрального апарату влади і розподіл повноважень між*

міністерствами, формування чиновницького апарату на професійній основі, чіткий адміністративно-територіальний поділ, судово-адміністративний порядок розгляду справ, що утворює своєрідну модель правової держави азійського типу, яка сформувалася за конкретними культурно-історичними умовами.

Вступ

Японія – країна з багатим історичним минулим, яка продовжує цікавити сучасних науковців. Проблема дослідження особливостей стародавньої історії Японії пояснюється відсутністю писемності і письмових джерел, які б підтверджували або спростовували різні події, пов'язані з утворенням держави і її основними інститутами. Але цікавим є факт, що Японія на етапі формування державності змогла утворити державу ріцурьо кокка – правову державу, яка є далекою від сучасного розуміння «правова держава», але є дуже своєрідною, цікавою і цілком автентичною.

Дослідження історії Японії різних періодів значно активізувалися у XX ст., коли з'явилося багато праць, перекладених джерел із мови оригіналу, але ці публікації видавалися переважно в зарубіжних країнах. Українські науковці висвітлюють лише окремі аспекти, пов'язані з історико-правовими подіями тогочасної Японії.

Робота присвячена одному з найцікавіших періодів стародавньої Японії – початок V ст. і до XII ст., який умовно можна поділити на період формування і створення японської державності – держава Ямато (з V–VII ст.), і активна фаза запровадження нових реформ після перевороту Тайка, що заклало основи функціонування правової держави (ріцурьо кокка), що надалі стало основою для створення централізованої держави з оригінальною національною японською культурою.

Процес створення правової держави (ріцурьо кокка) розпочався з перевороту Тайка (645 р.), коли були запроваджені реформи адміністративного, управлінського, економічного спрямування, які призвели до того, що держава стала власником землі, запровадивши надільну систему, визначилася з механізмом управління і укріпила буддизм як основну державну релігію. Держава ріцурьо змогла проіснувати до XII ст., коли до влади прийшов самурайський стан і встановив Камакурський сьогунат.

У роботі акцентована увага на процесі становлення правової держави (ріцурьо кокка), особливостях внутрішньої будови держави – імператорська влада, механізм управління державою,

система рангів, яка визначала соціальне становище людини, особливо на те, як важливі елементи функціонування держави відображалися і закріплювалися тогочасними джерелами.

1. Формування японської державності у V–VII ст.

Проблема періодизації історії Японії обговорюється в різних працях науковців і має суттєві відмінності, але 23-томна праця «Історія Японії» розглядає стародавню історію через такі категорії, як «дикість» – VIII тис. – IV ст. до н.е. (ранній і пізній період, включаючи неолітичну культуру «дзьомон»), «варварство» – III ст. до н.е. – III ст. н.е., ранній залізний вік – друга пол. III – кінець IV ст. (курганний період), характеризується боротьбою між землеробськими общинами, «цивілізація», або пізній залізний вік – початок V ст. – кінець VII ст. – починаючи з перших п'яти царів Ямато [1, с. 13–14].

Так, курганний період, який поділявся на ранній і пізній, характеризувався відмінністю у способі життя, похованнях, уявленнях про майбутнє життя. У пізній період наявність значних погребальних споруд курганного типу (найбільший курган мав діаметр більш ніж 200 м, а периметр погребального спорудження «імператора Нінтоку» становить 486 м) свідчила про важливі зміни в суспільстві, будівництво яких було неможливим без посилення соціальної диференціації, контролю над населенням і появою державних структур [2, с. 62].

Історико-правові дослідження свідчать, що процес становлення японської держави відбувався з племінного союзу Ямато, який розташовувався в центрі острова Хонсю [1, с. 14]. Царі Ямато підкорювали місцевих голів землеробських общин, засновуючи на завойованих землях власні володіння (агата) і називаючи начальників общин «голова агата» (агата нусі). Можна говорити про процес «агатизації» більш дрібних землеробських общин і перетворення їх на володіння племінного союзу Ямато.

Із часом племінний союз Ямато приєднав й інші території Ідзумі і Каваті, що призвело до утворення союзу дрібних держав, правителі яких були пов'язані кровноспорідненими відносинами. Крім того, в царя з'явилася власна земля, виникла власність на врожай. Жертвоприношення рисом поступово перетворилися на постійно стягуваний податок сільськогосподарськими продуктами, також члени общини платили податок виробами

ремесла і несли трудову повинність. Трудова повинність широко використовувалась під час спорудження могильних курганів і проведення іригаційних робіт.

Поступово посилилася соціальна і майнова диференціація. Так, була запроваджена система рангів, які розділялися на вищі і нижні. До вищих належали «кімі» – вихідці із царського дому, до нижніх – «інагі», повітовий начальник, який відповідав за постачання рису, і ранг «сугурі», що отримували сільські старости. Ранги визначали соціальне становище людини в суспільстві. Присвоєння і позбавлення рангу було прерогативою центральної влади.

Система соціальних рангів тісно була пов'язана з патріархальними групами («удзи»). «Удзи» – не рід, не природно створена соціальна організація, а сімейна група, де головну позицію займала впливова родина, що включала не лише кровних родичів, але і тих осіб, які не були з нею у родинних зв'язках [3, с. 29].

Приблизно з V ст. свої позиції закріпила сімейна група Соґа, яка зосереджувала у своїх руках охорону царської казни, всіх трьох скарбниць (релігійно-ритуальної, внутрішньої і великої). Поступово сформувався чиновницький апарат, посилилась царська охорона.

В адміністративно-територіальному управлінні відбувся перехід від областей агата до провінцій куні. Провінція стала адміністративною одиницею стягування трудової і військової повинності. Загальна кількість провінцій досягла 120. Кожна провінція поділялася на 10 повітів, які спочатку мали назву «агата», а потім «корі» [3, с. 30].

Керуючі провінціями були зобов'язані направляти своїх родичів до двору як наближених царської сім'ї для несення служби при дворі. Провінційні керуючі були повновладними місцевими правителями, намагалися позбавитися царського контролю і іноді піднімали заколоти [3, с. 31].

Сепаратистські тенденції провінційних керуючих призвели до створення у провінціях опорних пунктів центральної влади (міяке), що були військово-стратегічною територією царя, з якої могло відбутися придушення опору. Ця територія стала великою земельною власністю царя, яка передавалася у спадок.

Міжусобна боротьба відбувалася і в центральній владі. Між сім'ями Соґа і Отомо боротьба розгорілася біля 531 року, перемогу отримали Соґа, які намагалися посилити контроль над провінціями. Соґа ще більше впорядкувалися і фактично контролювали правлячий рід до середини VII ст. Механізмом такого контролю

було цілеспрямоване укріплення родинних зв'язків шляхом видачі дочок роду Соґа заміж за представників правлячої династії, а діти, які народилися внаслідок такого шлюбу, ставали правителями. Соґа вдалося привести до правління царя Киммей, який посилив інститут охоронців і санкціонував сповідання буддизму, протиставивши його синтоїзму [4, с. 32]. Посилилась і влада Соґа завдяки контролю над чиновниками, які керували міяке (земельною власністю царя в провінціях) і керуючими провінцій.

Цар Киммей став відомим проведенням першого придворного перепису, в результаті якого всі, хто був занесений до списків, стали власністю царя, «казенним людом», що сприяло більш точному стягуванню податків і повинностей [3, с. 33]. Селянські двори утворювали сімейну общину або «домову общину», яка була зобов'язана сплачувати податок рисом, поставляти до двору вироби з ремесла і відбувати трудову повинність.

За часів правління Киммей починає розповсюджуватися буддизм. Так, роди Мононобе і Накатомі виступили проти нової релігії, а рід Соґа підтримали її ідеї. У поширенні буддизму була зацікавлена правляча верхівка, частину якої становили іммігранти (з Кореї, Китаю). Крім того, положення буддизму дозволяли правлячому дому Ямато зміцнити свою легітимність і протистояти політиці місцевих еліт, спрямованої на перерозподіл владних повноважень.

Зміцнившись економічно, зосередивши у своїх руках адміністративно-господарські функції, Соґа спробували захопити і політичну владу, що призвело до вбивства правителя і проголошення нової правительці Суйко з регентом принцем Умаядо, який є більш відомим під ім'ям Сьотоку Тайсі (Сьотоку – найвища конфуціанська чеснота, а тайсі – титул наслідного принца).

Суйко і Сьотоку-тайсі укріпили чиновницький апарат, продовжували здійснювати адміністративно-територіальне управління через керуючих провінцій, офіційно оголосили основне селянське населення «казенним людом» (комін) [3, с. 34]. Сьотоку-тайсі намагався підняти авторитет своєї країни шляхом зміни у назві «Корінь Сонця» або «Ніхон», де народжується і звідки сходить сонце, після чого оголосив себе «Небесним государем» (тенно) або імператором [3, с. 35].

До надбань Сьотоку-тайсі зараховують «Закон з 17 статей» 604 р., але деякі науковці не погоджуються з цією думкою і датують його появу значно пізнішим періодом [3, с. 59; 1, с. 116],

зазначаючи, що норми Закону закріплювали політичний устрій, який був створений у результаті проведення реформ Тайка.

Наприкінці правління Соґа спостерігалося погіршення економічного становища держави разом із сильними стихійними лихами і епідеміями, невиконання вимог селян про виділення їм землі, небажання звільнити від залежності податне населення – викликало різке погіршення внутрішньополітичної обстановки у країні [3, с. 47].

З часом противники Соґа об'єдналися, організували заколот, в результаті рід Соґа усунули від політичної влади. На престолі опинився Кару під іменем Котоку, роки правління якого (645–654 рр.) отримали назву «Великі зміни» (Тайка). Під «Великими змінами» розумілися реформи Тайка, згідно з якими замість раніше існуючого племінного союзу було створено державу за тайським зразком. Крім того, вводилась китайська система позначення років правління імператорів, за якими почали вести офіційне літочислення [3, с. 46]. Однак, на думку дослідників японської історії, події 645 р. – це лише переворот, а реформи Тайка – ціла серія півстолітніх заходів, викликаних внутрішніми і зовнішніми факторами [3, с. 46–47].

Японська історіографія пов'язує реформи Тайка з імператорським декретом 646 р., в якому декларувалось скасування приватних володінь і категорії приватно залежного населення, земля оголошувалась власністю держави, піддані отримували земельні наділи, а для утримувачів наділів встановлювалися повинності трьох видів (трудова повинність, податок поземельний і податок із виробів ремесла), скасовувалась попередня політична система, заснована на пануванні місцевих родинних груп [5, с. 46].

До основних положень реформ можна зарахувати: частковий перепис податкових дворів (ко) як підготовчий захід до введення надільної системи; кожен селянський двір отримував у тимчасове користування орну землю відповідно до кількості членів сім'ї, починаючи з 6-річного віку; кожні 6 років відбувалися переділи землі відповідно до змін кількості податних осіб у сім'ї; запроваджувалися обов'язки членів п'ятидвірок (гоко) – слідкувати за пересуванням людей у районі їх розташування і доповідати владі; нести повну відповідальність за членів п'ятидвірки; виховувати дітей злочинця, засудженого до страти; доповідати про порушення або злочини, що вчинили члени п'ятидвірки; допомагати постраждалим від крадіжки і сім'ї убитого; підтримувати гарний

стан доріг і розводити тутові дерева; надільне селянство мало сплачувати державі зерновий податок і податок виробами ремесла, головним чином тканинами. Окрім продуктової ренти, селяни працювали на користь держави до 100 днів на рік. Відмова від наділу або його покидання каралися, бо це зменшувало податки і збори [3, с. 51].

Тяжке становище селян ускладнювалося військовою повинністю, при якій кожен третій чоловік у сім'ї (з 689 р. – кожен четвертий) підлягав рекрутському набору, йому необхідно було відслужити три роки як прикордонний вартовий. Але мобілізовані були зобов'язані екіпіруватися і харчуватися самостійно, тому для селян призов на військову службу навіть одного члена сім'ї був рівнозначний розоренню.

Після проведення реформ усталилося нове найменування країни – Японія (Ніхон), яке стало використовуватися зарубіжними країнами – Корея (620 р.), офіційно використано у грамоті одного з корейських царств (670 р.), в китайському посланні (672 р.).

2. Держава ріцурьо кокка у VIII–IX ст.

Особливість японського суспільства полягала в тому, що контроль над селянами і формування станів здійснювала держава за допомогою власних інститутів і законотворчої діяльності. Так, аграрні відносини, питання землеволодіння закріплювалось у Зводі «Законів Тайхо» (Тайхорьо) 701 р., складеному з 30 кодексів, прийнятому під час правління імператора Момму (697–707 рр.) [КУз., с. 51]. Але перша редакція кодексу (701 р.) була майже повністю втрачена і у 718 році була видана об'єднана версія з кодексом «Йоро рьо» під назвою «Тайхо Йоро рьо», яка і стала найважливішою пам'яткою раннього японського права. На думку М. Вороб'єва, назву Кодексу можна дослівно перекласти як «Адміністративний кодекс років правління під девізами Тайхо (701–703 рр.) і Йоро (717–723 рр.))», у ньому відображено особливий етап державного розвитку країни Японії у VIII–X ст. [6, с. 3].

Поряд з «Тайхо Йоро рьо» існував кодекс «Тайхо Йоро ріцу», який зберігся в невеликій частині і закріплював положення кримінального (яп. ріцу) права.

Введення в дію Кодексів відкрило епоху так званої «правової держави» на Японських островах (рицурьо кокка) – державу, засновану на положеннях кримінального і адміністративного (цивільного) права. Для того, щоб положення кодексів

не вступали у гострі протиріччя з життям, їх поступово корегували, але не вносили виправлень до основного тексту. Зміни відбувалися у формі видання доповнень до законодавства (кяку) і керівництва з їх застосування (сікі), які періодично об'єднувалися в окремі збірники [5, с. 98].

Важливим у правовій державі (ріцурьо кокка) було беззаперечне існування влади імператора. Історія імператорської влади в Японії – це історія тісної взаємодії між імператорським двором як символом державної влади та конкурентними між собою феодальними елітами, які прагнули бути якнайближче до символічного авторитету й сакральної святості, традиційно асоційованої персонально з особою імператора [7, с. 107]. Отже, зосередження в одних руках різних адміністративних функцій, які виконував імператор, спричиняло гостру боротьбу між родами за вплив на нього.

Після перевороту Тайка юридично сформувалася влада нових господарів, у більшості з яких були нащадки голів родинних груп, вони склали нову аристократію і закріпили за собою всі економічні і політичні привілеї. Так, серед придворної аристократії на першому місці знаходилась група Накатомі, з давніх часів пов'язана із синтоїстським релігійним культом і тому мала великий вплив. Голова цієї групи Каматарі брав участь у перевороті Тайка і став фактично однією з найвпливовіших осіб у країні. Йому була надано фамілію Фудзивара (у 669 р.). Його нащадки закріпили за собою керівне становище, зосереджуючи в руках найбільш важливі посади [3, с. 60].

Фудзивара стали настільки впливовими, що зобов'язали імператора брати дружин лише з їх сімейної групи, добилися місця регента при малолітньому імператорі (858 р.), а трохи пізніше, наприкінці IX ст. захопили і пост канцлера при правителі, встановивши правління регентів-канцлерів (скорочено секкан). Фудзивара орієнтувалися на державні посади, які заміщувалися їх родичами, на рангові і посадові наділи з приписаними селянськими дворами, тобто на надільну систему [3, с. 60].

Отже, імператорська влада в Японії перебувала під прямим впливом родів, які здійснювали і контролювали основні функції держави. Укріпленню ж імператорської влади сприяли перші літописи: «Записи про вплив давнини» («Кодзики», 712 р.) і «Аннали Японії» («Ніхон сьокі», скорочено «Ніхонгі», 720 р.), які зображували імператора потомком богині Аматерасу – головного

божества синтоїстського пантеону. У літописах зафіксовані стародавні міфи, оповіді і легенди. Міфи були засновані на усній традиції імператорського дома і тісно пов'язаних із ним сімей [3, с. 62].

Важливою подією стало затвердження принципу первородства при наслідуванні престолу, влада переходила старшому повнолітньому прямому здоровому нащадку чоловічої статі від головної дружини (або з такими якостями міг бути прийомний син), що зміцнювало владу імператора і закріплювало процедуру її передачі.

Резиденцією імператора була столиця Японії, спочатку місто Нара (710–784 рр.), потім Хейан (794–1192 рр.), в якій і розташовувалися вищі урядові органи. Столиця була розділена на два рівних сектори (лівий і правий), ними керували дві столичні управи – ліва і права.

Імператор мав певні титули, які використовувалися залежно від ситуації. Так, тенсі – при богослужіннях, тенно – у наказах, котей – у посланнях за кордон, хейка – у петиціях, дайдзьо тенно – при зреченні.

Веління імператора фіксувалися в імператорських едиктах, які розрізнялися за зверненням імператора до посланців іноземних держав за великими (ст. 2 Закон XXI), другорядними справами (ст. 3), за внутрішніми великими, наприклад обрання спадкоємця (ст. 4), середніми (ст. 5), наприклад, призначення головного міністра, малими справам (ст. 6), наприклад, пожалування 1-5 рангів [8, с. 58].

За загальним правилом, у складанні проєкту едикта брали участь сім вищих посадових осіб у ранзі міністрів і старших державних радників, які всі візували проєкт. Після його затвердження імператором едикт скріплювали печаткою, робили копії, оголошували і вводили в дію.

Імператорський указ вважався нижчим за ієрархією (від едикта), але процедура підготовки була аналогічною, готували проєкт указу три міністра. Установи були зобов'язані виконувати негайно укази, які були офіційно оформлені, і доповідати про їх виконання. Оголошували указ ті посадові особи, до відома населення якого необхідно було донести його зміст. Так, сільські і селищні старости були зобов'язані оголосити і роз'яснити указ у селах і селищах. Імператорський указ вважався основним документом у державних справах. Інші державні інстанції, як Державна рада, міністерства, управління, діяли лише на виконання положень указу.

Важливим елементом функціонування імператорської влади був «Задній палац» або «Середній палац», там, де жили дружини і матері імператора, що в Кодексі відображалося як «внутрішні покої» або особисті апартаменти. Чітко визначалися розряди, число і ранг дружин (окрім головної) і наложниць. Координацію функціонування «Заднього палацу» здійснювало 12 установ у ранзі управлінь, до яких належали: управління справами, архівне, збройне, аптекарське, столове управління та інші [6, с. 23].

Усе життя імператорського палацу було підпорядковано етикету (Закон XVIII Кодексу – про етикет і обов'язки). Так, ст. 9 Кодексу зазначала «порядок свят, правил жертвопринесення богам, характер обрядів і церемоній, процедура великого очищення – все це регулюється особливими інструкціями» [8, с. 26]. Наслідком порушення етикету було покарання. Так, чітко регламентувалися події, пов'язані із вступом на престол, період посту, жертвопринесення, проведення свят та інші. Під час звернення до імператора навіть близькі особи були зобов'язані називати себе, чоловіки – васалами (син), жінки – наложницями (сьо). Під час звернення до імператриць слід було називати їх «ваша величність» (денка). Під час від'їзду або повернення імператора всі чини, починаючи з 5-го рангу і вище, не зайняті на службі, мали були його проводжати або зустрічати і т.п.

Формування японської державності супроводжувалося процесом створення офіційної ідеології. Для цього використовувалися традиційна японська релігія синто (синтоїзм) і ввезений із континенту буддизм, конфуціанство і пов'язані з ним китайські суспільно-політичні концепції. Так, синтоїзм – стародавня релігія у вигляді фетишизму, магії, тотемізму, обожнювання сил природи і поваги до культу предків. Це була місцева релігія, яка мала в кожному районі певні специфічні особливості. Буддизм спочатку сприймався японцями примітивно, як магія, подібно до синтоїзму. До буддизму зверталися під час хвороб, стихійних лих. Тому спочатку релігії співіснували. Поступово синтоїзм почав освячувати радісні події життя – народження, весілля, проведення сільськогосподарських робіт, а буддизм – сумні,тобто смерть. Буддизм заперечував реальність існуючого світу і стверджував істинність потойбічного світу. Буддизм був вигідною релігією для імператора і його верхівки, бо ратував за бездіяльність, відмову від життя як необхідну умову досягнення блаженства у потойбічному світі. Буддизм проповідував рівність усіх перед Буддою, що давало

надію на припинення боротьби між родинними групами. Буддизм став ідеологічною основою концепції «універсальної держави», яка будувалася на той момент.

Особливістю правової держави (ріцурьо кокка) було створення центрального апарата управління з чітким підпорядкуванням. Так, існувала Рада у справах духів неба і землі, тобто синто (Дзингикан). Раду очолював чиновник 4-го молодшого рангу з помічниками. Вони здійснювали вищий нагляд за всіма молиннями у синтоїстських храмах, за діяльністю членів кліра усіх категорій, незалежно від місцезнаходження, за жрецями, служками, за селянами, які були приписані до храмів, за шаманками і танцівницями, за віщунами. Рада у справах духів неба і землі займала ізольоване, але високе становище. Вона нікому не підпорядковувалася, їй не підпорядковувалися світські установи, але Рада займала місце на чолі ієрархії відомств [6, с. 12].

Слід зазначити, що здійснення нагляду за синтоїстськими храмами було регламентовано Кодексом і встановлювало лише перелік, строки і порядок проведення свят, молінь і обрядів і менше – діяльність синтоїстських храмів і жрецтва.

Положення щодо буддизму регламентувалися окремим Законом, в якому порушення буддійським духівництвом деяких урядових постанов каралось кримінальним покаранням (за зберігання і читання заборонених книг, вбивство, насилля, злодійство). Представники духівництва, які підлягали тяжкому кримінальному покаранню, попередньо розстригалися. Встановлювалося і дисциплінарне покарання – епитим'я для монастирських начальників за недонесення у строк органам влади про зняття монахом або монахинею з себе сану, пияцтво, вживання неканонічної їжі, особливо м'яса. Епитим'я полягала у здійсненні справ «угодних Будді» – перепис сутр, прикрашання буддійських статуй, приведення в порядок храмових будівель, прибирання приміщень [6, с. 29]. Буддистським монахам заборонялося відвідувати жіночі монастирі (окрім відвідування хворих для проведення обряду очищення з дозволу настоятеля), клірикам – мати будинки, сади, майно (окрім особистого), торгувати, займатися лихварством, під час свята – жертвувати, а монахам – приймати рабів, скот, зброю.

Вища центральна і світська влада зосереджувалася в Державній Раді (Дадзьо-кан), яка очолювалася старшим міністром або канцлером. Він вважався наставником імператора у справах

управління, і тому він мав бути зразком для інших, забезпечувати державі мир, спокій і гармонію як з естетичними, так і з натурфілософськими началами. Дійсно, що було важко знайти людину для цієї посади з відповідними якостями, тому ця посада могла тривалий час залишатися вакантною. Крім того, ст. 2 допускала, що посада може залишатися вакантною, а вся повнота виконавчої влади покладалася на міністрів (або віце-канцлера), лівого (старшого) і правого (молодшого), до повноважень яких належали такі: слідкувати за державними справами і за їх законністю; відповідати за повсякденні справи у Державній раді; призупинити рішення цензора (який підпорядковувався імператору), якщо вважали їх неправильними, до рішення Ради по суті справи [6, с. 12–13].

Державна рада розробляла загальні напрями державної політики внутрішнього і зовнішнього життя країни. Відповідні рекомендації передавалися для виконання міністерствам. Директиви Ради розповсюджувались як на справи центрального уряду, так і на функції місцевої і провінційної влади. Рада розробляла правила аудієнції при дворі для чиновників вищих рангів, пожалування придворних рангів, призначення на посади. Рада наділяла приписними дворами, готувала амністії і помилування, слідкувала за уніфікацією міри і ваги і т.п. Штат Державної ради нараховував 230 осіб, з яких 38 мали ранги [6, с. 13].

Державна рада мала право складати доповідну, яка подавалась імператору, потребувала його резолюції і після підписання мала силу наказу. Доповідні були різних категорій: велика, якщо доповідалося про великі релігійні свята, порушення державного бюджету, затвердження вироку на довічне заслання, позбавлення постів і чинів, зміна адміністративно-територіального поділу, мобілізація військ; середня, якщо містила прохання затвердження рішення Державної ради; мала містила доповідь начальника будь-якого управління [6, с. 81]. Особливість доповідних полягала у тому, що вони звинувачували особу в порушенні закону і містили прохання про порушення справи. Заборонялися прямі доповіді трону через голову вищестоящої інстанції, якщо справа не була секретною або не мала відношення до вищестоящої інстанції.

У складі Державної Ради (Дадзьо-кан) були власні виконавчі органи – ліве та праве управління справами. Кожне з управлінь мало у своєму підпорядкуванні чотири міністерства: лівому управлінню

підпорядковувалося міністерство центральних справ, цивільної адміністрації, народних справ і церемоній, правому – військове, юстиції, фінансів та імператорського двору [7, с. 109].

У підпорядкуванні Державної ради був Цензорат, або Палата цензорів (Дандзьо-дай). Президент палати слідкував за «чистотою звичаїв і норовів», призначав розслідування морально-етичних правопорушень, доповідав про результати імператору [9, с. 20]. Палата цензорів мала право на подання особливих доповідних імператору.

Органами виконавчої влади були міністерства (сьо), їх було вісім. Одним із центральних було Міністерство Загальних (центральних) справ. Міністр, що очолював міністерство (Тюмусьо), перебував у свиті імператора і мав обов'язки щодо подання імператору рекомендацій за поточними палацовими справами і етикетом, редагування проєктів імператорських наказів, подання доповідних записок імператору і отримання висновків, приймання петицій для імператора, слідкування за складанням історії країни, складання списків принцес крові, придворних дам, буддійського духівництва, послужних і рангових списків, генерального реєстру населення і вирахування податків [6, с. 13].

Важливість Міністерства загальних справ підкреслювалась тісним зв'язком із палацовими справами. Деякі обов'язки міністра дублювали такі посадові особи, як канцлер і віце-канцлер більш високого рангу, ніж міністр. Таке дублювання мало на меті здійснення взаємоконтролю діяльності установ, перешкоджало повному зосередженню певної функції в одних руках або в одному відомстві. Тому міністерство загальних справ в основному піклувалося про потреби імператора і палацу, а також було основною ланкою для взаємодії Державної ради й іншими міністерствами [6, с. 14]. У термінових випадках Міністерству центральних справ дозволялося робити необхідні розпорядження, оформлюючи їх указом, але заднім числом.

Для виконання багатьох функцій Міністерство загальних справ мало у своєму складі одне особливе управління (сікі), 6 головних управлінь (рьо) і 3 управління (сі). Наприклад, ліве і праве управління головних вартових – лейб-гвардійців, які вели списки вартових, відповідали за їх атестацію і поведінку, призначали їх на чергування (ст. 5 Кодексу) [8].

З метою організованого зберігання, накопичення й передання інформації існувало архівне управління. У той час багато нових знань отримувалися з Китаю, а тому на рівні Кодексу було

визначено, що архівне управління займається зберіганням китайських класичних творів, рукописів і мап, відповідало за зберігання і перепис буддійських сутр. Крім того, управління відповідало за збирання інформації та приведення в порядок державних хронік, а де-факто було безпосередньо задіяне у створенні писаної історії держави. У складі архівного управління був архів, бібліотека й цех із виробництва паперу [7, с. 113].

У складі Міністерства загальних справ існувало швейне управління, яке відало списками службових принцес, знатних дам і палацового жіночого персоналу і їх атестацією і шило для них формений одяг. Зі встановленням більш тісних зв'язків із Китаєм популярним став одяг китайського зразка. Носіння одягу було чітко регламентовано для осіб імператорської служби. Так, одежа розподілялася на три категорії: парадну мали особи, які мали класи і ранги з першого по п'ятий в особливо урочистих подіях; придворна – повсякденна формена одежа для тих, хто мав класи і ранги; формена, яку носили особи, що не мали класу і рангу, але знаходились у палаці у службових справах. Жіночий одяг складався із нижнього і верхнього одягу. Нижніми були спідниця «футано» (коротка спідниця з бавовняної тканини) і «косімаки» (довга спідниця з більш коштовної тканини, бо виднілася з-під кімано) У принцес вона була світло-зеленого кольору, у сановниць – світло-голубого. Верхній одяг – кімоно і хаорі (накидка, яка одягалась на кімоно). На кімоно одягався широкий пояс (обі), який обертали навколо талії кілька разів. Обі – головна прикраса жіночого плаття, вироблялася із шовку або парчі з красивим складним візерунком, але поєднання кольорів було особливим для кожного класу або рангу [8].

Справами управління державними школами, проведеннями екзаменів для кандидатів на посади відало Міністерство церемоній (Сикибу-сьо). Міністерство церемоній затверджувало іменні списки чиновників центральних і провінційних цивільних установ, проводило атестацію чиновників, їх призначення, здійснювало записи про придворні ранги, приймало посланців із провінцій із доповідями про службові справи, розглядало справи про спадкові землі відомих чиновників та ін. Міністерству підпорядковувалися 2 головних управління [8, с. 15].

По-перше, управління-училище, яке очолювалося начальником і контролювало проведення екзаменів студентів, а також свят на честь Конфуція. За навчання відповідали викладачі чотирьох

дисциплін: літератури (китайської класичної), китайської мови, каліграфії і математики. По-друге, управління непосадових придворних рангів, що контролювало реєстри придворних рангів осіб, які не мали певних посад, тобто тих, хто не перебував у штаті, і тому вважалися тимчасовими [6, с. 15].

До компетенції Міністерства цивільної адміністрації (Дзибусьо) були передані справи, пов'язані з родовими титулами аристократії, спадкуванням, шлюбами осіб, які мали 5-й ранг і вище, похованнями і державним трауром, прийом іноземних послів, вирішення спорів про родоводи та ін.

Міністерству були підпорядковані два головних управління і два звичайних управління. До головних управлінь належали, по-перше, музичне управління, що відповідало за музику і танці при палаці, складало списки музикантів, співаків і співачок, здійснювало відбір учнів і слідкувало за їх навчанням. По-друге, управління у справах буддизму та іноземців. Так, одним із найбільш важливих політичних заходів укріплення влади в державі було подальше впровадження буддизму: будувалися монастирі, збільшувалась кількість монахів. Монахи були більш освіченими людьми і могли їздити в інші країни, як правило, у Китай. Монастирі мали значні земельні угіддя, до них приписувалися селяни. Управління було відповідальним за храми, реєстр монахів і монахинь, проведення буддистських релігійних служб, зустріч і прощання з іноземними гостями.

Міністерство народних справ (Мимбу-сьо) контролювало осіб, які були приписані до двору у провінціях, реєстрами осіб, які обкладалися податками, санкціонувало звільнення від податків і здійснювало контроль за трудовими повинностями, розпоряджалось державними рабами і холопами, земельними наділами, в тому числі рисовими полями, мостами, дорогами та ін. Міністерству підпорядковувалися два управління: головне рахункове управління та головне податкове управління.

Так, рахункове управління здійснювало облік подушних податей, що поступали, підношень із провінцій, натуральних викупних внесків (замість особистого відпрацювання), слідкувало за правильністю виконання державного бюджету за доходами і витратами. Податкове управління контролювало надходження рисового податку з провінцій, його зберіганням у коморах, контролювало весь казенний рис [9, с. 16].

Військовою сферою опікувалося Військове міністерство (Хьобу-сьо), яке складало майнові списки офіцерського складу, проводило їх атестацію, відбір, призначення, присвоєння придворних рангів, начисляло платню військовослужбовцям, опікувалося прикордонною охороною. У підпорядкуванні міністерству знаходилось 5 управлінь і 5 штабів охорони імператорського палацу і палацової території. Наприклад, арсенальне управління – виготовлення зброї, військового спорядження; військово-музичне управління – навчання музикантів гри на флейті і гри на барабанах, питання забезпечення музичними інструментами; корабельне управління слідкувало за станом бойових суден і за їх обладнанням, підрахунком приватних, цивільних човнів і можливістю їх використання у разі війни [6, с. 16–17].

Розслідуванням справ, призначенням покарань, винесенням ухвал займалося Міністерство юстиції (Гьобу-сьо). Крім того, міністерство переглядало вироки нижніх інстанцій, складало іменні списки «доброго» (рьомін) і «підлого» люду (семмін), вирішувало питання про стягування боргів. При міністерстві працювали судді, які розглядали позови і цивільні справи, кримінальні справи і виносили вироки, слідчі, які проводили розслідування за справами та судові писарі, які відповідали за діловодство. Міністерство не мало права розглядати справи, що стосувалися вельможних родичів і чиновників, які мали п'ятий придворний ранг і вище [7, с. 114]. У складі міністерства працювало два управління: управління стягувань та тюремне управління.

Управління стягувань здійснювало конфіскацію і передачу конфіскованого майна відповідним державним установам, стягування пені і штрафів. Тюремне управління – ув'язнення підслідних до в'язниці, нагляд за примусовими роботами під час ув'язнення, виконання вироків і призначення робіт.

До обов'язків Міністерства фінансів (Окура-сьо) належало спостерігання за прибутками і видатками матеріальних цінностей, які надходили в його розпорядження (золото, срібло, монети та ін.). Міністерство відповідало за міри ваги, довжини і об'єму, встановлювало продажні і закупівельні ціни на товари. У структурі міністерства було 5 управлінь. Ливарне управління слідкувало за виплавкою золота, срібла, заліза. Крім того, функціонували господарське, лакувальне, швейне і ткацьке управління.

Останнім у списку міністерств було Міністерство двору (Кунай-сьо), яке слідкувало за надходженнями і видатками

натуральної подушної податі зі всіх провінцій, відправляло вимоги про потреби виробництва тих або інших продуктів для потреб двору, слідкувало за казенними рисовими полями.

Влада Міністерства двору поширювалась на одне особливе, чотири головних і 13 звичайних управлінь, які повністю забезпечували функціонування палацу у заготівлі продуктів, виготовленні меблів, забезпеченні ліками (фармацевтичне управління) і т.д. Штатний розклад управлінь, підпорядкованих міністерству двору, виділяється значною кількістю працівників, які мали статус спеціалістів і приписних дворів, що належали до нього [6, с. 19].

Декілька окремих відомств у своїй діяльності були пов'язані з охороною комплексу імператорського палацу. Взагалі фасад палацу був звернений до півночі, звідки для віруючих буддистів сходило «світло Чистої Землі» – обителі Будди. В огорожі палацового кварталу було кілька воріт. Головними були центральні, від яких проходила магістраль, що закінчувалася великими воротами, які були головними входом у місто [3, с. 59]. Для охорони зовнішніх воріт був створений штаб зовнішньої охорони воріт, який здійснював контроль тих, хто проходив, видавав перепустки, контролював охоронців і забезпечував їх зброєю.

Особливу увагу реформатори приділяли чиновництву як стану, що відповідає за проведення державної політики у центрі і на місцях. Однак у процесі реформ повністю відмовитися від концепції чиновництва, вільного від кровноспоріднених зв'язків, не вдалося. Статті закону першого розділу Кодексу детально визначали структуру чиновницького апарату держави, а де-факто фіксували, в сучасному розумінні, табель про ранги, що був невід'ємною складовою частиною державного управління. Кожному рангу відповідала певна посада, що означало неможливість обіймати посаду без володіння рангом [7, с. 106].

Так, на початку табеля про ранги для принців і принцес крові (синно), родичів правлячого імператора по прямій лінії були відведені чотири класи, причому номер класу відображав ступінь спорідненості з імператором. Ті, хто мав клас, призначалися лише на вищі посади. Але на ці ж пости могли призначатися і ті, хто мав вищі ранги. Перші п'ять вищих рангів резервувалися для принців і аристократів – вищих чиновників і розглядалися як ранги придворні. Нижчі ранги – це були рядові чиновники. Кожен із рангів мав ступінь і розряд [6, с. 11–12]. Тобто на законодавчому рівні були обмежені межі імператорської фамілії чотирма ступенями спорідненості.

За молодшими синами імператора й васалами була закріплена одна особливість – ймовірність володіння почесними званнями без обіймання посади. Так, особа користувалася всіма відповідними цій посаді привілеями, але не виконувала функцій [7, с. 108]. Для провінційного чиновництва існувала власна система рангів із 20 ступенів, зведених у 5 рангових категорій.

Питанням підготовки, висування на посаду, надання рангу, призначення, переміщення, підвищення, звільнення чиновників приділялася особлива увага. Як правило, надання рангу передувало призначенню на посаду. За загальним положенням перше надання рангу потребувало успішного завершення курсу в училищі або у школі і високих результатів випускних екзаменів. Вік рядового кандидата на отримання рангу був не менше 25 років, а знатного – не менше 21 року [6, с. 51]. Однак були і виключення з цього правила, так, старший син чиновника, який помер на державній службі, автоматично отримував ранг, нижчій на 3 ранги від батьківського.

Ділові якості кандидатів на посади визначалися одним із чотирьох наукових ступенів, які вони отримували в результаті навчання: ерудити (сюсай), здібні до літературних занять, виконання державних справ; філософи (мьогьо), здібні до філософських, моральних роздумів за конфуціанськими текстами, які гарно засвоїли не менше двох творів китайською мовою; класики (сінсі), здібні до письмової канцелярської роботи, ознайомлені з давньокитайською поетичною антологією і найдавнішим китайським словником; правознавці (мьобо), що здатні до правової діяльності і знають цивільні і кримінальні закони [6, с. 54].

Чиновники, які отримали ранги, були зобов'язані проходити атестаційну перевірку. Якщо перевірка не була пройдена, то чиновника не звільняли, а повертали на попередню посаду, де продовжував враховуватися попередній стаж. Досягнувши 70 років, чиновник отримував право на відставку.

Крім атестацій, перевірок, до чиновників ставилися вимоги щодо володіння необхідними якостями, такими як добродіяння і вірність обов'язку, чистота і щирість, справедливість, старанність і працьовитість. Наприклад, для старшого радника Державної ради основними діловими якостями були уміння давати мудрі рекомендації імператору, чітко передавати його веління, а для цензорів Цензорату – проявляти строгість і неупередженість під час здійснення контролю [9, с. 58].

Матеріальне забезпечення чиновників здійснювалося шляхом виплати платні. Платня була натуральною і у вигляді кормового дарування. Натуральна платня призначалась цивільним і військовим чиновникам центральних установ, так і чиновникам Дадзайфу (особливе намісництво) на островах Ікі і Цусіма. Платня нараховувалася два рази на рік і видавалася як аванс на весняно-літній і осінньо-зимовий період. Однак право на отримання першої платні (весняно-літньої) для чиновника наставало лише після того, як він відпрацював не менше 120 днів, тобто фактично за відпрацьований час. Натуральна платня виплачувалася шовком, шовковою пряжею, полотном, кусковим залізом. Кількість залежала від рангу і посади чиновника [6, с. 62–63].

Більш новою формою оплати було кормове дарування у вигляді права на частину доходів із селянських дворів. Кормове дарування призначалося принцам 1-4-го класів, старшому міністру, лівому і правому міністру, головному державному раднику та іншим вищим посадовим особам. Буддійські храми могли отримувати лише тимчасові кормові дарування за наказом імператора [6, с. 64]. Починаючи з 711 р. платня чиновникам, поряд із тканинами, мотиками, рисом почала виплачуватися і грошима.

Важливим елементом розуміння «правової держави» (ріцурьо кокка) в Японії є функціонування судової влади, невідокремленої від адміністративної. Існувало кілька адміністративно-судових інстанцій – повітове управління, провінційне управління, Міністерство юстиції. Державна рада вважалась апеляційною інстанцією і могла здійснювати перегляд справ.

Нижньою інстанцією вважалося повітове управління, його рішення по справам у вигляді покарання різками вважалося остаточним. Якщо виносився більш суворий вирок, справа переходила до наступної інстанції – провінційне управління. Вирок провінційного управління був остаточним, якщо був у рамках відправлення на каторгу або термінового заслання (з покаранням палицями). Управління могло надати дозвіл на відкуп від покарання.

Наступною судовою інстанцією було Міністерство юстиції, якщо покарання передбачало вирок про довічне заслання, смертну кару, виключення чиновника зі списків. Якщо Міністерство юстиції погоджувалося з вироком і виносило аналогічне покарання (довічне заслання, смертна кара та ін.), то матеріали надсилалися до Державної ради.

Якщо справа розглядалась у провінції, її повторне розслідування проводилось на місці спеціальним чиновником зі ступенем «правознавець», який мав право припинити справу, але за погодженням з губернатором провінції. Якщо думка чиновника і губернатора не збігалася, то справа передавалася до вищої інстанції – Міністерства Юстиції або Державної ради [6, с. 102].

Судові справи починалися зі слідства, яке майже не відрізнялося від судового розгляду. Заявником або обвинувачем могли бути і казенна установа, і окрема особа. За тяжкими злочинами – державними (окрім заколоту) проводилось «потрійне слідство», яке відрізнялося більшим терміном розслідування, кожне слідство проводилось в окремий день [6, с. 103].

За справами про убивство, грабіж, втеча раба, зґвалтування вільної – злочини проти особистості, розслідування проводилося у більш пришвидшеному порядку. Заявника попереджали, що за наклеп він може бути притягнутий до відповідальності. Слідчий–чиновник складав по справі висновок і, якщо було необхідно, затримував обвинуваченого. Але затриманню підлягав і заявник, бо ніс відповідальність за наклеп. Після вироку визначалось, хто є винуватим, і він залишався у в'язниці. Слідчий був зобов'язаний перевірити повноцінність доказів і здійснити «п'ятикратну оцінку» підслідного: його манеру говорити, слухати, колір обличчя, дихання, вираз очей [6, с. 104].

У разі тяжкого обвинувачення, неясності доказів, якщо підслідний відмовлявся говорити, до нього могли застосовуватися тортури. Тортури за весь період слідства у всіх інстанціях не могли застосовуватися більше ніж 3 рази, і між ними мало пройти хоча б 20 днів. Розмір і спосіб застосування знарядь тортур були визначені законом. Отримані показання шляхом тортур протоколювалися і зачитувалися арештованому.

Варіантом скарги або заяви був таємний донос. Від відкритої скарги його відрізняло обвинувачення в державному, суспільному злочині, але таємний донос не міг бути анонімним. Такий донос потрібно було подавати старшому чиновнику до установи. Особа, яка подала донос, попереджалась про відповідальність за наклеп і перевірялася достовірність заявленого факту.

Для певних категорій осіб арешт супроводжувався додатковими умовами. Так, осіб 5-го рангу і вище могли арештувати за заколот, убивство лише зі спеціального дозволу імператора – санкції.

Отже, під час слідства у в'язниці знаходилися обвинувачений, спільники і обвинувач (донощик). Чиновники вищих рангів не розміщувалися у в'язницю і могли продовжувати нести службу або відвідувати палац. Ті, хто був визнаний винуватим у вчиненні злочину, залишалися у в'язниці для приведення вироку до виконання.

Деякі справи підлягали перегляду у порядку апеляції, коли обвинувачений був родичем імператора, його другом, мудрецем, визнаним талантом, заслуженим діячем, власником 3-го рангу і вище, або не був згодний із винесеним вироком, або у вироці виявилися підстави для сумніву. У цьому випадку справа обговорювалася на розширеному засіданні Державної ради за участю старших державних радників і міністра юстиції, після чого рада подавала письмову доповідь імператору. Текст смертного вироку в обов'язковому порядку у вигляді петиції подавався на затвердження імператору. Вирок оголошувався у день його виконання.

Вищі адміністративно-судові органи періодично проводили ревізії стану справ, що належали до правосуддя. Слідкували за своєчасністю і правильністю рішень на місцях, здійснювали нагляд за виконанням смертної кари, за дотриманням прав утримання арештантів, за порядком у в'язницях, за умовами життя і праці на каторгах, за правильністю розслідування і відсутністю тяганини, що могло призводити до тривалого утримання обвинувачених у в'язниці.

Японська держава складалася з провінцій, на початку VIII ст. були складені «Записи звичаїв і земель» («Фудокі»), які були географо-етнографічними описами провінцій. Фудокі включали докладний адміністративний поділ провінцій, перерахування і пояснення географічних назв, свідчення про продукти, які вироблялися в провінції, про флору і фауну, місцеві старовинні оповіді і легенди, опис пам'яток.

Деякі з провінцій мали особливий статус. Так, для управління провінцією Сецу, де знаходився великий порт, через яку відбувався зв'язок із новою столицею (Хейдзьо), було створено особливе управління (Сецу-сікі). Особливе управління відповідало за роботу гавані, за прийом посольств із континента і відправку їх до столиці, за підтримку суден і інших засобів морського сполучення. Головне намісництво з місцерозташуванням у провінції Тикудзен (на острові Кюсю) мало ще більш складні функції. Головний намісник провінції

Тикудзен контролював синтоїстські храми, складання подвірних реєстрів, слідкував за настроєм простонароддя, здійснював загальний нагляд за всіма відомствами, за проходженням екзаменів на посаду, за станом рисових полів, за буддистськими храмами, збирав податки, призначав трудову повинність, а головне – відповідав за прийом, розміщення і натуралізацію іноземців, прийняття посольств із континенту і їх відправку до столиці. Головне намісництво об'єднувало під своєю владою 11 провінцій, кожною з яких керував рядовий намісник, що підпорядковувався головному [9, с. 21].

Усі провінції поділялися на чотири розряди: великі, крупні, середні, малі. Провінції очолював губернатор. Функції губернатора великої провінції є типовими і для інших провінцій і відрізнялися лише незначними штатними відхиленнями. Губернатори провінцій (кокусі) відали синтоїстськими молінням і храмами, подвірними реєстрами, вихованням простолюдинів, заохоченням землеробства і скотарства, наглядом за підпорядкованими установами і державними екзаменами чиновників, розслідуванням справ, збором податків, виконанням трудової і військової повинності, буддійськими храмами і духівництвом [9, с. 22].

Обов'язки губернаторів могли доповнюватися залежно від місцерозташування провінції. Так, дві північні прикордонні провінції – Муцу і Дева, які вели мирні переговори, військові дії з айнами острова Хонсю. Губернатори південних провінцій були зобов'язані обороняти кордони, налагоджувати зв'язки з неяпонськими племенами, натуралізувати іноземців-іммігрантів.

Губернатору провінції виділялась військова частина, яку очолював командир, що був зобов'язаний слідкувати за її озброєнням, проведенням необхідних навчань, розміщенням і інспектуванням підрозділів. Крім того, в кожній провінції була посада одного професора і одного лікаря.

Провінції поділялися на повіти, а повіти поділялися за розрядами (їх було 5) – великі (не менше 16 дворів), крупні (не менше 12 дворів), середні (не менше 8 дворів), малі (не менше 4 дворів) і маленькі (не менше 2 дворів). У повітах призначалися начальники (гунсі), які відповідали за послух і моральний стан всіх, хто в ньому проживав, а також відали повітовими справами. Розряд повітів залежав від кількості дворів (селищ), які входили до нього [9, с. 22].

Двір розглядався як господарська, організаційна, військово-облікова одиниця, і, головне, фіскальний осередок. На чолі двору був голова найстаршої сім'ї – патріарх. Кожні 50 дворів об'єднували в селище на чолі із старшиною. Двори розподілялися на податні і неподатні. Неподатними дворами були родичі імператора, що мали 8-й ранг і вище, юнаки молодші за 16 років, діти осіб 5-го рангу і вище, старі, каліки, тяжкохворі, дружини, наложниці, холопи і раби. Крім того, якщо це каліки і тяжкохворі, то чітко встановлювалися критерії, за якими людина отримувала такий статус.

Для більш легко контролю над дворами встановлювалась система «п'ятидвірки» – об'єднання з п'яти сусідніх дворів, часто пов'язаних узами родинності, сусідства. Члени п'ятидвірки були пов'язані круговою порукою – відповідали за загальний порядок, зобов'язувалися не приймати бродяг і розшукувати своїх втікачів, а до моменту розшуку – обробляти їх землю, нести за них повинності і отримувати доходи.

Чітко регламентувалися положення щодо обов'язкового догляду за людьми похилого віку, інвалідами, тяжкохворими. Бездітним із метою продовження роду і забезпечення старості дозволялося брати приймака відповідного віку з родичів, які були у четвертому і ближче ступені спорідненості. Така дитина набувала всіх прав законного сина і записувалася до списку двору приймального батька.

Велика увага приділялася реєстрації податного простолюду. Реєстрація була обов'язковою, централізованою і подвійною. Так, на основі подвірних списків, які складали голови дворів через повітові і провінційні управління (після перевірки відомостей), у столиці складався генеральний реєстр. На основі реєстру створювалася загальна розкладка податків і повинностей, яка передавалася з центру і доходила до кожного двору. Податкові списки оновлювалися щорічно, а подвірні – раз на шість років [6, с. 34].

До категорії «підлого люду» (семмін) належали двори при імператорських мавзолеях, казенні двори, холопи, казенні раби, приватні раби. Казенні двори і раби щорічно переписувалися відомством, до якого вони були приписані. Тобто законодавство визнавало рабство, володіння рабами давало змогу отримувати додаткову землю. Найбільша кількість рабів перебувала у царському палаці і буддійських храмах, але починаючи з середини IX ст. рабська праця застосовувалася дедалі менше, а використання рабів у землеробстві зовсім припинилося.

Поза становим поділом знаходились японські парії (ета). Вони селились відокремлено, у «надлишкових селах» (амабе, амарібе), мали маленький клаптик землі, менший ніж у селян. Займалися вони переважно ремеслом, обробкою шкіри, що заборонялося буддизмом [3, с. 58].

Держава ріцурьо кокка передбачала чітке регулювання земельних відносин. Земля була державною власністю, але термін «поле» закріплювався в Кодексі і розумівся як поливне рисове, була узаконена одиниця виміру полів (1 тан, а 10 тан = 1 тьо), був визначений розмір поземельного податку.

Незважаючи на загальну державну власність, на території Японії зберігалися приватні земельні наділи. Розмір земельних наділів знаті залежав від титула або посади, яку вони обіймали. До складу таких «привілейованих наділів» входили рангові, посадові наділи, а також наділи, отримані за участь у перевороті Тайка, і даровані імператором землі – найзначніші наділи. Рангові і посадові наділи давалися на строк перебування в ранзі або посаді. Даровані наділи були пожиттєвими. Наділи за заслуги надавалися залежно від заслуг на одне, два, три покоління, а в окремих випадках навіки [3, с. 53].

До наділів знаті приписувалися селянські двори. Число приписаних дворів змінювалося відповідно до рангів. Число дворів, що приписувалися за «заслуги» перед державою, не регламентувалося. Приписані селяни віддавали половину зернового податку до казни, а іншу половину – господарю. Подать і робоча повинність йшли господарю [3, с. 54].

Інша форма раннього земельного володіння – сьоен (сер. VIII – IX ст.) – виникла в результаті підняття нові – цілини, а менша – на основі лісних угідь, які дарувалися церкві як джерело отримання будівельного матеріалу.

Підняття цілини потребувало великих затрат праці і чималих коштів, що могли зробити лише заможні особи. На державному рівні було прийнято рішення про підняття значної кількості цілини і проголошувалось, що особа, яка оброблювала землю, ставала її власником на 2-3 покоління і обкладалась зерновим податком. Цих заходів виявилося замало для підняття цілини, і тому власність на землю для особи проголошувалась вічною (з 743 р.), що стимулювало розвиток нові і сьоенів [3, с. 55], що в майбутньому стало однією з причин занепаду правової держави.

Необроблена земля могла бути отримана або у вигляді дару від імператорського будинка або впливових придворних, або в результаті урядового дозволу на обгородження і підняття цілини. Крім того, земля могла бути придбана шляхом покупки вже обробленої землі в особи, яка її підняла.

Для раннього сьоена характерна проста структура управління, в якій власник особисто слідкував за станом справ, причому часто був одночасно власником і чиновником [3, с. 56]. Підняття цілини почало широко практикуватися, і влада поступово ввела обмеження на отримання таких земель залежно від посади і рангу особи. Однак такі обмеження вже не могли зупинити зростання кількості приватного володіння.

Практикувалась оренда землі, орендна плата вносилась до Державної ради. Здати в оренду можна було і подушні, рангові, жалувані землі і освоєну цілину. В оренду могли здавати свої наділи і селяни (садові ділянки) на будь-який строк, а поля – на один рік із дозволу місцевої влади. Поступова орендна плата за землю стала основним доходом держави.

Висновки

Отже, офіційна традиція висвітлення політичної історії Японії розпочався із завойовницького походу Дзимму на острів Хонсю (Ямато), який заклав основи створення майбутньої імперії. Особливістю держави Ямато було особливе становище правителя поряд з іншими патріархальними групами (удзи), які хотіли не стільки зайняти його місце, а набути реальну владу як покровителі або захисники. Тому правитель вважався символом єдності, духовним вождем, реальну ж владу здійснювали удзи, які добивалися її шляхом шлюбних комбінацій або жорсткої боротьби між кланами. Важливу ідеологічну підтримку влада імператора отримала після запровадження буддизму і китайського вчення про правителя.

З часом виникла політична криза, становище роду правителів Ямато стало загрозливим (20-ті роки VII ст.). Такі події призвели до необхідності проведення реформ (Тайка 645 р.), що заклали основи створення правової держави. Однак вирішальна фаза еволюції «ріцурьо» припала на час після смути року дзинсин (672 р.), яка охопила шість провінцій центральної Японії і була підтримана тими, хто не погоджувався з основними нововведеннями.

Завершення реформаторського періоду відбувалося в опублікуванні кодексів Тайхорьо і Тайхоріцу, які регламентували основні питання адміністративного, цивільного і кримінального права і стали основою для функціонування держави. Держава, яка функціонувала на основі законів, отримала назву ріцурьо кокка, або правова держава, що чітко закріплювала положення здійснення центральної влади, реформування чиновницького апарату і встановлення економічної основи – аграрних відносин.

Якщо звернутися до теорії правової держави, один з її ідеологів писав: «Закон – опора того високого становища, яким ми користуємося в державі, основа свободи, джерело правосуддя: розум, душа, мудрість і сутність держави зосереджені в законах» [10]. Але чи достатньо одного закону для функціонування правової держави? Приклад стародавньої Японії чітко демонструє, що наявність закону – це лише один із необхідних компонентів функціонування правової держави. Але модель правової держави, створеної в Японії у VIII ст. можна зарахувати до азійського типу, вона сформувалася за конкретними культурно-історичними умовами і змогла проіснувати протягом двох століть.

Список використаних джерел:

1. Воробьев М.В. Япония в III – VII вв. Главная редакция восточной литературы. Москва : «Наука», 1980. 342 с.

2. Воробьев М.В. Древняя Япония. Историко-археологический очерк. Москва : Издательство восточной литературы. 1958. 111 с.

3. Кузнецов Ю.Д., Навлицкая Г.Б., Сырицын И.М. История Японии : учеб. для студ. вузов. Москва : Высшая школа, 1988. 432 с.

4. Рабовладельческое и феодальное государство и право стран Азии и Африки / Под ред. А.И. Рогожина, Н.Н. Страхова. Харьков : Вища школа. Изд-во при Харьк. ун-те. 1981. 216 с.

5. История Японии. С древнейших времен до 1868 г. Том 1 / Ответств. ред. Жуков А.Е. Москва : Институт востоковедения РАН, 1998. 659 с.

6. Воробьев М.В. Японский кодекс «Тайхо Ерo ре» (VIII) и право раннего средневековья. Москва : Наука. Главная редакция восточной литературы, 1990. 384 с.

7. Мостіпан О.М. Системоутворювальні елементи структури державного апарату Ямато, зафіксовані в кодексі законів «Тайхорьо» (702-718 рр.). *Гуманітарний часопис*. 2015. № 1. С. 105–115.

8. Свод законов «Тайхоре», 702–718 гг.; I–XV законы / Вступ. статья, пер. с древнеяпон. и ком. К.А. Попова. Москва : Наука, 1985. 368 с.

9. Кожевников В.В. Очерки истории Японии VII – XI вв. Владивосток : Изд-во Дальневосточного университета, 2000. 272 с.

10. Цицерон. Диалоги о государстве и законах. Москва, 1966. 250 с.

РОЗДІЛ 3.
ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

DOI https://doi.org/10.36059/978-966-397-237-4-5

Мяловицька Н. А.,
доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри конституційного права
Інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
м. Київ

Златіна Н. Е.,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри менеджменту і маркетингу
факультету економіки і права
Київського національного лінгвістичного університету,
м. Київ

АВТОНОМНІ УТВОРЕННЯ В ІНСТИТУЦІОНАЛЬНІЙ СИСТЕМІ ДЕРЖАВИ

Анотація*. У підрозділі монографії досліджуються поняття автономії, їх утворення, визначаються основоположні принципи щодо сучасного розуміння інституту автономій, а також критерії їх класифікації. Розглядається поділ автономій на два основних типи: територіальні та екстериторіальні (культурні). Визначено, що територіальні автономії поділяються за підставами, що спонукали їх утворення, а також за обсягом їх повноважень. У свою чергу, екстериторіальні автономії залежно від проживання етнічних спільнот поділяються на персональні та корпоративні.*

Досліджуються питання організаційно-правових норм припинення існування автономних утворень. Даються тлумачення понять «регіон», «регіоналізація», «регіональна держава» та ін.

Аналізуються напрямки децентралізації функцій держави та сучасні проблеми регіоналізації в європейських країнах.

Вступ

Нове тисячоліття характеризується складністю проблем державотворення, вирішення яких є запорукою дотримання балансу державотворчих процесів. В умовах глобалізації відбулось багато змін на національному та наднаціональному рівнях. Масштаби цих змін є очевидними, проте їх сутність, направленість і перспективи вимагають всебічного і досконалого вивчення. Зокрема, увагу правознавців привертає аналіз характеру і рівня сучасної інституціоналізації державності. У цьому зв'язку надважливою проблемою є існування одного з державних інститутів – автономних утворень. Вони мають пріоритетне значення в удосконаленні державного устрою, здійсненні децентралізації державної влади, оптимізації місцевого управління та місцевого самоврядування.

Однією з особливостей автономних утворень порівняно з адміністративно-територіальними одиницями є те, що у більшості випадків вони пов'язані з етнічним чинником, особливо з появою на історичній арені націй. З того часу кожна нація починає прагнути до політичного самовизначення – утворення власної держави, тобто бути національною державою. Так виникла одна з глобальних суперечностей між державою і нацією, що й досі справляє великий вплив на хід державотворчих процесів. Запровадження автономії стало одним із ефективних шляхів часткового розв'язання цих суперечностей.

Про це, зокрема, свідчать певні успіхи у державному будівництві таких європейських країн, як Австрія, Данія, Нідерланди, Португалія, Фінляндія, Франція, Швейцарія. Їхній позитивний досвід створення ефективних правових та організаційних гарантій захисту прав як національних меншин, так і корінних народів має важливе значення для удосконалення сучасних державних форм, зокрема, системних перетворень в основних сферах життєдіяльності суспільства, в тому числі й у сфері міжнаціональних, міжетнічних відносин.

Вивчення зарубіжного досвіду повною мірою стосується й України, де поява нових явищ у сфері державно-правового регулювання політичних, соціально-економічних та культурних процесів потребує серйозних теоретичних досліджень, вироблення таких законодавчих та організаційних моделей, які б сприяли стабільному й всебічному зміцненню країни.

1. Автономія: поняття, принципи, класифікація

Інститут автономії як один з елементів державного устрою має давні традиції. Аналіз різних форм автономії в історії світової цивілізації свідчить про ряд якісно різних етапів їх розвитку з неоднаковими політико-правовими та соціально-економічними параметрами. Насамперед слід розглянути питання про визначення поняття «автономія». У загальновживаному значенні цього слова під автономією розуміють відокремленість, самостійність, незалежність (наприклад, автономія розуму, автономія прав, автономія волі тощо) [1, с. 13].

У правовому аспекті автономію слід віднести до категорії конституційного права як загального поняття, яке відображає «особливий статус території чи організації в державі, що передбачає відносно самостійне розв'язання внутрішніх проблем поза межами прав і повноважень держави чи організації, до складу яких входить дана самоврядна одиниця» [2, с. 10]. Такий підхід до визначення поняття «автономія», яке сформульоване в академічному науковому виданні, поділяють більшість правознавців в Україні. У працях українських науковців існують також інші визначення поняття «автономія» [3, с. 125; 4, с. 357; 5, с. 553; 6, с. 119]. Однак серйозних теоретичних суперечок щодо сутності цього поняття в сучасній зарубіжній та вітчизняній літературі немає. Це пояснюється тим, що процес автономізації в країнах Європи завершився головним чином у XX ст. і утворення нових автономій відбувається нечасто. Крім того, останнім часом увага громадської думки привернута до нової модної теми – регіоналізації території європейських країн.

Кампанія за регіоналізацію не оминула й Україну. «Нині тематика регіону, – пише О. Батанов, – інтенсивно розробляється широким колом дослідників: від політологів, юристів, спеціалістів з економічної статистики та соціального планування до авторів, зайнятих вивченням регіональних конфліктів. Питання регіональної політики поступово стають тематикою політичних документів, виступів, звернень державних діячів та актів посадових осіб та органів влади, стали складовою частиною політичних дискусій, отримавши нове висвітлення у контексті проблем глобалізації» [7, с. 643]. Незважаючи на таке загальне захоплення регіоналізацією, вважаємо доречним наголосити, що було б великою помилкою відносити тему автономії до пережитків минулого і замінити її темою регіону. Автономія відіграла і продовжує

відігравати величезну роль в удосконаленні державного устрою у багатонаціональних унітарних та федеративних державах. Ця її роль полягає в тому, що автономні утворення в комплексі вирішують три головні проблеми: децентралізацію влади, регулювання міжнаціональних відносин і захист культурних цінностей народів, що проживають на території даної країни.

Автономні утворення слід відрізняти від органів місцевого самоврядування, хоча ці поняття доволі схожі. Спільні риси цих понять та різницю між ними переконливо охарактеризував ще у 1906 р. відомий правознавець Ф. Кокошкін: «Обласна автономія не є утворенням держави в державі, – писав він, – а лише перенесенням частини законодавчої діяльності однієї і тієї ж самої держави з центру на місця, інакше кажучи, поширення на галузь законодавства основного принципу місцевого самоврядування, внаслідок чого місцеві справи мають вирішуватися місцевими виборними людьми. Обласна автономія і місцеве самоврядування є явищами одного й того ж порядку; між ними не можна провести різкої, принципової межі. В усякому скільки-небудь розвинутому самоврядуванні завжди містяться зародки автономії, які у певних умовах можуть бути розвинені до справжнього автономного устрою» [8, с. 7].

Наявність елементів автономії, властивих органам місцевого самоврядування, відзначає і В. Борденюк. Характеризуючи співвідношення функцій держави та функцій місцевого самоврядування в сучасний період, він звертає увагу на те, що «при аналізі природи органів місцевого самоврядування треба брати за основу не так той факт, що вони обираються територіальними громадами, як порядок їх заснування та формування, функції, повноваження, форми та методи діяльності цих органів, юридичну природу їхніх актів та багато інших чинників, які не дають підстав безапеляційно відносити їх тільки до органів територіальних громад. На відміну від органів виконавчої влади, органам місцевого самоврядування властива певна правова, організаційна та фінансова автономія (самостійність), яка, проте, ніде не має абсолютного характеру. При цьому йдеться про автономію місцевого самоврядування не від держави в цілому, а про його автономію відносно центральних органів, насамперед виконавчої влади, межі якої визначаються Конституцією і законами України» [9, с. 114–115]. В цьому контексті М. Золлер-Вінклер також зазначає, що

фінансова автономія є вирішальним фактором для зміцнення органів місцевого самоврядування. Ці органи у відповідності з Європейською хартією місцевого самоврядування можуть функціонувати лише за умови наявності фінансової автономії в юридично обов'язковому порядку. Ключовими є два аспекти: перший – гарантія наявності достатніх власних фінансових ресурсів, а другий – здатність незалежно приймати рішення щодо їх використання [10].

Як свідчить аналіз світової практики державного будівництва, єдиної теоретично сконструйованої моделі автономії не існує. Однак автономії усіх форм і видів об'єднують загальні принципи, відповідно до яких будується порядок їх формування, правове регулювання та гарантії самостійності у здійсненні ними наданих державою владних повноважень.

Отже, сучасне розуміння автономії дає підстави для формулювання цих основоположних принципів у такій послідовності:

1. В основі вирішення питання про утворення будь-якої форми автономії лежить легітимно виражена воля суверенного народу або його складової частини.

2. Право народу або його частини на автономне самовизначення і розвиток не залежить від рівня економічного та соціально-культурного розвитку даного народу, його чисельності, наявності чи відсутності історичних форм національної державності, оскільки основним критерієм є самоцінність цього народу або етносу.

3. Види і форми автономії не мають обмежень.

4. Народ має пріоритетне право вибирати будь-яку форму автономії при визначенні свого політико-правового статусу.

5. Будь-яка форма автономного утворення у складі суверенної держави розвивається на конституційно-правовій основі.

Для повної характеристики такого складного явища, як автономія, важливе значення має класифікація її конкретних форм і видів. Однак у цьому питанні, як і у випадку визначення поняття автономії, існують різні підходи. Не всі автори наводять достатні аргументи для обґрунтування своєї системи поділу автономних утворень на окремі групи, обмежуючись нерідко лише прикладами існуючих автономій у тій чи іншій країні.

На нашу думку, у класифікації автономних утворень слід розширити критерії визначення їх статусу та поділу з урахуванням реальних процесів світового державотворення у другій пол. XX ст. внаслідок розпаду колоніальної системи імперіалізму та

федеративних соціалістичних держав – Радянського Союзу, Чехословаччини, Югославії, а також тенденції до демократизації суспільного життя, посилення міграційних процесів тощо. Наслідком цих процесів є загальне зростання кількості й багатоманітності різних форм автономних утворень. Тому ми підтримуємо позицію тих авторів, які поділяють автономії на два основних типи: 1) територіальні та 2) екстериторіальні (культурні) [7, с. 645–648; 11, с. 404].

Територіальна автономія застосовується переважно тоді, коли через ті чи інші обставини одній чи кільком частинам держави надаються ширші порівняно з рештою території країни повноваження для самостійного вирішення питань внутрішнього самоуправління. У деяких країнах не лише окремі їх частини, а й уся територія поділена на автономні утворення, про що йтиметься далі. Територіальні автономії у свою чергу класифікують на певні групи за такими критеріями:

1. За підставами, що спонукали до їх утворення, вони поділяються на:

1. Автономії, що утворені за національно-мовними ознаками (національно-територіальні чи етнотериторіальні). Вони утворюються в регіонах з компактним проживанням груп населення з певними відмінностями, які можуть визначатися як народи, народності, нації, національності залежно від політичних традицій. До таких національно-територіальних автономій належать, наприклад, Гренландія в Данії, Гагаузія в Молдові, Північна Ірландія у Великобританії, автономні округи в Російській Федерації та ін. В Китаї існує декілька типів національно-територіальної автономії: Синьцзян-Уйгурський (мусульманський) автономний район, Тибетський автономний район, Нинся-Хуенський (мусульманський округ) та ін.

2. Автономії, підставою для утворення яких є не національні чи етнічні ознаки, а врахування особливостей історичних традицій, звичаїв побуту, релігійних вірувань населення, що проживає на території автономії. Такими автономіями є, наприклад, Нахічеванська Республіка в Азербайджані, Аджарська Республіка в Грузії, архіпелаги Мадейри та Азорських островів у Португалії, район Святої гори Афон у Греції, Воєводина в Сербії та ін.

3. Автономії, що були утворені в результаті певних історичних обставин на територіях, що характеризуються особливостями політичних або економічних відносин.

Класичним прикладом таких автономій можуть слугувати особливі адміністративні райони Сянган (Гонконг) та Аомінь (Макао), території яких були повернені Китайській Народній Республіці за домовленістю з Великобританією та Португалією у 90-х роках минулого століття.

Особливий адміністративний район (ОАР) є невід'ємною частиною КНР, однак на його території не встановлюється відразу соціалістична система і він не здійснює соціалістичну політику. Упродовж 50 років тут зберігатиметься капіталістична система та існуючий спосіб життя. У зв'язку з цим на територіях ОАР продовжують діяти існуючі норми права, крім тих, що суперечать відповідним основним законам КНР або підлягають переглядові законодавчими органами ОАР [12, с. 361–365]. Варто відзначити, що в Сянгані та Аомині поряд із китайською англійська й португальська мови визначені відповідно другими державними, хоча користується цими привнесеними на території ОАР мовами незначна кількість населення. До цієї групи автономій можна віднести також державне утворення Палестину [13, с. 156–160].

4. Автономії, що утворилися внаслідок реалізації загального принципу територіальної організації влади. Типовим прикладом у цьому може слугувати Японія – децентралізована держава, що базується на місцевій автономії. Тут усім адміністративно-територіальним одиницям надана самостійність у вирішенні питань внутрішнього самоуправління. Відповідно до Конституції Японії 1946 р. та Закону про місцеву автономію, місцеве самоврядування має два рівні: верхній рівень – префектури, нижній рівень – міста, прирівняні до них за статусом райони Токіо, села та сільські громади.

За таким самим принципом побудовано адміністративний поділ Італії, де 15 областей являють собою суто територіальні автономії, а 5 областей утворені з урахуванням історичних, побутових особливостей населення та географічних факторів.

2. За обсягом повноважень усі територіальні автономії поділяються на два види: політичні та адміністративні.

Політична автономія, яку ще часто називають державною або законодавчою, може мати ознаки державності, її органам надаються права приймати деякі законодавчі акти з місцевих питань. Повноваження автономії визначаються конституцією держави або спеціальним законом. На відміну від суб'єктів федеративних держав, які інколи можуть мати свою судову

систему аж до верховних судів (як, наприклад, у США), автономні утворення своїх судів не мають, розташовані на їх території суди входять до єдиної судової системи всієї держави. Інколи політичне автономне утворення має своє громадянство і свою конституцію. У цьому разі громадяни автономії одночасно є громадянами держави.

Нині різні форми політичної автономії існують у багатьох унітарних державах світу. Це Північна Ірландія у Великобританії, Аландські острови у Фінляндії, Фарерські острови та Гренландія в Данії, Корсика у Франції та ін. Досить широкі повноваження мають політичні автономії в деяких постсоціалістичних країнах, зокрема, Республіка Нахічевань в Азербайджані та Республіка Каракалпакія в Узбекистані.

Адміністративна автономія передбачає, що органи відповідного територіального утворення не мають законодавчих прав, їхні акти завжди мають підзаконний характер. Але й при цьому можливості автономних органів все одно є дещо ширшими у тій сфері, яка послужила підставою для надання автономії. Так, якщо підставою послужила етнонаціональна особливість населення даної території, то органи автономного утворення можуть, поряд з державною мовою, користуватися мовою відповідної етнонаціональної групи, враховувати у своїй діяльності етнічні та побутові особливості місцевого населення.

Цей вид територіальної автономії порівняно з політичною існує у значно меншій кількості держав світу.

Найбільше адміністративних автономних утворень (понад 100) у Китайській Народній Республіці. Національні меншини Китаю, територія проживання яких охоплює близько половини території країни, можуть утворювати три ступені автономій: 1) автономні райони, які є найбільшими автономними утвореннями; 2) автономні округи (середня ланка) і 3) автономні повіти (низова ланка).

Невеликі адміністративні автономії є в Індії, Таджикистані та деяких інших країнах. Слід однак відзначити, що юридичні межі між політичною та адміністративною видами територіальної автономії не завжди чітко визначені. Так, в розділі X Конституції України [14] Автономній Республіці Крим надано статус політичної автономії з правом мати свою конституцію, але представницький орган – Верховна Рада Автономної Республіки Крим не має права здійснювати законодавчу функцію. Обмежує права автономії також

наявність у республіці представництва Президента України. Як зазначає, відомий вчений-правознавець В. Шаповал [6, с. 119], на сьогодення Автономна Республіка Крим анексована Росією, але з позицій національного і міжнародного права залишається територіальною автономією у складі державної території України. Автономна Республіка Крим конституйована як невід'ємна складова частина української держави та складова системи її адміністративно-територіального устрою (ст. ст. 133, 134 Конституції України).

У зв'язку з поділом автономій за обсягом повноважень потрібно визначитися, чи належать суб'єкти федерації до автономних утворень і якщо так, то до якого виду територіальної автономії їх слід віднести.

У літературі однозначного тлумачення цього питання немає. Однак у деяких наукових працях з конституційного права прямо чи опосередковано суб'єкти федерації визначаються як автономія.

Стосовно характеристики другого типу автономій, що не пов'язані з територіальним чинником, тобто є екстериторіальними. Оскільки екстериторіальна автономія полягає, головним чином, у наданні представникам окремих етносів (національностей) певної самостійності в питаннях організації різноманітних форм культурного життя, її нерідко іменують також культурною або національно-культурною автономією.

Залежно від того, як проживають етнічні спільноти – компактно чи розрізнено, а також від деяких інших обставин, екстериторіальні автономії в юридичній літературі поділяють на персональні та корпоративні.

Персональна автономія (національно-персональна) утворюється головним чином тоді, коли певні національні меншини, що не проживають компактно в даній державі, а розпорошені в різних її регіонах, об'єднуються у громадські спілки для реалізації своїх культурно-побутових запитів. В окремих випадках їм надається право брати участь у політичному житті шляхом представництва в деяких центральних органах держави.

Така форма автономії існує, наприклад, в Австрії, Естонії, Норвегії, Угорщині, Фінляндії, Швеції та деяких інших державах.

Спроба утворити національно-персональну автономію була зроблена і в Україні в 1918 р. Закон Центральної Ради, прийнятий 9(22) січня 1918 р. надавав кожній з націй, які

населяли Україну, «право на самостійний устрій свого національного життя, що здійснюється через органи Національного Союзу, влада якого поширюється на всіх його членів незалежно від місця і поселення в УНР». Росіянам, євреям і полякам право на національно-персональну автономію надавалося названим законом, а білоруси, чехи, молдавани, німці, татари, греки та болгари, що мешкали в Україні, могли користуватися таким правом після подання відповідної заяви до Генерального суду УНР, підписаної не менш як 10 тисячами громадян, що належать до цієї нації й не обмежені в політичних правах. Суд протягом шести місяців мав винести рішення й сповістити про нього Генеральний Секретаріат. Нації, що не були зазначені в цьому переліку, могли за своїм бажанням подавати такі ж заяви, але вже на розгляд парламенту УНР.

Закон про національно-персональну автономію був включений окремим розділом до Конституції УНР 29 квітня 1918 р., але втілені в ньому ідеї не були реалізовані, оскільки Центральна Рада в цей же день припинила своє існування [15, с. 111–112].

Корпоративна автономія пов'язана з певними лінгвістичними спільнотами, яким виділяються місця в державному апараті, а державні службовці, які є представниками іншої національності, але працюють в районах проживання корінної національної групи, мають знати їх мову, звичаї та особливості побуту і у своїй практичній діяльності враховувати їх. Існування корпоративних автономій можна простежити на прикладах деяких невеликих штатів Індії, де значну частку їх населення становлять зареєстровані племена й касти, які знаходяться на низькому рівні розвитку й у своїх взаємовідносинах, особливо сімейних (шлюб, успадкування майна тощо), легітимно керуються не лише федеральними законами, а й місцевими звичаями.

Дещо інший підхід до характеристики корпоративних автономій зустрічаємо у Б. Кістяківського. До них він відносив деякі публічно-правові організації, головною ознакою їх автономного статусу була не екстериторіальність, а наявність деяких делегованих їм державою владних повноважень. «Певна доля влади, – писав автор щодо структури державної влади у царській Росії у 1913 р., – присвоєна так званим автономним організаціям, наприклад, самоврядним міським та земським громадам, церквам та іншим релігійним общинам, оскільки вони організовані у публічно-правові корпорації; властива вона також і автономним університетам. Характерна риса цих організацій є

те, що до них обов'язково належать усі особи певної категорії; так, наприклад, земства і міські громади включають усіх осіб, які проживають на їх території; до релігійної общини, організованої як публічно-правова корпорація, входять обов'язково усі її одновірці. Ці організації мають право примусово обкладати усіх своїх членів встановленими ними податками. Вони можуть також, не вдаючись до сприяння судів, чисто екзекуційним шляхом змушувати належних до них осіб виконувати їхні постанови. Такі постанови часто мають навіть характер законів, і лише задля термінологічної зручності вони називаються не законами, а обов'язковими постановами. Усе це – риси, що властиві головним чином державній владі. Однак усі ці публічно-правові організації застосовують не свою владу, а владу держави, вони володіють владою постільки, оскільки держава наділяє їх нею; без держави вони ніякою владою не володіють. Держава відрізняється від цих публічно-правових спілок тим, що вона ні в кого не запозичує своєї влади; вона володіє своєю власною владою, яка не лише виникає у ній самій, але й підтримується і обмежується її власними засобами» [16, с. 113–114].

Якщо трансформувати ці положення Б. Кістяківського на сучасність, то до корпоративних автономій можна віднести ті релігійні громади в поліконфесійних державах, яким надається право обирати до представницьких органів державної влади віруючих своєї конфесії.

Організаційними формами реалізації культурної автономії є різноманітні національні центри, громадські ради, земляцтва, асоціації, спілки, представництво в парламенті, уряді держави тощо. Головною метою їхньої діяльності є збереження та вільний розвиток культурних традицій, використання й захист мов національних меншин, права на створення національних шкіл, театрів, бібліотек, самодіяльних мистецьких колективів тощо. Ефективність багатогранної діяльності таких громадських організацій може бути гарантована лише за умови законодавчого закріплення їхніх прав. У сучасних країнах світу цей процес здійснюється двома шляхами.

Перший полягає в тому, що держава докладно регламентує права громадян, які належать до національних меншин і визначає механізм їх реалізації. Така широка регламентація прав національних меншин характерна, зокрема, для скандинавських країн. Цей підхід можна простежити також на прикладі Конституції Угорської Республіки від 18 серпня 1949 р. Так, у § 68

Основного закону цієї країни передбачається, що національні та етнічні меншини, що проживають в Угорській Республіці, є учасниками народної влади; вони являють собою державо-утворюючі чинники. Держава забезпечує їх колективну участь у громадському житті; збереження і розвиток їх культури, вживання ними рідної мови, право на освіту рідною мовою, а також право використання назв рідною мовою. Гарантується представництво у державних органах влади, а також право утворювати самоврядні органи як місцеві, так і в масштабах усієї країни [17, с. 561]. Конституція Румунії від 21 листопада 1991 р. регламентує також права національних меншин, але у більш загальній формі [18, с. 64].

Правовий захист прав лінгвістичних груп населення досить докладно визначений у Конституції Бельгії та деяких інших держав Європи.

В Україні з прийняттям Декларації прав національностей, Законів України «Про громадські об'єднання», «Про національні меншини в Україні», а згодом і в Конституції України на конституційно-правовому рівні визнано право національних меншин на об'єднання, на національно-культурну самобутність та на національно-культурну автономію. У країні створено понад 400 національних товариств, причому понад 30 національних об'єднань мають всеукраїнський статус. Діяльність цих товариств спрямована на задоволення специфічних національних потреб і запитів у сфері культури, освіти, мови, на збереження і розвиток національної самосвідомості, традицій, звичаїв, історичної пам'яті свого народу.

У більшості ж конституцій європейських держав права національних меншин не визначаються, а забезпечуються в рамках групи особистих прав і свобод людини. Це характерно, зокрема, для Болгарії, Греції, Туреччини, Федеративної Республіки Німеччина, Франції, України та ін. Прикладом такого підходу може слугувати Конституція ФРН, у п. 3 ст. 3 якої проголошується: «Нікому не може бути завдано шкоди або віддано перевагу за ознаками статі, походження, раси, мови, місця народження і спорідненння, віросповідання, релігійних чи політичних поглядів» [17, с. 581].

З усіх прав і свобод людини ми хочемо звернути особливу увагу на культурні права і свободи, оскільки повнота їх конституційного закріплення відіграє велику роль в сучасному світі. Адже від того, якою мірою представники національних меншин почувають себе

рівноправними громадянами своєї країни, залежить не лише їх соціальний статус і ступінь інформованості в суспільстві, а й рівень солідарності між людьми та конфліктний потенціал самого суспільства. Саме неможливість або небажання забезпечити в існуючих правових рамках культурні запити окремих національностей нерідко спричиняють міжнаціональний розбрат і конфлікти. Тут ми виходимо на більш широку проблему сучасності – проблему взаємовідносин між державою та культурою.

Інтереси держави як політичної форми організації суспільства, її можливості поширювати свій вплив на суспільний розвиток можуть збігатися або не збігатися з процесами розвитку культури, які відображають соціально-прогресивну творчу діяльність населення даної країни в усіх сферах його буття і свідомості. Недарма відомий американський політичний філософ Ф. Фукуяма у своїй концепції посилення ролі держави на сучасному етапі розвитку людства серед чотирьох складових, що забезпечують ефективну державну діяльність, називає: організаційну структуру, характер політичної системи, легітимність державних установ і культурні чинники [19, с. 57].

Слід звернути також увагу на проблему рівності культур, незалежно від форми держави, у якій проживають громадяни, що представляють ці культури.

Тим часом деякі сучасні держави продовжують прагнути до того, щоб бути національними, ігноруючи той факт, що будь-яка держава є нині фактично і полінаціональною, і полікультурною.

На нашу думку, плюралізм культур та водночас соціально-економічна та політична інтеграція у єдиному національно-державному просторі мають стати однією з визначальних ліній внутрішньої політики будь-якої сучасної держави. Адже саме політика багатокультурності блокує руйнівну силу етнічного фактору, дає змогу зміцнити міжнаціональну злагоду, стримати відцентрованість етнополітичної регіоналізації і, головне, відповідає нормам міжнародного права на вільне самовиявлення людини, незалежно від національної і расової приналежності.

На завершення цієї частини підрозділу закономірним буде розглянути питання про припинення існування автономних утворень. Цей акт, як і утворення автономії, має здійснюватися у певних організаційно-правових формах, визначення яких у кожній країні залежить від особливостей держави, історичних і політичних традицій народу, рівня його правової культури тощо.

Як свідчить світовий досвід, ліквідація автономних утворень відбувається найчастіше внаслідок зміни кордонів території держави після війн, революційних повстань, міжетнічних збройних конфліктів тощо. Непоодинокі випадки, коли зміну статусу автономії або її ліквідацію законодавчо вирішують центральні органи держави, до складу якої входить автономія.

Автономне утворення може також самоліквідуватися в разі проголошення себе незалежною державою. У разі такого перетворення одним з найважливіших його чинників є воля народу, яка може виражатися шляхом проведення референдуму, прийняття рішень представницькими органами влади, громадськими організаціями тощо [20, с. 121–122].

Підсумовуючи зміст і логіку викладеного у цьому параграфі матеріалу, пропонується таке авторське визначення поняття «автономія».

Автономія в конституційному праві – це форма організації державності, за якої держава для врахування національних, історичних, економічних, географічних, релігійних та інших особливостей населення окремих адміністративно-територіальних одиниць надає їм розширені права з питань місцевого управління або забезпечує політичні та культурні запити різних форм цих груп населення шляхом їх екстериторіальної самоорганізації.

2. Автономія і проблеми регіоналізації в країнах Європи

Останнім часом державне будівництво в країнах Європи було позначене тенденцією до деконцентрації й децентралізації функцій держави та підвищення ролі органів місцевої влади у здійсненні програм соціально-економічного розвитку. Саме в цей період в юридичній літературі, засобах масової інформації з'явилися і набули популярності терміни «регіон», «регіоналізація», «регіоналізм», «регіоналістська держава», «регіоналістська політика», «регіоналістський рух». Саме поняття «регіон» має декілька тлумачень і використовується для позначення різних за своєю природою територіальних одиниць.

На рівні наукового узагальнення термін «регіон» (від лат. region, regionis – область, округ) як географічне явище асоціюється з певною частиною території, що характеризується комплексом притаманних їй економічних, історичних, демографічних, географічних, природно-кліматичних та інших ознак. Зокрема,

в міжнародному аспекті цим терміном може позначатися територія групи суміжних країн, які мають певні спільні ознаки (наприклад, Близькосхідний, Центральноазіатський, Південноамериканський регіони тощо). У таких регіонах для координації зусиль з метою вирішення економічних, соціальних, екологічних, оборонних та інших проблем можуть утворюватися регіональні міжнародні організації [21, с. 337]. Наприклад, до таких організацій відносяться: Асоціація регіонального співробітництва Південної Азії, Шанхайська організація співробітництва, Ліга арабських держав та ін.

В інших випадках термін «регіон» використовується у значенні відносно відокремленої частини території держави, що характеризується новими економічними, географічними, історичними, національно-культурними та іншими особливостями. При цьому регіоном можуть називатися відповідні частини території незалежно від системи адміністративно-територіального поділу держави. В Україні до таких регіонів можна віднести, наприклад, Буковину, Галичину, Волинь, Донбас, Крим, Придніпров'я, Поділля, Слобожанщину та ін. Однак регіон, як справедливо відзначає В. Борденюк, не є виключно географічним явищем [9, с. 173].

У багатьох випадках цей термін використовується також і для характеристики різних видів територіальної організації сучасної держави, яка має переважно багаторівневу структуру. У широкому значенні це поняття може вживатися для позначення територіальних утворень, які формуються між загальнодержавним і первинним (базовим) рівнями системи державного устрою багатьох країн і які є просторовою основою функціонування відповідних органів публічного (державного) управління [9, с. 173–174; 22, с. 16].

Саме таким підходом керуються зарубіжні автори, коли у своїх працях визначають регіони як територіальні утворення, що мають статус: суб'єкта федерації [23], територіальної автономії [24] або звичайних адміністративно-територіальних одиниць вищого, ніж базовий, рівня, де здійснюється місцеве самоврядування [25]. Та найпоширенішим в літературі є використання терміна «регіон» щодо територіальних утворень, які за своїм рівнем в ієрархії державного устрою є безпосередньо нижчими порівняно із загальнодержавним рівнем і мають, головним чином, іншу офіційну назву, визначену в конституції чи законі. До таких

утворень відносять воєводства, губернії, землі, провінції, області та інші територіальні утворення, на які поділяється територія багатьох сучасних унітарних та федеративних держав. Безпосередньо термін «регіон» офіційно фігурує лише в Конституції Франції як найвища одиниця адміністративно-територіального поділу країни, що має свої органи самоуправління та державного управління. Нині територія Франції поділена на 22 регіони, кожний з яких об'єднує від 3 до 5 департаментів.

Асамблея Європейських регіонів розробила власну класифікацію виходячи з їх правового статусу та повноважень, а саме:

– конституційні регіони – регіони, що за своїми правами прирівнюються до держави. Насамперед йдеться про законодавчу функцію – вони ухвалюють власні закони, беруть участь у законодавчому процесі на центральному рівні (шляхом участі у роботі другої палати парламенту). Їм гарантована достатня автономія у фінансовій сфері та можливість укладати міжнародні угоди. Такі регіони перебувають, як правило, у складі федерацій або конфедерацій, зокрема, в Австрії, Бельгії, Німеччини, Швейцарії;

– регіони із сильною політичною та адміністративною автономією, які сформувались в результаті регіоналізації (Іспанія, Італія, Данія, Португалія), що акцентували увагу на значенні принципу єдності, але певні складові частини цих держав відрізнялися культурними, мовними та географічними просторовими ознаками, що й зумовило потребу надання їм автономного статусу;

– регіони у країнах, де мала місце децентралізація, найпоширеніший тип, для якого характерна залежність регіонів від держави, хоча систематично вони отримують дедалі більше повноважень (регіони Франції, Нідерландів, Польщі);

– адміністративні регіони – насамперед, грецькі, португальські та румунські, які були створені для використання допомоги, що надходить зі структурних фондів Європейського Союзу (ЄС) [26].

Однак останнім часом робляться спроби для посилення функцій центральної влади звузити значення терміна «регіон» і вживати його для позначення лише територіальних утворень, сформованих у законодавчому порядку на рівні, що є безпосередньо нижчим після загальнодержавного та наділених політичним самоврядуванням [9, с. 175]. Прикладом таких

держав, складові частини яких відповідають зазначеним критеріям, можуть слугувати європейські федеративні держави – Австрія, Бельгія, Федеративна Республіка Німеччина, а також унітарні держави з територіальними автономіями [27, с. 128]. При цьому пропонується, щоб держави, подібні до Італії та Іспанії, території яких повністю поділені на відповідні автономні територіальні одиниці і щодо яких держава здійснює лише адміністративний нагляд, називати регіоналістськими чи регіональними [28, с. 224].

П. Шляхтун вживає термін «регіоналізована держава», яка визначається як «унітарна держава, територіальний устрій якої ґрунтується на засадах автономії і децентралізації» [29, с. 449]. Визнання належності терміна «регіональна держава» до понятійно-категоріального апарату науки конституційного права зобов'язує визначити його місце в характеристиці форм державного устрою.

Більшість дослідників розглядають регіональну державу як перехідну від унітарної до федеративної держави. Існує також точка зору, згідно з якою державний устрій подібної держави має змішану форму.

Так, О. Автономов вважає, що перетворення усіх адміністративно-територіальних одиниць в автономні якісно міняє форму держави. Регіональна держава внаслідок посилення самостійності утворень, що входять до її складу, «перестає бути унітарною, але й не перетворюється у федеративну, оскільки характер взаємовідносин центральних органів влади з органами регіонів залишається тим самим, що й в унітарній державі» [28, с. 224]. Ю. Юдін та Ю. Шульженко у своїх висновках визначають регіональну державу як особливу, третю форму державного устрою» [30, с. 285]. Остання точка зору не має базового наукового підгрунтя, тому що: по-перше, визнаючи, що родове поняття «форма державного устрою» має 3 види, ми порушуємо правила логіки, зокрема правило поділу понять, за яким їх поділ можна здійснювати лише на одній основі, яка у даному випадку відсутня [31, с. 64–66]; по-друге, нові поняття в теорії держави і права мають формулюватися не на основі юридичної догматики, а на узагальненні досвіду реально існуючих державних утворень. Але досвід у державному будівництві лише двох держав (Італії та Іспанії) з їх глибокими внутрішніми суперечностями і непослідовною політикою у реформуванні органів державної влади не дає підстав вважати їх носіями нової форми

державного устрою. Тому, орієнтування на кілька ознак у визначенні нового поняття, у даному разі «регіональної держави», є методологічно необгрунтованим.

У зв'язку з цим можна зазначити, що популярність ідеї регіоналізації викликана в першу чергу економічними причинами, зокрема, можливістю деяким регіонам зміцнювати своє економічне становище завдяки безпосередньому виходу на світовий ринок, спрощення організації контактів з іншими державами, запровадження зон вільної торгівлі та ін. Але, в свою чергу, в напрямах єврорегіоналізації простежуються тенденції представників транснаціональних монополій втілити в життя ідею євроінтеграції, характерними рисами якої є сітьовий принцип організації, повна проникність кордонів і відкритість для фінансових та інформаційних потоків. Такі процеси євроінтеграції можуть поступово викликати руйнування кордонів національних держав. Це призводить до послаблення функцій центральної влади держав, передачі основних повноважень на регіональний або ж на загальноєвропейський рівень, прагнення перекласти на регіональну владу частину відповідальності за прийняті рішення (наприклад непопулярні рішення у сфері податкової політики) та ін. Тому існує потенційна можливість перетворення ЄС в союз регіонів, а не держав і поступова зміна правового статусу ЄС як міждержавного об'єднання конфедеративного типу на федеративну державу. Однією з небезпек такого розвитку подій є консервування або (чи) активізація міжнаціональних та міжконфесійних конфліктів в середині ЄС (наприклад, в країнах Балканського регіону).

В реалізації планів єврорегіоналізації можна виділити три напрями дій:

1) децентралізацію державної влади в окремих країнах з метою передачі регіонам максимальних повноважень і закріплення прямих відносин їх з інститутами ЄС;

2) утворення транскордонних регіонів та інших форм міжрегіонального співробітництва для розмивання кордонів окремих держав та забезпечення горизонтального об'єднання регіонів;

3) захист прав національних та етнічних меншин з метою утворення нових регіонів на етнічній основі.

Нині майже у половині держав – членів Євросоюзу регіональні органи влади наділені законодавчими повноваженнями різного ступеня і функціонують як «партнери» ЄС. Однак принципово

важливим є питання про те, якою мірою регіоналізація сприяє вирішенню головного завдання, заради якого вона проголошувалась – вирівнювання рівнів соціально-економічного розвитку регіонів. Факти свідчать про те, що в умовах витіснення держави з економіки і визначення конкурентоздатності як ключового принципу розвитку, розквіт регіонів залежить тепер не від активності регіонального «громадянського суспільства», а від здібностей місцевої влади залучити якомога більше інвесторів. Внаслідок цього неухильно зростають розриви між рівнями розвитку регіонів. У широкій самостійності зацікавленими стали найрозвинутіші регіони, які бажають забезпечити собі фінансову самостійність і зняти з себе тягар відповідальності за менш розвинуті сусідні адміністративно-територіальні одиниці. Так почав гуртуватись союз між транснаціональною елітою, європейською бюрократією і місцевою владою найрозвинутіших регіонів, яким доручена місія «підточування» державних суверенітетів.

Другий напрям стратегії регіоналізації має на меті поступову ліквідацію державних кордонів за допомогою міжрегіонального співробітництва, головну роль в якому відіграють транскордонні регіони (єврорегіони), які зв'язують прикордонні території різних країн. У «Хартії прикордонних та транскордонних регіонів», прийнятій Асоціацією європейських прикордонних регіонів (АЄПР) у 1981 р. із змінами, внесеними у 2004 р., говориться: «Метою співробітництва є розвиток таких структур координації, процедур та інструментів, які приведуть до усунення перешкод і чинників розриву, а також, в кінцевому рахунку, до подолання концепції кордону і переведення його значення до простого адміністративного кордону» [32]. Характерно, що в цьому документі кордони названі «рубцями історії», натякаючи на їх негативну роль.

Кордони в континентальній Європі справді не скрізь є досконалими. Вони часто окреслювались, особливо після закінчення Другої світової війни, відповідно до геополітичних інтересів малих народів. Та йдеться не про спроби добитися справедливості, а про те, щоб дискваліфікувати саме поняття державного кордону як однієї з найважливіших складових національного суверенітету. У цій стратегії єврорегіонам задумана роль засобу «розмивання» державних кордонів, що в підсумку надасть можливість розробити політику освоєння територій і створити широкий внутрішній ринок в інтересах транснаціональних стратегічних учасників.

АЄПР об'єднує сьогодні понад 160 регіонів, які охоплюють майже всі прикордонні території Європи. Вони становлять 40% її площі і в них проживає близько 32% її населення.

Третій напрям стратегії єврорегіоналізації має на меті дробіння європейської території на велику кількість етнолінгвістичних утворень, підпорядкованих одному центрові. Головну роль в реалізації цієї стратегії відіграє Федералістський союз європейських національних меншин (ФСЄНМ), до якого входить 81 організація. Вони представляють 52 етнічні меншини з 32 країн Європи, в тому числі з республік колишнього СРСР. Союз підтримує зв'язки з депутатами Європарламенту, входить до Ради Європи і співпрацює з американською структурою «Проект щодо етнічних відносин», яка функціонує також у рамках ЄС [32].

Слід відзначити, що ФСЄНМ свою діяльність здійснює обережно і завжди підкреслює, що «виступає активно проти сепаратизму та будь-якого насильницького порушення кордонів» і не допускає до своїх лав радикальні організації, які могли б скомпрометувати його. Та все ж головною метою цього Союзу є повна емансипація етнічних груп у рамках політики розширення самостійності єврорегіонів.

Правову базу діяльності ФСЄНМ складають «Європейська хартія регіональних мов або мов меншин» Ради Європи від 5 листопада 1992 р. та «Рамкова конвенція про захист національних меншин» Ради Європи від 10 листопада 1994 р. Ці обидва документи спільно створюють умови для здійснення етнічної федералізації, оскільки зобов'язують держави не лише сприяти підтриманню меншинами своєї самобутності, а й дозволяти використання регіональних мов у всіх сферах діяльності.

ФСЄНМ об'єднує представників різних етносів, як великих, що мають свою державність, але проживають як меншина на іншій території, так і малочисельних, що ніколи не мали своєї державності. Так, членами Союзу є організації німців Угорщини, Богемії, Грузії, Казахстану, Узбекистану, угорців Словаччини і Румунії, хорватів Воєводини і Словаччини, поляків Чехії, чехів Словаччини, фризів Нідерландів, ельзасців і лотарингців Франції, македонців Греції, фінів Швеції, кримських татар та угорців України та ін. [32]. Крім ФСЄНМ, з реальними планами етнорегіоналізму в Європі виступають й інші організації, зокрема політична група депутатів Європарламенту «Зелені – Європейський вільний альянс», Європейський центр захисту нащадків меншин, та ін. Отже, сьогодні

фактично немає жодної європейської країни, за винятком Португалії та Ісландії, яку б ці організації не планували якимось чином регіоналізувати. Такий спосіб проведення регіоналізації не всі країни – члени ЄС сприймають позитивно.

Науковці в галузі конституційного права з країн Західної Європи, які підтримали ідею утворення ЄС та інших міждержавних об'єднань, не припускали, що цей процес може спричинити обмеження суверенітету, а потім і втрату самостійності сучасних європейських держав. Так, проф. Страсбурзького університету Ж.-П. Жакке писав ще у 2000 р., що ЄС та Європейські співтовариства не загрожуватимуть існуючим державам. Навпаки, мета їх створення має полягати в тому, «щоб дозволити державам-членам, крім спільного ринку, разом здійснювати ті завдання, ефективне вирішення яких вони були б неспроможні взяти на себе, діючи поодинці» [33, с. 50]. А далі автор робить висновок про те, що «існування Співтовариств і Європейського Союзу є одним із засобів забезпечення стабільності та ефективності національних держав шляхом плати ними певної ціни у вигляді усуспільнення деяких видів компетенції. Таке об'єднання держав відповідає викликам сучасного світу» [33, с. 50].

На відміну від такого бачення розвитку національних держав у рамках ЄС, його нинішнє керівництво ставить за мету утворення шляхом євроінтеграції нової централізованої європейської держави, що була б могутнішою за сучасний Союз і спроможною конкурувати з США, Китаєм та з іншими лідерами багатополярного світу. Такий підхід можливий лише за умови запобігання цілого ряду негативних викликів: а) міжнаціональних та міжконфесійних конфліктів; б) проблем втрати державного суверенітету малих країн; в) неконтрольоване переміщення потоків трудових мігрантів та ін.

Висновки

Аналіз світової практики державного будівництва свідчить, що єдиної теоретично сконструйованої моделі автономії не існує. Однак автономії усіх форм і видів об'єднують загальні принципи, відповідно до яких будується порядок їх формування, правове регулювання та гарантії самостійності у здійсненні ними наданих державою владних повноважень.

Автономні утворення можна поділити на два типи: 1) територіальні та 2) екстериторіальні (культурні). Перші

визначаються залежно від підстав, що спонукали їх утворенню, а також за обсягом їх повноважень. Другі залежно від проживання етнічних спільнот поділяються на персональні та корпоративні.

Виходячи з аналізу терміну «автономія» в конституційному праві, можна запропонувати таке формулювання цього поняття: це форма організації державності, за якої держава для врахування національних, історичних, економічних, географічних, релігійних та інших особливостей населення окремих адміністративно-територіальних одиниць надає їм розширені права з питань місцевого управління або забезпечує політичні та культурні запити різних форм цих груп населення шляхом їх екстериторіальної самоорганізації.

У сучасній Європі поглиблюються процеси деконцентрації і децентралізації функцій держави. Ця тенденція до єврорегіоналізації може мати як позитивні, так і негативні наслідки. До позитивних можна віднести: покращення економічних показників регіонів, можливість безпосереднього виходу на світовий ринок тощо. Але негативні наслідки можуть знівелювати ці позитивні очікування. До них можна віднести: зміна кордонів існуючих держав, послаблення функцій центральної влади, консервування міжнаціональних та міжконфесійних конфліктів, неконтрольована трудова міграція тощо. І як наслідок, можлива втрата державного суверенітету ряду європейських країн.

Список використаних джерел:

1. Головащук С.І. Словник-довідник з українського літературного слововживання (Словники України). Київ : Наук. думка, 2004. 448 с.

2. Великий Енциклопедичний юридичний словник / за ред. акад. НАН України Ю.С. Шемшученка. Київ : ТОВ «Вид-во «Юридична думка», 2007. 992 с.

3. Конституційне право зарубіжних країн. Том 1:. Загальна частина / під. ред. д. ю. н., проф. Н.В. Мішиної та доц. В.О. Міхальова. Дніпропетровськ : Середняк Т.К., 2014. 340 с.

4. Скрипнюк О.В. Курс сучасного конституційного права України : академічне видання. Київ : Право, 2009. 468 с.

5. Федоренко В.Л. Конституційне право України : підручник. Київ : Вид-во Ліра. Київ, 2016. 616 с.

6. Шаповал В.М. Феномен конституційного права : монографія. Київ : Інститут законодавства Верховної Ради України, 2017. 423 с.

7. Конституційне право України. Академічний курс : підруч. ; у 2 т. / за заг. ред. Ю.С. Шемшученка. Київ : ТОВ «Вид-во «Юридична думка», 2008. [Т. 2]. 800 с.

8. Кокошкин Ф. Областная автономия и единство России. Москва : Изд. «Народное право», 1906. № 2. 15 с.

9. Борденюк В.І. Місцеве самоврядування та державне управління: конституційно-правові основи співвідношення та взаємодії : монографія. Київ : Парламентське вид-во, 2007. 576 с.

10. Золлер-Винклер М. Фінансова автономія – основа місцевого самоврядування. URL : htts: //decentralizanion.gov.ua / news /13610. 2020 р.

11. Кравченко В.В. Конституційне право України. Київ : Атіка, 2007. 592 с.

12. Нижник Н. Особливі адміністративні райони в Китайській Народній Республіці – автономні утворення високого рівня. *Вісник Національної академії державного управління при Президентові України*. 2003. № 3. С. 361–365.

13. Мяловицька Н.А. Палестинська національна автономія: проблеми становлення державності. *Н.А. Мяловицька : актуальні проблеми міжнародних відносин : [зб. наук. праць].* Київ : Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. Ін-т міжнародних відносин, 2006. [Вип. 61. Частина II (у двох частинах)]. С. 156–160.

14. Конституція України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 15 серп. 2020 р. : (офіц. текст). Київ : ПАЛИВОДА А.В., 2020. 76 с.

15. Історія української Конституції / упоряд. А.Г. Слюсаренко, М.В. Томенко. Київ : Право, 1997. 464 с.

16. Кистяковский Б.А. Сущность государственной власти / Б.А. Кистяковский. *Академічна юридична думка* / Укладачі: І. Б. Усенко, Т.І. Бондарчук ; за заг. ред. Ю.С. Шемшученка. Київ : Ін Юре, 1998. 503 с.

17. Конституции государств Европы : в 3 т. / под. ред. Л.А. Окунькова. Москва : Изд-во НОРМА, 2001. Т. 1. 824 с.

18. Конституции государств Европы : в 3 т. / под. ред. Л.А. Окунькова. Москва : Изд-во НОРМА, 2001. Т. 3. 792 с.

19. Фукуяма, Ф. Сильное государство : Управление и мировой порядок в XXI веке (пер. с англ.). Москва : АСТ : АСТ МОСКВА : ХРАНИТЕЛЬ, 2006. 220 [4] с. (Philosophy).

20. Дмитрієв А.І. Міжнародне публічне право : навч. посіб. Київ : Юрінком Інтер, 2000. 640 с.

21. Борденюк В. Поняття регіону в контексті державної регіональної політики: конституційно-правовий аспект / за заг. ред. В.І. Лугового, В.М. Князєва. Київ : Вид–во УАДУ, 2001. Вип. 1. С. 337–347.

22. Їжа М.М. Система регіонального управління: світовий досвід і Україна : монографія. Одеса : «Друкарський дім», 2011. 368 с.

23. Гайбах Г. Структура і завдання земель та адміністративних районів у федеральній політичній структурі Німеччини. *Проміжний рівень управління в європейських державах: складність проти демократії?* / Г. Гайбах, С. Серонг ; за ред. Т. Ларссона, К. Номдена, Ф. Петітвілля. Київ : К.І.С., 2003. С. 65–90.

24. Мішель Ф. Проміжний рівень управління в Італії: від «фрагментації» до «кооперативного регіоналізму». *Проміжний рівень управління в європейських державах : складність проти демократії?* / за ред. Т. Ларссона, К. Номдена, Ф. Петітвілля. Київ : К.І.С., 2003. С. 178–200.

25. Ківеру-Чіотіні С. Типовий проміжний рівень управління в Греції : регіони як органи державного управління та префектури як органи «самоврядування». *Проміжний рівень управління в європейських державах : складність проти демократії?* / С. Ківеру–Чіотіні, Н. Сакелларіаду ; за ред. Т. Ларссона, К. Номдена, Ф. Петітвілля. Київ : К. І. С., 2003. С. 91–107.

26. Regions d'Europe. Dossier thematigue de I'Assambles des Regions d'Europe. 2005. № 11. P. 4.

27. Зіллер Жак. Політико-адміністративні системи країн ЄС. Порівняльний аналіз. Київ : Основи, 1996. 420 с.

28. Автономов А.С. Конституционное (государственное) право зарубежных стра: учеб. Москва : ТК Велби. Изд-во Проспект, 2008. 560 с.

29. Шляхтун П.П. Конституційне право: словник термінів. Київ : Либідь, 2005. 568 с.

30. Сравнительное конституционнное право : учеб. пособ. / отв. ред. В.Е. Чиркин. Москва : Междунар. отношения, 2002. 448 с.

31. Логика : учеб. пособ. / сост. И.П. Билецкий, П.В. Брунько, О.Н. Кузь, В.А. Черненко и др. Харків : ИД «ИНЖЭК», 2004. 224 с.

32. Четверикова Ольга. Бельгия, Испания. Механизм перекройки карты Европы. URL : http://www.otechestvo.org.ua.

33. Жакке Ж.-П. Конституционное право и политические институты : учебник. Москва : Юристъ, 2002. 365 с.

DOI https://doi.org/10.36059/978-966-397-237-4-6

Назарко А. Т.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри конституційного права
Національного університету «Одеська юридична академія»,
м. Одеса

ПРАВО НА УЧАСТЬ У МІСЦЕВОМУ САМОВРЯДУВАННІ: ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА РЕАЛІЗАЦІЇ В УМОВАХ СПЕЦІАЛЬНИХ ПРАВОВИХ РЕЖИМІВ

Анотація. *Стаття присвячена дослідженню правового регулювання та реалізації права на участь у місцевому самоврядуванні в умовах спеціальних правових режимів в Україні. З'ясовано співвідношення права на участь у місцевому самоврядуванні із правом на місцеве самоврядування, проаналізовано основні напрями його реалізації. Розкрито питання співвідношення понять права на місцеве самоврядування і права членів територіальних громад на участь у місцевому самоврядуванні, охарактеризовано сучасний стан вітчизняного законодавства щодо регулювання форм участі громадян у місцевому самоврядуванні в умовах запровадження карантину в Україні.*

Право на участь у місцевому самоврядуванні розкривається за суттю, структурою та змістом, визначено систему форм реалізації цього права, їх властивостей та особливостей, проведено їх класифікацію. Надано пропозиції щодо вдосконалення наявних форм реалізації права на участь у місцевому самоврядуванні, їх пристосування до умов запровадження карантинних заходів в Україні та можливого введення надзвичайного стану. Проаналізовано деякі нові інструменти та механізми участі членів територіальної громади у вирішенні питань місцевого значення (електронні петиції, робота консультативно-дорадчих органів), що спрямовані на підвищення активності місцевого населення у вирішенні питань місцевого значення.

Вступ

Взаємини людини із публічною владою мають не тільки багатовекторні «горизонтальні» характеристики, які випливають із множинності сфер соціального життя, але це одночасно й

ієрархічні («вертикальні») лінії виміру положення особистості на різних рівнях її взаємин з публічною владою, як з державною, так і з публічно-самоврядною. Заохочення місцевого населення до вирішення питань місцевого значення та ефективного використання форм безпосередньої та представницької демократії є ключовими завданнями модернізації місцевого самоврядування в Україні. В умовах децентралізації публічної влади в Україні значним чином підвищується інтерес до вивчення та узагальнення практики залучення громадян до вироблення та здійснення місцевої політики, адже досвід застосування різноманітних засобів участі членів територіальної громади у місцевому самоврядуванні не забезпечує належного результату у розвитку партнерських відносин між органами і посадовими особами місцевого самоврядування та жителями.

Теоретичні засади інституту місцевого самоврядування досить ґрунтовно розкрито у працях таких українських учених, як: О.В. Батанов, П.М. Любченко, О.Ю. Лялюк, М.П. Орзіх, В.Ф. Погорілко, С.Г. Серьогіна, К.Є. Соляннік, Ю.М. Тодика, В.Л. Федоренко та ін. Окремим питанням конституційно-правового регулювання участі територіальної громади у вирішенні питань місцевого значення присвячено дослідження багатьох вітчизняних науковців: Ю.Ю. Бальція, О.М. Бориславської, О.Д. Лазор, Н.В. Мішиної, Х.В. Приходько, С.Ю. Русанової, Б.А. Руснак та ін. Особливості використання окремих форм безпосередньої та представницької демократії у місцевому самоврядуванні вивчалися в працях В.М. Кампо, Р.М. Максакової, К.М. Москальчук, О.С. Орловського, Г.В. Падалка, Т.В. Стешенко та ін. Окремим досліджуваним у статті питанням було присвячено також і низку дисертаційних досліджень: П.А. Ткачука «Участь громадян України в місцевому самоврядуванні» (м. Київ, 2003 р.) і Р.Т. Чернеги «Право громадян на участь у місцевому самоврядуванні України: стан та шляхи вдосконалення» (м. Київ, 2007 р.), Л.О. Казакової «Конституційне право на місцеве самоврядування серед інших прав та свобод людини і громадянина в Україні» (Ужгород, 2018 р.), Ю.Ю. Молчанової «Муніципальне регулювання здійснення членами територіальної громади права на участь у місцевому самоврядуванні» (Харків, 2019 р.).

Право на участь у місцевому самоврядуванні як предмет дослідження вчених-конституціоналістів привертає значну увагу, адже досі залишаються невирішеними низка теоретичних та

прикладних питань щодо визначення його поняття, змісту, форм реалізації, співвідношення з іншими конституційними правами людини і громадянина. Разом з тим нині існують проблеми реалізації права на участь у місцевому самоврядуванні членами територіальних громад, які зумовлені введенням особливого правового режиму на території України, спрямованого на запобігання виникненню і поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19), а також викликаних як недостатнім рівнем професіоналізму муніципальних службовців і пануванням їхніх бажань, так і вадами і прогалинами чинного законодавства.

Виходячи з вищенаведеного, метою статті є формулювання та визначення основних напрямів підвищення ефективності правових механізмів залучення громадян до місцевого самоврядування та становлення локальної демократії в Україні на основі аналізу нормативного закріплення та реалізації основних форм здійснення права на участь у місцевому самоврядуванні, зокрема, в умовах спеціальних правових режимів.

1. Право на участь у місцевому самоврядуванні: юридична природа та зміст

Великого значення у сучасних умовах розвитку громадянського суспільства та правової держави в Україні набуває належне забезпечення та реалізація конституційного статусу особистості, одним з основних складників якого є право на участь у місцевому самоврядуванні.

Муніципальні права особи як складник нормативно-правового інституту місцевого самоврядування одночасно є важливим інститутом муніципальної демократії, закріплений в Україні шляхом конституційного визнання та гарантування місцевого самоврядування (ст. 7). Сучасна теорія і практика конституціоналізму визнає існування прав і свобод людини і громадянина, які можуть бути реалізовані лише колективно, хоча цьому завжди сприяє можливість здійснення певних індивідуальних прав [23, с. 125]. Співвідношення цих прав полягає в тому, що індивідуальне право може здійснюватися колективно (наприклад, право на оскарження неправомірних дій або актів, право на отримання інформації про діяльність органів місцевого самоврядування та ін.), тоді як колективне право (участь у місцевих референдумах та виборах, право створення органів самоорганізації населення та ін.) не може бути реалізоване індивідуально. Можна

погодитися з думкою деяких учених про існування двох аспектів теоретичної проблеми права на місцеве самоврядування, які пов'язані з індивідуальним і колективним началами у разі визначення природи цього права [3, с. 67].

Колективне право на місцеве самоврядування випливає з положень ч. 1 ст. 140 Конституції України, яка визначає суб'єктом колективного права територіальну громаду, разом із тим ч. 1. ст. 3 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» містить положення щодо реалізації громадянами України права на участь у місцевому самоврядуванні за належністю до відповідних територіальних громад, що об'єктивно передбачає індивідуальне право громадянина. Вказане синтезоване формулювання має ключовий характер для визначення правової природи права на участь у місцевому самоврядуванні, оскільки поєднує індивідуальне право громадянина із колективним правом територіальної громади на місцеве самоврядування.

Особливе місце у системі сучасного наукового знання та методології юриспруденції належить інституціональній теорії, постулатами якої є використання міждисциплінарного аналізу та виокремлення соціального інституту як основного елемента теорії і практики [13]. З позицій інституціонального підходу до аналізу прав і свобод людини і громадянина слід визнати існування конституційних прав і свобод, які за формою та змістом є комплексними інститутами. Таким, виходячи з аналізу практики Конституційного Суду України, є конституційне право на звернення, закріплене ст. 40 Конституції України, оскільки, по-перше, його утворюють різні за природою і призначенням юридичні засоби, метою яких є забезпечення реалізації кожною людиною своїх прав і свобод, а також їх відстоювання, захист та відновлення у разі порушення [42]; по-друге, особливості порядку звернення із заявою та скаргою та їх розгляду у відповідних сферах правовідносин визначаються законами України (стаття 12 Закону України «Про звернення громадян» [34]).

Застосування інституціонального підходу дозволяє розглядати право на участь у місцевому самоврядуванні як самостійний комплексний правовий інститут. За змістом цей інститут охоплює юридично визначені форми організації та регулювання суспільного життя на місцевому рівні, що забезпечують виконання життєво важливих для суспільства функцій, та реалізується через систему інституцій місцевої демократії, яка «містить низку

органічно взаємопов'язаних елементів, що діють як комплексний механізм, основним завданням якого є створення необхідних передумов для реалізації права громадян на участь у місцевому самоврядуванні» [45, с. 14]. З одного боку, цей інститут є складовою частиною інституту вищого рівня – місцевого самоврядування, з іншого – складається із субінститутів, які охоплюють норми, що визначають основні форми реалізації права на участь у місцевому самоврядуванні. Структуру такого інституту становлять: сукупність норм, що визначають основні форми реалізації права на участь у місцевому самоврядуванні, система уповноважених суб'єктів, зокрема територіальна громада, члени територіальних громад, органи місцевого самоврядування, органи самоорганізації тощо.

Об'єктом права на участь у місцевому самоврядуванні є доступ громадян України – членів територіальних громад до участі у місцевому самоврядуванні. У цьому контексті, як справедливо наголошує О.С. Шугріна, варто відрізняти право на місцеве самоврядування від права брати участь у місцевому самоврядуванні [49, с. 33]. Так, Л.О. Казакова вважає, що право на місцеве самоврядування варто розуміти як надане конституційними нормами та чинним законодавством право особи на самостійне вирішення питань місцевого значення з використанням передбачених законодавством та актами місцевого самоврядування форм участі в публічній діяльності, що включають право вимоги надання такого права та можливості його реалізації в межах муніципального утворення [15, с. 4]. При цьому елементами названого права є: право на участь у місцевому самоврядуванні як можливість особи з використанням усіх форм місцевих ініціатив впливати на вироблення політики у сфері вирішення локальних питань та на формування утворень, наділених владними повноваженнями відповідно до територіальної приналежності та право на здійснення місцевого самоврядування як здатність наділеної владними повноваженнями особи, що зумовлена її територіальною приналежністю, на індивідуальну або колективну діяльність, результатом якої є вироблення правових норм локального характеру з метою вирішення питань, пов'язаних із забезпеченням функціонування територіальної громади. Привертає увагу звуження змісту права на місцеве самоврядування, адже воно передбачає можливість лише здійснення місцевого самоврядування і лише особою,

наділеною владними повноваженнями без належного розмежування права на здійснення місцевого самоврядування від права на участь у місцевому самоврядуванні.

У літературі трапляється думка, що право на участь у місцевому самоврядуванні є додатковим до такого основного права, як право брати участь в управлінні державними справами. Так, досліджуючи право на місцеве самоврядування, Л.О. Казакова формулює пропозиції щодо внесення змін у статтю 38 Конституції України, мотивуючи тим, що конституційне право громадян на управління державними справами (частина 1 статті 38 Конституції України) як самостійний публічний інститут є окремим правом громадян, яке не входить до права на місцеве самоврядування. Разом із тим не викликає дискусій те, що право брати участь у місцевому самоврядуванні є комплексним правом, що конкретизується через низку додаткових індивідуальних та колективних прав громадян України [15, с. 11]. На думку П.А. Ткачука, серед прав і свобод громадян у системі місцевого самоврядування можна виокремлювати: 1) права на участь, які включають право на участь в управлінні місцевими справами, право на участь у місцевих виборах, право брати участь у місцевому референдумі, право рівного доступу до служби в органах місцевого самоврядування; 2) інтегративні права – звернення до органів місцевого самоврядування, свободи об'єднань, свободи слова та право на інформацію, право на місцеву ініціативу, право мирних зборів, мітингів, походів, демонстрацій [43, с. 8].

Проблемним залишається питання щодо визначення кола суб'єктів права на участь у місцевому самоврядуванні. Дихотомічний характер суб'єктного складу права на участь у місцевому самоврядуванні випливає із суперечливих положень Конституції України (ст. 140) та Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» (ст. 2, 3), згідно з якими місцеве самоврядування одночасно визнається правом територіальної громади (жителів села чи добровільного об'єднання у сільську громаду жителів кількох сіл, селища та міста) та правом громадян України брати участь у місцевому самоврядуванні за їх належністю до відповідних громад.

У вітчизняній юридичній науці уявлення про право на участь у місцевому самоврядуванні детерміноване розумінням природи самоврядування як первинного права територіальної громади на вирішення питань місцевого значення. Водночас аналіз

зарубіжного досвіду конституційного регулювання муніципально-правових відносин свідчить, що в більшості з них громада унормовується як первинна ланка місцевого самоврядування та являє собою публічно-правову територіальну корпорацію, яка має певну свободу дій щодо забезпечення потреб жителів за принципом негативного регламентування компетенції [7, с. 330], що створює умови для реалізації місцевими мешканцями права на самоврядування не тільки опосередковано через діяльність органів місцевого самоврядування, але й індивідуально разом з іншими особами, які мають тісні зв'язки з громадою. Так, у Чехії гарантується принцип місцевого самоврядування територіальних одиниць (ст. 8 Конституції Чеської Республіки) [19], що передбачає, зокрема, наявність власної компетенції місцевого самоврядування як самостійної форми публічної влади (ст. 101, п.п. 1, 2; ст. 104 Конституції Чеської Республіки), визначення основним носієм права на місцеве самоврядування територіальних співтовариств громадян (ст. 100, п. 1, ст. 101 п. 3 Конституції Чеської Республіки), закріплення як територіальної основи місцевого самоврядування громади (ст. 99 Конституції Чеської Республіки), яка розглядається як «публічна корпорація, яка може мати власне майно і господарювати згідно зі своїм бюджетом». Отже, корпорація в наведених правових актах відображає наявність особливого суб'єкта права, який різниться від носія громад загалом, а членство в такій корпорації не залежить від волі її учасників. Правове визначення самоврядування набуває ознак особливої організаційної форми піклування всього суспільства про найбільш важливі питання життєдіяльності об'єднань громадян, які проживають на території громади [47, с. 178–179].

Територіальна громада є складною формою суспільної організації, сукупністю місцевих жителів, об'єднаних у межах певної території, що становить певну нормативно-правову модель самоорганізації населення з управлінськими структурами, здатна реалізувати і захищати місцеві публічні та приватні інтереси [48, с. 12]. У конституційному законодавстві багатьох європейських країн під громадою розуміється низова адміністративно-територіальна одиниця устрою держави (наприклад, Закон про самоврядування ґмін у Польщі визнає її основною одиницею територіального самоврядування, яку слід розуміти як співтовариство самоврядування, так і відповідну територію (ст. 1) [30]. Разом із тим у більшості країн світу первинними суб'єктами

місцевого самоврядування визнаються фізичні особи, що об'єднані спільними інтересами та територією. Вказані особи мають можливість у межах правових норм здійснювати регламентування та адміністрування публічних справ, під власну відповідальність та в інтересах місцевих жителів, що передбачає необхідність створення відповідної інституційної структури у вигляді органів місцевого самоврядування [25, с. 78].

За таких умов участь населення у здійсненні місцевого самоврядування полягає, по-перше, у прямій участі в організації та діяльності муніципалітетів як через заходи безпосередньої демократії (місцеві вибори), а також особистій участі в їх роботі, по-друге, у опосередкованій участі жителів в управлінні місцевими справами у різних формах (громадська ініціатива, загальні збори, опитування, петиції тощо) [14]. Теоретично такі механізми участі у місцевому самоврядуванні дають людям рівні шанси бути залученими до рішень, які впливають на їхнє життя та добробут, а також є важливим практичним способом для осіб, що об'єднані територією і інтересами, навчитися працювати разом та оцінювати співпрацю як метод вирішення проблем [1].

Суб'єктами права на участь у місцевому самоврядуванні є переважно громадяни України, які для реалізації муніципальних прав повинні відповідати низці недискримінаційних цензів: віковому, осілості і т. ін. Доволі широкий зміст права на участь у місцевому самоврядуванні детермінує неможливість точного визначення кола суб'єктів, наділених правами на вирішення місцевих питань. Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» одночасно містить два поняття, що визначають належність особи до територіальної громади: 1) жителі територіальної громади, 2) члени територіальної громади. Привертають увагу декілька питань. По-перше, закон не містить чіткого визначення та співвідношення термінів, а критерієм належності особи до громади є тільки постійне проживання на її території, яке законодавством так само не конкретизоване. По-друге, наголошення на необхідності мати зареєстроване місце проживання для підтвердження проживання особи в територіальній громаді на практиці призводить до змішування понять «місце проживання» та «зареєстроване місце проживання», які використовуються як синоніми. По-третє, правова невизначеність призводить до того, що за умов зумовленості можливості реалізації права на участь у місцевому самоврядуванні

за місцем проживання особи (як, наприклад, у випадку з деякими механізмами місцевої демократії) воно автоматично розуміється як зареєстроване місце проживання. Внаслідок цієї ситуації понад 8,3 млн осіб в Україні потенційно можуть зазнавати дискримінації щодо права на безпосередню участь у місцевому самоврядуванні, водночас близько 6,8 млн – це особи, що мешкають не за зареєстрованим місцем проживання, 1,4 млн – внутрішні переселенці, 114 тис. – іноземці, які тимчасово проживають в Україні, що становить більш ніж 20% нашої держави [17]. З метою подолання цих негативних наслідків деякі органи місцевого самоврядування намагаються у статутах територіальних громад закріпити категорії осіб, які належать до жителів/членів територіальних громад, всупереч нормам закону про місцеве самоврядування, попри те, що навіть визначення осіб, які мають у громаді зареєстроване місце проживання, не дозволить охопити всієї сукупності жителів відповідних територіальних громад.

Аналіз положень чинного законодавства свідчить, що право на участь у місцевому самоврядуванні має значний ступінь диференціації за критеріями для набуття та реалізації відповідних прав. Так, ст. 1 Закону «Про місцеве самоврядування в Україні» визначає загальні збори як зібрання всіх чи частини жителів села (сіл), селища, міста для вирішення питань місцевого значення [36], водночас ст. 8 цього ж Закону вживає термін «загальні збори громадян», що кардинально відрізняється від попередньої норми. За таких умов житель громади, який є особою без громадянства, відповідно до ст. 1 може брати участь у загальних зборах, а відповідно до ст. 8 не зможе, адже не є «громадянином». Подібні питання виникають, зокрема, і щодо права на участь у громадських слуханнях, права на місцеві ініціативи можуть мати лише члени територіальної громади (члени територіальної громади – ст. 9, 13 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні»), органів самоорганізації населення, які, з одного боку, можуть створюватися жителями, які на законних підставах проживають на території села, селища, міста або їх частин [37], з іншого – такі жителі можуть проживати в громаді як постійно, так і тимчасово, що на практиці означає більш широке коло суб'єктів створення органів самоорганізації населення порівняно із колом жителів/членів громади.

Вирішення проблемної ситуації бачиться у напрямі запровадження внесення змін до законодавства, по-перше, щодо дозволу реєстрації декількох місць проживання, одного як

основного, інших як додаткових; по-друге, уніфікації термінології профільного законодавства з метою уникнення різночитань щодо понять «член» та «житель» територіальної громади на користь останнього. Жителі повинні визначатися як сукупність усіх громадян України, іноземців та осіб без громадянства, які на законних підставах проживають у межах територіальної громади; по-третє, диференціювати форми місцевої демократії залежно від надання можливості користуватися ними лише жителям громади (загальні збори, громадські слухання, місцеві ініціативи, органи самоорганізації населення), або більш широкому колу суб'єктів, які не є жителями громади, але можуть залучатися до деяких із цих форм локальної демократії з правом дорадчого голосу, але із гарантуванням їх на рівні закону; по-четверте, всі жителі, незалежно від реєстрації в громаді, мають отримати рівні права, за винятком права на участь у виборах та місцевих референдумах, із пріоритетним правом голосу у громаді, яка є основним місцем проживання.

Проєкт закону про місцеве самоврядування [36], не ставлячи під сумнів правосуб'єктність жителів територіальної громади, проводить більш чітку диференціацію індивідуальних суб'єктів права на участь у місцевому самоврядуванні, якими є: по-перше, громадяни України, які проживають на території громади постійно та мають усі права на участь у місцевому самоврядуванні, включно з правом на вибори і референдум, по-друге, люди, які володіють нерухомим майном у громаді, або які сплачують податки на майно на території громади та мають право на консультативні форми участі в прийнятті рішень органами місцевого самоврядування, зокрема публічні консультації, місцеві ініціативи тощо. Запропонований підхід загалом відповідає практиці багатьох європейських країн, коли люди, які дотичні до громади, мають власні інтереси і право на те, щоб вони були враховані у разі здійснення публічної влади у громаді.

Одним із основних завдань муніципальної реформи в Україні проголошено створення системи безпосередньої муніципальної демократії, яка різними авторами розглядається як демократія участі або партисипативна демократія [6, с. 22], під якою розуміється процес залучення широкого кола суб'єктів, зокрема фізичних осіб та інститутів громадянського суспільства, до процесу формування та реалізації політики на місцевому рівні публічної влади [2; 10; 24; 27]. Вихідними позиціями щодо

розвитку концепції партисипативної демократії у Західній Європі було неконкурентне поєднання прямої та представницької форм народовладдя [9, с. 14], що призводило до недосконалості системи представництва та нереалізовуваності прямої демократії. До форм партисипативної демократії у літературі відносять: зустрічі громадян з представниками влади, соціальне замовлення, громадські (експертні ради), громадські обговорення, громадські експертизи, відкликання депутатів місцевих рад, дострокове припинення повноважень голів представницьких органів громад, рекламні, агітаційні та «лобістські» кампанії, органи самоорганізації населення тощо. Цей доктринальний підхід загалом кореспондує положенням ст. 69 Конституції України щодо наявності інших форм безпосередньої демократії.

Аналіз чинного законодавства та практики його застосування дозволяє виокремити такі індивідуальні права, що становлять зміст права на участь у місцевому самоврядуванні, як: 1) активне та пасивне виборче право на місцевих виборах; 2) право ініціювати та брати участь у місцевих референдумах; 3) право на отримання повної та достовірної інформації про діяльність органів місцевого самоврядування; 4) право на звернення до органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб; 5) право на доступ до служби в органах місцевого самоврядування; 6) на оскарження у суді рішень, дій чи бездіяльності органів місцевого самоврядування, посадових осіб тощо. Серед прав, які можна реалізувати лише колективно (колективних прав), слід виокремити дві групи прав: 1) права спільнот (право на здійснення територіальною громадою публічної влади, органів самоорганізації населення, ініціативних груп жителів); 2) конституційні політичні права (право збиратися мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації тощо).

Важливим зауваженням щодо наведеної структурної характеристики змісту права на участь у місцевому самоврядуванні є те, що уявлення про юридичну природу права на участь у місцевому самоврядуванні сформувалося на ґрунті конституційно-правового розуміння природи місцевого самоврядування як первинного права територіальної громади на вирішення питань місцевого значення. Інший концептуальний підхід склався у більшості демократичних зарубіжних країн, де первинним суб'єктом місцевого самоврядування визначаються люди, що об'єднані спільними інтересами і територією. За таких умов виникає можливість регламентувати й керувати місцевими публічними

справами під власну відповідальність з метою задоволення інтересів місцевих жителів у межах правових приписів. Найбільш ефективною формою забезпечення реалізації інтересів місцевих жителів за таких умов є створення організаційно-правових інститутів, якими є органи місцевого самоврядування. Отже, участь жителів у здійсненні місцевого самоврядування набуває дихотомічної природи: з одного боку, це пряма або безпосередня участь у формуванні, організації та діяльності муніципалітетів шляхом виборів місцевих органів публічної влади, муніципальної служби, створення консультативних, експертних, контрольних установ та особиста участь в їх роботі, з іншого боку, опосередкована участь жителів муніципалітетів в управлінні місцевими справами у різних формах участі (громадська ініціатива, громадські слухання, загальні збори, громадські опитування, петиції тощо) [14].

Із оголошенням у січні 2020 року Всесвітньою організацією охорони здоров'я (ВООЗ) надзвичайного стану в галузі охорони здоров'я міжнародного рівня Україна, як і більшість країн світу, була вимушена запровадити заходи щодо стримування спалаху коронавірусної хвороби (COVID-19). Для уникнення поширення пандемії в Україні активно почали вживатися обмежувальні заходи відповідно до Указу Президента України від 13 березня 2020 року № 87 [38], постанови Кабінету Міністрів України від 11.03.2020 № 211 [32], Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на запобігання виникненню і поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19) від 17 березня 2020 року № 530-IX» [28]. Встановлення карантину значним чином вплинуло на порядок здійснення багатьох прав і свобод людини і громадянина та, зокрема, на реалізацію права на участь у місцевому самоврядуванні. Не маючи на меті докладний аналіз конституційності, законності та доцільності заходів, які були введені з боку держави, слід усе ж таки зупинитися на деяких питаннях, пов'язаних із правовою їх оцінкою.

З першого погляду, заборони, що запроваджені вказаними нормативно-правовими актами та рішеннями представницьких органів місцевого самоврядування, обмежують конституційні права і свободи, наприклад, свободу мирних зібрань, свободу пересування та інші. Разом із тим Конституцією України прямо не передбачено заборони обмеження цих прав за умов наявності відповідного закону, адже загальновизнаним стандартом для більшості конституційних прав та свобод щодо їх обмежень є

одночасна наявність таких критеріїв: по-перше, відповідне обмеження має бути встановлене законом, а по-друге, переслідувати легітимну мету. Цей підхід підтверджується і позицією Конституційного Суду України, який визначив сутність «обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина» в контексті частини першої статті 64 Конституції України у такий спосіб: 1) це «не передбачене конституційними нормами звуження обсягу прав і свобод» [40]; 2) «У традиційному розумінні діяльності визначальними поняттями змісту прав людини є умови і засоби, які становлять можливості людини, необхідні для задоволення потреб її існування та розвитку. Обсяг прав людини – це їх сутнісна властивість, виражена кількісними показниками можливостей людини, які відображені відповідними правами, що не є однорідним і загальним. Загальновизнаним є правило, згідно з яким сутність змісту основного права в жодному разі не може бути порушена [41].

Переконливим аргументом на користь визнання обґрунтованості застосовування обмеження прав та свобод, які гарантовано Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), є критерій необхідності збереження демократичності суспільства, який є визначальним для Європейського Суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) у разі вирішення питань пропорційності обмеження конкретного права людини. Виходячи з положень Конституції України (ст. 3, 27, 34), навряд чи можна сумніватися у наявності легітимної мети щодо обмежень прав і свобод людини, оскільки людина, її життя, здоров'я й безпека – це, згідно з чинною Конституцією України, найвища соціальна цінність. Але при цьому, згідно з рекомендаціями ООН "Human rights at the time of COVID-19 – a Guidance Note", ці обмеження мають бути пропорційними, необхідними та недискримінаційними. У низці рішень ЄСПЛ вказується на позитивний обов'язок держави, тоді як невживання необхідних заходів, як правило, вважається порушенням позитивних зобов'язань, передбачених статтями 2 та 8 Конвенції (Фіногенов та інші проти Росії, № 18299/03, 20 грудня 2011 року [12]). ЄСПЛ, роз'яснюючи порядок застосування ст. 15 Конвенції, наголосив, що належна увага має бути приділена таким факторам, як: зміст прав, що порушено у зв'язку з відступом від позитивних зобов'язань, характеристика обставин, що призвели до виникнення надзвичайної ситуації, її тривалість (Brannigan та McBride проти Сполученого Королівства, § 43 [8]); наскільки

звичайне законодавство було достатнім, щоб подолати загрозу, спричинену суспільною небезпекою; чи є заходи дієвою реакцією на надзвичайну ситуацію; чи було використано заходи з тією метою, щодо якої вони були санкціоновані; чи передбачалися гарантії проти зловживань; національне право повинне розумно ясно визначати обсяг і спосіб реалізації відповідних повноважень, покладених на державні органи, аби гарантувати особам мінімальний рівень захисту, яким вони наділені у демократичному суспільстві відповідно до принципу верховенства права; чи додержано балансу інтересів індивідуального і громадського здоров'я, оскільки порушення фізичної недоторканості заявника можна вважати виправданим міркуваннями охорони здоров'я населення та необхідністю контролювати поширення інфекційного захворювання [21].

Таким чином, право на участь у місцевому самоврядуванні пов'язане зі спільними інтересами членів територіальних громад у різноманітних сферах суспільного життя, зумовлює формування окремого виду прав людини – муніципальних, які забезпечують кожному члену територіальної громади реальну можливість брати участь у вирішенні питань місцевого значення. Цим правам притаманна дихотомічна природа, з одного боку, вони мають конституційний рівень визнання, з іншого – будучи спрямованими на урегулювання відносин щодо самоорганізації населення, мають бланкетний характер, тобто потребують деталізації в нормативно-правових актах загальнодержавного і локального рівня. Вітчизняна конституційно-правова модель регулювання місцевого самоврядування характеризується позитивним підходом у регламентуванні права на управління місцевими справами, що обмежує принцип самостійності у разі вирішення питань місцевого значення територіальними громадами безпосередньо або через органи місцевого самоврядування.

Проголошення коронавірусної хвороби на міжнародному рівні пандемією, яка несе загрозу та суспільну небезпеку, загалом може бути сприйняте як необхідний критерій у контексті ст. 15 Конвенції. Основними законами, які спрямовані на боротьбу з епідеміями, поширенням небезпечних вірусів та інфекцій, є: закони України «Про захист населення від інфекційних хвороб», «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення», Кодекс цивільного захисту України та Закон «Про правовий режим надзвичайного стану». Цими законами

передбачено три спеціальні правові режими: 1) карантин (закони «Про захист населення від інфекційних хвороб», «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення»); 2) надзвичайна ситуація (Кодекс цивільного захисту України); 3) надзвичайний стан (закон «Про правовий режим надзвичайного стану»). Але проблеми визначення адекватності заходів та достатності національного законодавства в контексті обмеження прав на території України та виправданості меж втручання викликали численні дискусії у суспільстві. Мабуть, тому на території України було вибрано модель подолання суспільно небезпечних наслідків пандемії коронавірусної хвороби шляхом введення режиму карантину та надзвичайної ситуації, а не надзвичайного стану, оскільки не має чітко визначених меж як щодо прав, які можуть бути обмежені, так і щодо ступеня їх обмеження, та здебільшого має рекомендаційний характер.

2. Форми реалізації права на участь у місцевому самоврядуванні в умовах спеціальних правових режимів: досвід і проблеми

Досвід використання різних форм локальної демократії в умовах карантину виявив недосконалість матеріальних та процесуально-процедурних норм щодо реалізації суб'єктами права на участь у місцевому самоврядуванні [11]. Привертає увагу загальний висновок про неадаптованість різних форм і методів локальної демократії до потреб карантину у більшості територіальних громад. У проєкті Закону «Про місцеве самоврядування в Україні» [36] передбачено кілька форм участі жителів у прийнятті рішень органами місцевого самоврядування. Так, формами, які можуть ініціювати жителі громади, є: загальні збори, давно відома форма участі; місцеві ініціативи – жителі громади можуть розробити проєкт рішення ради чи виконавчого органу і подати його на розгляд; громадський бюджет – безпосередній розподіл частини коштів місцевого бюджету жителями територіальної громади; громадська експертиза – жителі можуть зробити експертизу діяльності виконавчого органу з якогось питання та подати її на розгляд ради. Є також форми участі, які можуть ініціювати органи місцевого самоврядування: публічні консультації; консультативно-дорадчі органи. Публічні консультації та громадські слухання також стають обов'язковими з широкого кола питань. Конкретні правила і процедури всіх цих форм участі повинні бути визначені у статуті територіальної громади.

Одне з основних прав членів територіальних громад – право на отримання інформації в умовах карантину – має тенденцію до ускладнення реалізації, тоді як аналіз профільного законодавства свідчить, що обмеження прав і свобод людини не мають стосуватися права на доступ до публічної інформації, а законодавством передбачено низку гарантій щодо отримання відомостей про кількісні та якісні показники діяльності органів влади, стан реалізації протиепідемічних заходів тощо, оскільки згідно із законом задокументована у будь-який спосіб інформація стосовно розвитку пандемії, яка є у володінні розпорядників, вважається публічною. Зрозуміло, що ця інформація може мати різний рівень доступу за умов дії презумпції відкритості публічної інформації, окрім випадків, встановлених законом (ч. 2 ст. 1 Закону України «Про доступ до публічної інформації» [31]). Такими можуть бути, зокрема, лікарська таємниця щодо конкретних людей та їхніх персональних/конфіденційних даних. Будь-яка інша інформація не має визнаватися «обмеженою» з огляду на рівень суспільної загрози. Таким чином, практично вся інформація, якою володіють суб'єкти публічної влади на місцях, щодо епідемії є публічною з відкритим доступом. Це стосується і кількості спеціального медичного обладнання, медичних препаратів та вакцин, обсяг коштів місцевого та державного бюджету у розрізі їх витрати, кількість хворих та підозр на захворювання.

У контексті реалізації права на доступ до публічної інформації в умовах карантину законодавством передбачено надання відповіді не пізніше 48 годин з дня отримання запиту у разі, якщо запит на інформацію стосується інформації, необхідної, зокрема, для захисту життя чи свободи особи, стану довкілля, небезпечних природних явищ та інших надзвичайних подій, що загрожують безпеці громадян (ч. 2 ст. 20 Закону України «Про доступ до публічної інформації» [31]). Якщо звернутися до визначення найбільш ефективного способу подолання наслідків пандемії шляхом запровадження надзвичайного стану у сфері публічної інформації, слід підкреслити, що Закон України «Про правовий режим надзвичайного стану» в цьому разі не містить жодних спеціальних гарантій та загальних підстав для обмежень, за винятком особливих обставин, а саме масових заворушень, пов'язаних із виготовленням і розповсюдженням інформаційних матеріалів, що спрямовані на дестабілізацію правопорядку, введення спеціальних правил використання зв'язку, обміну

інформацією через мережу Інтернет тощо. Але, як показано вище, за процедурними аспектами, підставами введення та способами забезпечення реалізації режим надзвичайного стану має більш жорсткий характер порівняно з карантином стосовно додержання прав і свобод людини і громадянина та може бути введений за умов значного підвищення рівня суспільної небезпеки.

Одним з напрямів реалізації права на інформацію в межах локальної демократії є відкритість роботи представницьких та виконавчих органів місцевого самоврядування, що передбачає вільний доступ до приміщень, у яких проходять сесії місцевих рад, та можливість висвітлення їхньої діяльності у засобах масової інформації. З початком карантину виникло багато проблем щодо реалізації цього права, зокрема, непоодинокі випадки встановлення різних обмежень, які, як правило, запроваджувалися в діяльності органів місцевого самоврядування на підставі розпоряджень міських, сільських та селищних голів. Так, шість міських рад заборонили громадянам відвідувати сесії: Київ, Краматорськ, Рівне, Херсон, Хмельницький і Львів. Крім того, три міста заборонили бути присутніми журналістам: Київ, Хмельницький та Львів, тоді як статтею 38 Закону «Про телебачення і радіомовлення» та статтею 26 Закону «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні» передбачено, що у разі пред'явлення посвідчення журналісти мають право перебувати в районах стихійного лиха і катастроф, у місцях аварій, масових безпорядків, на мітингах, зборах, демонстраціях та інших масових заходах, на територіях, де оголошено надзвичайний стан [20]. При цьому у Києві, Херсоні, Полтаві заборона була ухвалена одноосібно міськими головами, а у Львові – рішенням міської комісії з питань техногенно-екологічної безпеки і надзвичайних ситуацій, а у Хмельницькому з цього приводу взагалі не ухвалювалося жодних офіційних рішень. Негативним прикладом у цьому сенсі є розпорядження голови Рівненської облради «Про заходи в Рівненській обласній раді з метою попередження виникнення гострої респіраторної хвороби, спричиненої коронавірусом COVID-19», ухвалене в березні 2020 року, у якому, зокрема, передбачалося: «Тимчасово обмежити допуск до адміністративних приміщень Рівненської обласної ради ... усіх осіб, крім депутатів Рівненської обласної ради, народних депутатів України, керівництва Рівненської обласної державної адміністрації, працівників виконавчого апарату обласної ради, працівників правоохоронних органів, осіб, які забезпечують

громадський порядок (за погодженням з органами поліції), та доповідачів (за окремим списком)». Подібні рішення обґрунтовувалися із позицій необхідності додержання карантинних заходів з посиланням на надзвичайну ситуацію та полягали насамперед у забороні будь-кому, окрім депутатів, бути присутніми на пленарних засіданнях сесій. Тим самим фактично запроваджувався закритий для громадськості, засобів масової інформації та журналістів режим роботи депутатів, що створювало умови для непублічного та кулуарного вирішення деяких питань, які становлять суспільний інтерес і не стосуються безпосередньо проблем забезпечення громадського здоров'я. Єдиним винятком натепер є проведення заходів у режимі відеоконференції, дистанційно, відповідно до п. 11-1 розділу 5 Закону України «Про місцеве самоврядування».

Досить часто обмеження, пов'язані із недопуском на засідання місцевих рад, стосувалися журналістів та представників ЗМІ (Запорізька міська рада, Рівненська обласна рада, Закарпатська обласна рада) [4]. Ці дії вводилися всупереч положенням чинного законодавства, оскільки журналіст має право відвідувати приміщення органів державної влади й відкриті заходи (ч. 2 ст. 25 Закону України «Про інформацію» [35]), використовувати технічні прилади для аудіо-, відеозапису (ч. 1 ст. 25 Закону України «Про інформацію» [35]), перебувати в місцях і на територіях, де оголошено карантин (ч. 4 ст. 25 Закону України «Про інформацію» [35]). Недопуск представників ЗМІ на відкриті заходи слід вважати перешкоджанням законній професійній діяльності журналіста, що має ознаки кримінального правопорушення, передбаченого статтею 171 Кримінального кодексу України [22].

Виходячи з фундаментального принципу організації та діяльності органів публічної влади в Україні, всі органи державної влади та місцевого самоврядування, їх посадові особи повинні діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ч. 2 ст. 19). Порядок проведення сесій в аспекті їх відкритості закріплений у ч. 17 ст. 46 Закону України «Про місцеве самоврядування», він передбачає, що сесії ради проводяться гласно із забезпеченням права кожного бути присутнім на них, крім випадків, передбачених законодавством, а порядок доступу до засідань визначається радою відповідно до закону. З цього випливає, що жодна посадова особа, в тому числі сільські, селищні, міські голови, не мають права привласнювати не притаманні їм повноваження.

По-перше, у законі мають бути чітко визначені випадки, коли може бути обмежене право відповідного суб'єкта бути присутнім на сесії; по-друге, порядок доступу визначається відповідною місцевою радою, а не сільським, селищним, міським головою. Таким чином, голови можуть скликати сесію, але режим її проведення (закритий або відкритий) має визначатися лише рішенням відповідної місцевої ради.

Основним нормативно-правовим актом, який має визначати порядок доступу на пленарні засідання сесії, є регламенти місцевих рад, прийняття яких також є їх виключною компетенцією (п. 1 ч. 1 ст. 26 Закону України «Про місцеве самоврядування»). Проведений аналіз змісту багатьох регламентів місцевих рад підтверджує, що практично всі вони закріплюють положення про прийняття рішення про проведення закритих пленарних засідань виключно самою місцевою радою, що цілком відповідає вимогам вищеназваного базового Закону у сфері місцевого самоврядування. Навіть якщо звернутися до Постанови Кабінету Міністрів України від 11 березня 2020 року № 211 «Про запобігання поширенню на території України коронавірусу COVID-19», можна переконатися, що обмежується «проведення всіх масових заходів, у яких бере участь понад 200 осіб, крім заходів, необхідних для забезпечення роботи органів державної влади та органів місцевого самоврядування». Як відомо, кількісний склад місцевих рад у жодному разі не перевищує 200 осіб, тому встановлене обмеження не стосується заходів, які необхідні для забезпечення роботи органів місцевого самоврядування, зокрема, місцевих рад. Отже, у профільному законодавстві, яке спрямоване на подолання негативних наслідків пандемії, не передбачено підстав для призначення сільськими, селищними головами проведення закритих сесій рад.

Одним з прав членів територіальних громад і безпосереднім обов'язком сільського, селищного, міського голови є звітування перед територіальною громадою не рідше одного разу на рік. У багатьох громадах відповідні звіти подавалися шляхом викладення у ЗМІ для загального доступу. З одного боку, це є прямим порушенням вимоги ч. 7 ст. 42 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», але з іншого – в умовах карантину є недоцільним проведення масових заходів, а як рекомендацію можна запропонувати після закінчення особливого режиму повторно прозвітувати перед територіальною громадою

на відкритій зустрічі з громадянами. Надалі можна було б врегулювати це питання шляхом внесення змін до закону.

Особливо актуальною залишається нині проблема забезпечення участі в місцевому самоврядуванні членів низки територіальних громад, розташованих у Донецькій та Луганській областях, у яких тривалий час не призначаються перші вибори місцевих рад. Вважаю, що позиція Центральної виборчої комісії щодо відмови у призначенні місцевих виборів у цих громадах є юридично необґрунтованою та негативно впливає на соціально-економічний розвиток громад, не сприяє залученню жителів до місцевого самоврядування, не сприяє соціальній єдності громадян та гальмує проведення реформи децентралізації.

Багато питань виникає щодо доцільності та правової зумовленості створення військово-цивільних адміністрацій у населених пунктах, що наближені до лінії розмежування. Можна погодитись із тим, що створення військово-цивільних адміністрацій мало підстави у 2014–2015 роках, що детермінувалося нездатністю органів місцевого самоврядування виконувати свої повноваження та неможливістю проведення місцевих виборів. Разом із тим протягом наступних років ситуація набула значних змін, зокрема, більшість перешкод для призначення та проведення виборів втратили актуальність, значна частина територіальних громад перейшла у режим мирного життя. Тому фактичне позбавлення громадян права вибирати власні органи місцевого самоврядування є порушенням їхніх конституційних прав на участь у місцевому самоврядуванні, адже, наприклад, неодноразові звернення Луганської та Донецької обласних державних адміністрацій до ЦВК щодо призначення перших виборів у Новоайдарській та Гірській об'єднаних територіальних громадах досі не знайшли вирішення у позитивний спосіб.

Особливістю правового регулювання інституту місцевих референдумів в Україні є застарілість і неповнота його норм, адже навіть Закон України «Про всеукраїнський та місцеві референдуми» 1991 р., який чітко не визначав шляхів імплементації рішень місцевих референдумів, 2012 р. втратив чинність у зв'язку з ухваленням Закону України «Про всеукраїнський референдум» [29]. Значно звуженим залишається і коло суб'єктів, що мають право участі у місцевому референдумі, оскільки відповідно до Конституції України таке право мають громадяни України, а тому ігноруються права постійних жителів, що не мають українського громадянства,

хоча право на здійснення місцевого самоврядування мають усі члени територіальних громад.

Прийняття Закону України «Про всеукраїнський референдум» від 26.01.2021 р. після тривалих дискусій та правового вакууму у сфері прямого народовладдя значно актуалізувало питання щодо розробки та ухвалення закону про місцеві референдуми. Нині відбувається процес підбиття підсумків обговорення громадськістю проєкту Закону України «Про місцевий референдум» [39].

Місцевий референдум, згідно з проєктом, розглядається як спосіб самостійного вирішення територіальною громадою питань місцевого значення. Зокрема, на місцевому референдумі громадяни зможуть вирішувати питання висловлення недовіри місцевій владі, затвердження статуту територіальної громади або змін до нього, затвердження програми розвитку територіальної громади тощо. Таким чином, за межі інституту референдуму, згідно з проєктом, виведено області, райони та Автономну Республіку Крим, що викликає запитання про шляхи вирішення питань, які становлять спільні інтереси громад населенням цих територій шляхом безпосередньої демократії.

Проєкт визначає також обмеження предмета референдуму. Так, на місцевий референдум не можуть виноситися питання: 1) які є предметом всеукраїнського референдуму; 2) які суперечать положенням Конституції і законів України (наприклад, щодо питань, спрямованих на ліквідацію незалежності України, порушення державного суверенітету і територіальної цілісності, створення загрози нацбезпеці, розпалювання міжетнічної, расової або релігійної ворожнечі тощо); 3) віднесені Конституцією та законами до компетенції інших органів влади, зокрема, з приводу делегованих органам місцевого самоврядування повноважень.

Серед дискусійних новацій проєкту привертає увагу можливість винесення на місцевий референдум питання про висловлення недовіри місцевій раді та (або) сільському, селищному, міському голові, для ініціювання якого буде досить підтвердження згоди щонайменше 10% мешканців територіальної громади. Вважаю, що така норма створює певні ризики для міських голів, які за умов дії мажоритарної виборчої системи абсолютної більшості здобули перемогу у другому турі виборів, а також депутатам місцевих рад, що вибрані за списками політичних партій. За умов значної політизації виборчого процесу на місцевому рівні публічної влади цим можуть скористатися різні

політичні сили як на місцевому, так і на загальнонаціональному рівнях для зміни результатів місцевих виборів. Сучасний рівень розвитку інформаційних технологій, без сумніву, дозволяє зібрати передбачену законом кількість голосів мешканців територіальної громади та згодом на місцевому референдумі оголосити недовіру місцевій владі. Не виключена й інша потенційно конфліктна ситуація, коли «сильна» і впливова місцева влада ініціює місцевий референдум з метою посилення своїх позицій перед центральною владою, зокрема, через затвердження на місцевому референдумі програми розвитку територіальної громади або змін, які б вплинули на центральну владу через необхідність відреагувати на запит громади, закріплений рішенням місцевого референдуму.

Є певні суперечності щодо вирішення на місцевому референдумі питань місцевого значення. Так, п. 5 ч. 1 ст. 3 проєкту відносить до предмета референдуму «інше питання місцевого значення, віднесене Конституцією та законами України до відання територіальної громади, її органів та посадових осіб». Разом із тим ч. 2. ст. 3 визначає, що питання щодо реалізації повноважень органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб із прийняття нових нормативно-правових актів, внесення до них змін (крім визнання такими, що втратили чинність, актів, окремих їх положень); внесення змін, скасування актів індивідуальної дії органів місцевого самоврядування; реалізації повноважень органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб із прийняття актів індивідуальної дії, внесення до них змін, їх скасування такими, що не можуть бути предметом референдуму. Виникає закономірне запитання: чи можуть реалізовувати повноваження органи і посадові особи місцевого самоврядування шляхом видання нормативно-правових актів? Якщо так, то як тоді співвіднести суперечливі норми проєкту.

Нечітко визначено в проєкті юридичні наслідки місцевого референдуму. Ст. 4 проголошує, що «рішення, прийняте на місцевому референдумі, є обов'язковим для виконання на відповідній території», але з деяких інших положень проєкту закону не завжди випливає імперативність вказаного положення. Так, ст. 111 передбачає, що посадові особи та органи місцевого самоврядування, до повноважень яких належить вирішення питання, що виносилося на місцевий референдум, зобов'язані розглянути результати місцевого референдуму та врахувати їх у разі прийняття рішення з відповідного питання. Тобто йдеться

більше про консультативний характер референдуму, а не про імперативний. При цьому в проєкті не закріплено визначення та розмежування місцевих референдумів за юридичними наслідками, що могло б сприяти більш чіткому врегулюванню результатів референдуму за різними питаннями. Як варіант можна запропонувати визначення у проєкті видів місцевого референдуму за юридичними наслідками, а також зміну місцевого референдуму з імперативного на консультативний, якщо у голосуванні взяли участь менше 50% виборців у територіальній громаді.

Неузгоджений характер має також і регулювання порядку організації і проведення референдумів щодо питань, які вже виносилися на референдум. Так, згідно з ч. 2 ст. 4 рішення, прийняте на місцевому референдумі за ініціативою громади, може бути змінене виключно шляхом місцевого референдуму не раніше ніж через три роки з дня його ухвалення, тоді як згідно з ч. 2 ст. 113 питання місцевого референдуму про втрату чинності нормативно-правовим актом органу місцевого самоврядування або його окремими положеннями, не підтримане виборцями на місцевому референдумі за ініціативою громади, може бути повторно винесене на місцевий референдум за ініціативою громади не раніше як через рік з дня офіційного оголошення результатів місцевого референдуму за ініціативою громади.

Для вдосконалення інституту місцевого референдуму необхідно: по-перше, передбачити право бути суб'єктом місцевого референдуму громадським організаціям та партійним організаціям; по-друге, закріпити однакові умови як для прибічників питання, що виноситься на референдум, так і щодо їхніх опонентів (рівні норми доступу до ефірного часу, розташування інформації в друкованих та інших ЗМІ тощо); по-третє, надати можливість проведення на рівні населених пунктів консультативних референдумів з визначених законом питань, які не належать до компетенції територіальних громад, однак стосуються їх інтересів (наприклад, зміни меж відповідного населеного пункту, його перейменування); по-четверте, спростити умови ініціювання місцевого референдуму на вимогу членів громад шляхом скасування стадії скликання загальних зборів громадян з ініціювання місцевого референдуму; по-п'яте, визнати членів територіальної громади суб'єктами ініціювання консультативного місцевого референдуму тощо.

Незважаючи на розглянуті недоліки проєкту, слід підтримати намагання органів влади нарешті забезпечити реалізацію конституційного права на участь у місцевих референдумах, які, за визначенням, є необхідною, а в перспективі можуть стати ефективною формою прямої демократії.

Щодо передбаченого в межах карантину обмеження проведення масових заходів слід наголосити, що свобода мирних зборів не належить до абсолютних прав і може бути обмежена винятково «з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей» (ч. 2 ст. 39 Конституції). Порядок проведення загальних зборів громадян за місцем проживання, згідно зі ст. 8 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», визначається законом та статутом територіальної громади [36]. Разом із тим єдиним спеціальним нормативно-правовим актом у цій сфері залишається Постанова Верховної Ради України «Про затвердження Положення про загальні збори громадян за місцем проживання в Україні» від 17.12.1993 року [33], тоді як відповідно до ст. 146 Конституції України питання організації місцевого самоврядування, формування, діяльності та відповідальності органів місцевого самоврядування мають визначатися законом [18]. З огляду на зазначений конституційний припис, урегулювання проведення загальних зборів мешканців територіальних громад Постановою Верховної Ради України виявляється недостатнім. Крім того, аналіз норм Положення свідчить про його невідповідність сучасним потребам суспільства та стратегічним орієнтирам державної політики сприяння розвитку місцевого самоврядування та громадянського суспільства.

Практика застосування наявного правового масиву законодавства у сфері регулювання загальних зборів виявила низку перепон та складнощів, які перешкоджають належній реалізації цього складника права членів територіальних громад на участь у місцевому самоврядуванні: по-перше, позбавлення громадян (наприклад, внутрішньо переміщених осіб та осіб без зареєстрованого місця проживання на території громади) можливості ініціювання та участі у загальних зборах через формальну неналежність до територіальної громади; по-друге, до процесу вирішення питань на загальних зборах допускаються лише повнолітні члени територіальних громад, тоді як практика багатьох країн-членів ЄС стимулює залучення молоді до вирішення місцевих питань. Тому доцільно закріпити у статутах

територіальних громад можливість участі осіб, молодших за 18 років, у загальних зборах із правом дорадчого голосу та виступу. Позитивна практика в цьому аспекті також є (наприклад, Решетилівська ОТГ Полтавської області та Музиківська ОТГ Херсонської області); по третє, наділення виключно представників влади правом скликати збори на території внутрішніх населених пунктів, які не є центром ОТГ, що позбавляє жителів права бути суб'єктом скликання загальних зборів за місцем проживання [11].

Важливим механізмом в умовах карантину виявилися електронні петиції (е-петиції) до органів місцевого самоврядування. Особливістю цього інституту є можливість його використання не тільки громадянами України, але й іноземцями, причому законом не вимагається приналежність до відповідної територіальної громади, що логічно виправдано з огляду на екстериторіальність е-петицій як інструменту локальної демократії. Запровадження в Україні практики електронних петицій розпочалося у 2009 р., коли Україна, як і інші держави, що є учасниками Ради Європи, отримала Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи державам-учасникам з електронної демократії, у яких передбачалася необхідність запровадження системи електронних петицій як важливого механізму співпраці влади та суспільства. Із внесенням 2 липня 2015 р. змін до ст. 5 Закону України «Про звернення громадян» було встановлено, що особливою формою колективного звернення громадян до Президента, Верховної Ради, Кабінету Міністрів та органів місцевого самоврядування є електронна петиція та доповнено ІІ Розділ Закону ст. 23-1, якою регламентовано порядок подання та розгляду електронних петицій.

На сучасному етапі громадяни можуть подати е-петиції на офіційних вебсайтах органів місцевого самоврядування та через онлайн-платформи: «Єдина система місцевих петицій» (152 громади), Розумне місто (101 громада), вебсайти об'єднаних громад України (247 громад), Мій Голос (до будь-якого органу влади чи органу місцевого самоврядування), всього більше 500 громад [44]. Запровадження нових інформаційний технологій для подання петиції створило нову форму участі громадян у прийнятті управлінських рішень на рівні органів місцевого самоврядування і виявилося досить корисним в умовах запровадження карантинних заходів в Україні. Електронні петиції на місцевому рівні сприяють організації незалежних громадських

ініціатив (громадські слухання, місцеві кампанії з лобіювання тощо) для винесення питань, які стосуються нагальних проблем, на порядок денний органів місцевого самоврядування. Електронні петиції до органів місцевого самоврядування, як правило, вимагають нижчий поріг підписів і дозволяють громаді легше донести свою думку. Але, попри те, що органи місцевого самоврядування відповідно до Закону України «Про звернення громадян» мають право самостійно встановлювати строки та необхідну кількість голосів для того, аби петицію було розглянуто в межах рекомендованих норм мінімальної кількості голосів, необхідної для розгляду петиції, відповідно до кількості жителів населеного пункту, подеколи органи місцевого самоврядування не дотримуються цих рекомендацій. Наприклад, у Житомирі для того, аби петиція була розглянута, вона має набрати 250 голосів упродовж 90 днів. У Полтаві для проведення аналогічної процедури виділяється 60 днів, у Херсоні і Черкасах – по 30 днів, і 20 днів в Ужгороді. Всі ці міста мають приблизно однакову кількість населення, у Одесі або Дніпрі треба зібрати 1000 підписів впродовж 90 днів, а в Києві за ті ж 90 днів – 10 000. Показовим у цьому плані є досвід Вінниці та Луцька, де під збір підписів на підтримку петицій відводиться всього 14 днів. Хоч разом із тим зменшується і кількість необхідних підписів: 300 у Вінниці та 350 у Луцьку.

Дискусійним є віднесення петицій до інститутів прямої демократії, адже насамперед «петиції дозволяють громадянам безпосередньо долучитися до процесу розробки й ухвалення рішень, проте вони ніде й ніколи не мають обов'язкової сили для тих органів влади, яким адресовані. Тобто громадяни в цьому разі жодних рішень не приймають, і останнє слово – завжди за вибраними представниками або ж посадовцями. Тому петиції є швидше формою участі громадян у прийнятті рішень та способом комунікації суспільства і влади в рамках саме представницької моделі демократії [16].

Для підвищення ефективності е-петицій як форми участі громадян у сфері прийняття рішень органів публічної влади в Україні необхідно зменшити кількість голосів, яка встановлена для їх розгляду, а також розширити мережу електронних платформ органів публічної влади та органів місцевого самоврядування. Аби електронні петиції набули статусу дієвого механізму вирішення місцевих питань, необхідно врахувати особливості конкретної територіальної громади, визначити рівень

активності громадян для того, щоб запровадити розумні межі та норми необхідної кількості підписів та часу на їх збір, адже встановлення надмірних часових меж призводить до втрати актуальності відповідного питання та марнує сили та кошти, які затрачені з боку ініціаторів петиції.

Новим механізмом у реалізації права на участь у місцевому самоврядуванні повинні стати консультації із громадськістю та бюджети участі, які поки що, на жаль, не врегульовані на рівні законодавства. Але практика органів місцевого самоврядування має свободу дій щодо того, кого наділяти чи не наділяти правом використання цих механізмів. На практиці все, як правило, зводиться або до жителів, або до членів територіальної громади. Участь у консультативно-дорадчих органах (далі – КДО) так само формально не пов'язана з місцем проживання та й, власне, не повинна мати такої «прив'язки» з огляду на природу і функції цих органів. Більш того, органи місцевого самоврядування можуть самостійно визначати порядок формування КДО, оскільки це питання законом також не регулюється, що може стати предметом подальших досліджень.

Висновки

Право на участь у місцевому самоврядуванні є комплексним інститутом, який складається з права територіальної громади на місцеве самоврядування, права членів громади на участь у здійсненні місцевого самоврядування у формах прямої та представницької демократії, права органів місцевого самоврядування діяти у передбачений законом спосіб в інтересах територіальної громади та кожного громадянина – члена територіальної громади.

Реалізація права на участь у місцевому самоврядуванні в умовах спеціальних правових режимів потребує здійснення заходів нормативно-правового та організаційного характеру: 1) розширення використання дистанційних форм взаємодії суб'єктів місцевого самоврядування (наприклад, дистанційне ініціювання загальних зборів, дистанційні форми роботи представницьких та виконавчих органів місцевого самоврядування); 2) запровадження конференцій жителів, на відміну від загальних зборів, що сприятиме дотриманню карантинних вимог; 3) зменшення впливу посадових осіб місцевого самоврядування на процес реєстрації супровідних документів і проведення громадських заходів; 4) закріплення зобов'язання органів і посадових осіб місцевого самоврядування

враховувати у своїй діяльності пропозиції, що були розроблені безпосередньо громадянами.

Вдосконалення інституту місцевого референдуму потребує: 1) закріплення права бути суб'єктами місцевого референдуму громадським та місцевим партійним організаціям; 2) закріплення однакових умов для прибічників та опонентів щодо питання, яке виноситься на референдум; 3) надання можливості проведення на рівні населених пунктів консультативних референдумів з визначених законом питань, які не належать до компетенції територіальних громад, однак стосуються їх інтересів; 4) спрощення умов ініціювання місцевого референдуму на вимогу членів громад шляхом скасування стадії скликання загальних зборів громадян з ініціювання місцевого референдуму; 5) визнання членів територіальної громади суб'єктами ініціювання консультативного місцевого референдуму тощо.

Список використаних джерел:

1. Ako J.N. A study of community and citizen participation in development and policymaking in Stockholm, Värmdo and Bortkyrka municipalities in Sweden. Malmö : Malmö University, 2017. 50 p. URL: http://muep.mau.se/bitstream/handle/2043/24434/Ndip-JA-DP18.pdf?sequence=1.

2. Абрам'юк І. Демократія участі: механізми громадської участі на місцевому, регіональному та національному рівнях : матеріали до курсу № 7 баз. навч. канд. на участь у Всеукр. мережі фахівців та практиків з регіон. і місц. розвитку. Київ, 2014. 50 с. URL: http://regionet.org.ua/files/.

3. Бальцій Ю.Ю. Право громадян на участь у місцевому самоврядуванні: поняття та зміст. *Вісник Маріупольського державного університету. Серія: Право*. 2011. Вип. 1. С. 65–70. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vmdu_pr_2011_1_11.

4. Барометр свободи слова за грудень 2020 року. URL: https://imi.org.ua/monitorings/barometr-svobody-slova-za-gruden-2020-roku-i37065

5. Батанов О.В. Муніципальна влада в Україні: конституційно-правові проблеми організації та функціонування : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.02. Київ, 2011. 478 с.

6. Батанов О.В., Кравченко В.В., Приходько Х.В. Партисипативна демократія у системі місцевого самоврядування: проблеми законодавчого регулювання. *Аспекти публічного управління.* 2014. № 9/10. С. 12–28.

7. Богів Я. Конституційні аспекти регламентування статусу територіальної громади як первинної одиниці у системі місцевого самоврядування. *Вісник національного університету «Львівська політехніка». Серія: Юридичні науки.* 2016. № 855. С. 329–335.

8. Бранниган и Макбрайд (Brannigan and Mcbride) против Соединенного Королевства: *Судебное решение от 26 мая 1993 г.* URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57819%22]}.

9. Бурін О.М. Проблеми впровадження концепції локальної демократії в Україні. *Державне управління: удосконалення та розвиток.* 2014. № 9. С. 11–16.

10. Васильєва Н.В., Бойко О.П. Роль партисипативної демократії в побудові громадянського суспільства в Україні. *Вісник Національної академії державного управління при Президентові України.* 2015. № 2. С. 98–105.

11. Використання інструментів локальної демократії в умовах карантину (звіт). URL: https://www.vplyv.org.ua/archives/545.

12. Дело «Финогенов и другие против России» (Finogenov and Others v. Russia) Жалобы №№ 18299/03 и 27311/03) : Постановление Суда от 20 декабря 2011 г. URL: http://www.echr.ru/documents/doc/70089494/70089494.htm.

13. Дементьев В.В. Институциональная теория в Украине: направления исследований, особенности, перспективы. URL: http://www.instud.org/index.php?id=4&material=15.

14. Дзюпин М. Перший рік добровільного об'єднання громад: судова практика. *Ліга. Блоги*. 2016, 5 квіт. URL: http://blog.liga.net/user/mdzyupyn/ artide/21728.aspx (дата звернення: 04.06.2019).

15. Казакова Л.О. Конституційне право на місцеве самоврядування серед інших прав та свобод людини і громадянина в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук (доктора філософії) : 12.00.02. Ужгород, 2018. 18 с.

16. Колесников О. Е-петиції у системі місцевої демократії: досвід обласних центрів України. URL: https://samoorg.com.ua/wp-content/uploads/2017/02/ Petitsiyi_gotov-1.pdf.

17. Колесников О. Правовий статус жителів/членів територіальних громад в Україні: проблеми законодавчого регулювання: Аналітична записка / Колесников О., Калашнікова О. та ін. URL: https://drive.google.com/file/d/1rYegtpuMdoQUgZNSLzMLhullx5Vo2_ww/view.

18. Конституція України від 28 червня 1996 року. *Офіційний вісник України* 2010. № 72/1. С. 15.

19. Конституція Чеської Республіки з 16 грудня 1992 р. *Конституції нових держав Європи та Азії* / Упорядник С. Головатий. Київ : Українська правнича фундація, Право, 1996. С. 445–484.

20. Коронавірус і робота місцевих рад: які українські міста заборонили громадянам приходити на сесії. URL: https://www.prostir.ua/?news=koronavirus-i-robota-mistsevyh-rad-yaki-ukrajinski-mista-zaboronyly-hromadyanam-pryhodyty-na-sesiji.

21. Криворот В., Мартиненко А. Втручання в права людини під час пандемії. URL: https://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/vtruchannya-v-prava-lyudini-pid-chas-pandemiyi.html.

22. Кримінальний кодекс України : Закон від 05.04.2001 № 2341-III. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2001. № 25-26. Ст. 131.

23. Любченко П.М. Проблеми реалізації права громадян на участь у місцевому самоврядуванні. *Вісник Академії правових наук України.* Харків, 2009. № 1. С. 124–133.

24. Лялюк О.Ю. Правове регулювання та практика імплементації законодавства з питань партисипативної демократії в європейських країнах. *Державне будівництво та місцеве самоврядування.* Харків, 2017. Вип. 33. С. 73–89.

25. Молчанова Ю.Ю. Муніципальне регулювання здійснення членами територіальної громади права на участь у місцевому самоврядуванні : дис ... канд. юрид. наук : 12.00.02. Харків, 2019. 236 с.

26. Москальчук К.М. Конституційне право доступу громадян до служби в органах місцевого самоврядування : дис ... канд. юрид. наук : 12.00.02. Одеса, 2013. 226 с.

27. Попова І.М. Організаційно-правові механізми забезпечення партисипативної демократії (демократії участі) у системі місцевого самоврядування. *Теорія та практика державного управління і місцевого самоврядування.* 2016. № 1. URL: http://el-zbirn-du.at.ua/2016_1/20.pdf.

28. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на запобігання виникненню і поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19) : Закон України від 17 березня 2020 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/530-20#Text.

29. Про всеукраїнський референдум : Закон України від 26.01.2021 № 1135-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1135-20#Text.

30. Про ґмінне самоврядування : Закон Республіки Польща від 8 березня 1990 р. URL: https://www.csi.org.ua/publications/zakon-pro-gminne-samovryaduvannya-vid-8-b/.

31. Про доступ до публічної інформації : Закон України від 13 січня 2011 року № 2939-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 32. Ст. 314.

32. Про запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2 : Постанова Кабінету Міністрів України від 11.03.2020 № 211. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/211-2020-%D0%BF#Text.

33. Про затвердження Положення про загальні збори громадян за місцем проживання в Україні : Постанова Верховної Ради України від 17 грудня 1993 року № 3748-XII. *Відомості Верховної Ради України.* 1994. № 6. Ст. 30.

34. Про звернення громадян : Закон України від 2 жовтня 1996 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/393/96-%D0%B2%D1%80#Text.

35. Про інформацію : Закон України від 2 жовтня 1992 р. № 2657-XII. URL: http://www.rada.gov.ua.

36. Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21.05.1997 № 280/97-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80.

37. Про органи самоорганізації населення : Закон України від 11.07.2001 № 2625-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2625-14.

38. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 13 березня 2020 року «Про невідкладні заходи щодо забезпечення національної безпеки в умовах спалаху гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2» : Указ Президента України від 13.03.2020 № 87. URL: https://www.president.gov.ua/documents/872020-32741.

39. Проєкт Закону України «Про місцевий референдум». Проєкт виноситься на громадське обговорення. URL: https://www.rada.gov.ua/uploads/documents/ 66764.pdf.

40. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 70 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини першої статті 10, пункту 3 частини другої, частин п’ятої, шостої статті 11, 15, частини першої статті 17, статті 24, пункту 3 розділу VI «Заключні положення» Закону України «Про політичні

партії в Україні» (справа про утворення політичних партій в Україні) від 12 червня 2007 року № 2-рп/2007. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-07#Text.

41. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу X «Перехідні положення» Земельного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками) від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-05#Text.

42. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень частини другої статті 8, другого речення частини четвертої статті 16 Закону України «Про звернення громадян» (справа про звернення осіб, визнаних судом недієздатними) від 11 жовтня 2018 року № 8-р/2018. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v008p710-18#Text.

43. Ткачук П.А. Участь громадян України в місцевому самоврядуванні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. Київ, 2003. 17 с.

44. Хуткий Д. Е-петиції в Україні: формування народного порядку денного. Аналітична записка. Київ. 2017. URL: http://www.fulbrightcircle.org.ua/wp-content/uploads/2017/12/Dmytro_Khutkyy_E-petitions.pdf.

45. Чернега Р.Т. Право громадян на участь у місцевому самоврядуванні України: стан та шляхи вдосконалення : автореф. дис ... канд. юрид. наук : 12.00.02. Київ, 2007. 20 с.

46. Чернега Р.Т. Право громадян на участь у місцевому самоврядуванні України: стан та шляхи вдосконалення : дис ... канд. юрид. наук : 12.00.02. Київ, 2007. 211 с.

47. Чиркін А.С. Конституційні засади організації місцевого самоврядування в Чехії. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка.* 2014. Вип. 1. С. 73–82. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vlduvs_2014_1_11.

48. Шевченко А.О. Муніципально-правовий статус територіальної громади в Україні та зарубіжних державах : дис. ... канд. юрид. наук (доктора філософії) : 12 00.02. Київ. 2020. 216 с.

49. Шугрина Е.С. Гарантии права на осуществление местного самоуправления : автореф. дис. ... док. юрид. наук : 12.00.02. Москва, 2008. 57 с.

DOI https://doi.org/10.36059/978-966-397-237-4-7

Олійник А. Ю.,
кандидат юридичних наук, професор,
професор кафедри приватного та публічного права
Інституту права та сучасних технологій навчання
Київського національного університету технологій та дизайну,
м. Київ

КОНСТИТУЦІЙНА СВОБОДА ОСОБИ НА ПІДПРИЄМНИЦЬКУ ДІЯЛЬНІСТЬ ЯК НАУКОВА ПРОБЛЕМА

Анотація. *Дослідження виникнення та розвитку конституційної свободи фізичної особи на підприємницьку діяльність має важливе теоретичне і практичне значення для науки конституційного і господарського права. Конституційно-правовий та господарсько-правовий аспекти названої проблеми досліджувалися різними авторами. Серед них праці: Вінника О.М., Дратвер Б.Л., Карпенка С.В., Ляпіної К.М., Погорілка В.Ф., Рабіновича П.М., Різник С.В., Совгирі О.В., Федоренка В.Л., Щербини В.С. та ін. Конституція України закріплює свободу підприємницької діяльності (ст. 42) і право особи без обмежень самостійно здійснювати будь-яку підприємницьку діяльність, яку не заборонено законом (ст. 64 Конституції України). У висновках сформульовано етапи розвитку конституційної свободи фізичної особи на підприємництво, наукові і нормативні джерела дослідження та її місце і роль у системі конституційних економічних свобод.*

Вступ

Конституційна свобода фізичної особи на підприємницьку діяльність та її реалізація в Україні постійно знаходяться у центрі уваги вчених юристів та економістів. Підприємницька діяльність є видом господарської діяльності і може розглядатися в об'єктивному і суб'єктивному розумінні. У суб'єктивному розумінні конституційна свобода фізичної особи на підприємницьку діяльність здійснюється на власний ризик і під власну відповідальність підприємця. Вона є важливою потребою особи, а її утвердження і забезпечення – головним обов'язком держави. Дослідження реалізації названої конституційної свободи фізичної особи та діяльність держави, її органів і суб'єктів

громадянського суспільства щодо гарантування свободи є завданням загальної теорії права, конституційного права та інших галузевих юридичних наук.

Конституційна свобода на підприємницьку діяльність, разом з іншими правами, свободами та обов'язками людини і громадянина, складають основу правового статусу особи. Над проблемою конституційних свобод та окремої свободи на підприємницьку діяльність людини і громадянина, процесом їх реалізації та гарантування працюють дослідники юридичної та інших гуманітарних наук. Однак узагальненого дослідження щодо конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність, як наукової проблеми та процесу гарантування її реалізації в Україні, ніхто не проводив. Таке дослідження, в умовах інтеграції України в Європейський правовий простір, є частиною її українського європейського вибору. На процес ефективної реалізації та гарантування конституційної свободи фізичної особи на підприємницьку діяльність в Україні впливає ряд факторів: 1) невизначеність: а) поняття конституційної свободи на підприємницьку діяльність, співвідношення названої конституційної свободи з іншими конституційними економічними свободами людини і громадянина; б) змісту названої конституційної свободи; в) видів обмеження досліджуваної конституційної свободи; г) загального і спеціального гарантування названої конституційної свободи в умовах конституційної реформи. 2) відсутність: а) аналізу історичного розвитку конституційної свободи на підприємницьку діяльність; б) характеристики розуміння елементів змісту названої конституційної свободи; в) достатньої конституційної урегульованості та деталізації в законах можливих і необхідних варіантів поведінки суб'єктів при здійсненні конституційної свободи на підприємницьку діяльність; г) єдиного поняття гарантій названої конституційної свободи; 3) потреба удосконалення юридичних гарантій конституційної свободи фізичної особи на підприємництво в діяльності: а) держави, її органів та посадових і службових осіб; б) органів та посадових осіб місцевого самоврядування в названій сфері; в) інших суб'єктів громадянського суспільства. Саме ці проблеми визначили актуальність теми монографічного дослідження.

Даний розділ присвячено дослідженню наукової проблеми конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність. У розділі проаналізовано виникнення і розвиток конституційної

свободи особи на підприємницьку діяльність, доктринальні, емпіричні і нормативні джерела названої свободи, її місце і роль в системі економічних свобод та плануються подальші дослідження.

1. Виникнення і розвиток конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність

Метою дослідження є характеристика виникнення та розвитку конституційної свободи фізичної особи на підприємницьку діяльність, його етапів. Відповідно до названої мети завданнями дослідження є: а) аналіз нормативних актів та праць учених щодо виникнення та розвитку конституційної свободи фізичної особи на підприємницьку діяльність; б) формулювання власної позиції автора щодо етапів виникнення та розвитку конституційної свободи фізичної особи на підприємницьку діяльність; в) пропозиція висновків і рекомендацій щодо етапів виникнення та розвитку конституційної свободи фізичної особи на підприємницьку діяльність.

Досліджуючи означену проблему, важливо проаналізувати етапи еволюції понять «підприємництво» і «підприємець» та історію їх виникнення і розвитку у світі, Європі, на етнічній території сучасної України та в умовах її незалежності. Теоретичне обґрунтування названих категорій пройшло певні еволюційні етапи і розпочалося з моменту їх введення в економічну теорію. Економічні погляди англійського економіста кінця XVII – початку XVIII століття Ричарда Кантільона переконують нас в тому, що вперше поняття «підприємець» та «підприємництво» в економічну теорію було введено саме ним. Він розглядав суть підприємництва як господарську діяльність, що мала на меті одержання прибутку, а господарську роль підприємця вважав «головним рушієм економіки» [24]. На думку Р. Кантільона, підприємець є людина, яка діє в умовах ризику, невизначеності [7]. Саме такі погляди на підприємництво та підприємця визначили перший етап історії їх виникнення. Звідси нормативно закріплений висновок, що свобода підприємницької діяльності «підприємця» як рушія економіки – в його праві без обмежень самостійно здійснювати будь-яку підприємницьку діяльність, яку не заборонено законом (ст. 43 ГК України) [14].

Ідея «внутрішньої свободи» підприємця у сфері економічної діяльності підкреслювалася А. Смітом у праці «Теорія моральних почуттів» (1759), де він стверджував, що концепція

своєкорисливого інтересу зумовлює політику невтручання або «внутрішньої свободи» людини, у тому числі в галузі господарювання [21]. Отже, перші два етапи еволюції виникнення і розвитку свободи фізичної особи, як підприємця, пов'язуються з його внутрішнім «его», що і є рушієм економіки.

Третій етап еволюції виникнення і розвитку свободи фізичної особи як підприємця припадає на першу половину XIX ст., коли в ряді розвинутих країн світу завершився промисловий переворот. У цей період послідовниками й учнями А. Сміта були поглиблені, переусвідомлені та збагачені його ідеї. Серед таких представників цього періоду розвитку підприємництва необхідно особливо виділити погляди француза Ж. Б. Сея. Його ідеї лягли в основу багатьох досліджень майбутнього підприємництва і свободи діяльності підприємця. Вони знайшли широкий відгук і сприяли розширенню наукового аналізу підприємницької діяльності: 1) проблем циклічного розвитку економіки; 2) теорій: а) граничної корисності; б) факторів виробництва; в) підприємця-організатора; г) підприємця-новатора; ґ) попиту та пропозиції тощо [23]. Подальший розвиток підприємництва та свободи діяльності підприємця-організатора пов'язується з вченням французького економіста Андре Маршалла. Економічна теорія А. Маршалла є синтезом досягнень класичної науки (А. Сміта, Д. Рікардо, Дж. С. Мілля) і теорії маржиналізму. Австрійська школа маржиналізму сформувалась у 70-ті роки XIX ст. і здобула найширше визнання серед представників маржиналізму на першому етапі «маржинальної революції». Цю школу репрезентували професори Віденського університету К. Менгер, Ф. Візер (1851–1926) і Е. Бем-Баверк (1851–1914). Основні праці К. Менгера – «Основи політичної економії»; Ф. Візера – «Походження й основні закони господарської цінності», «Природна цінність», «Закон влади»; Е. Бем-Баверка – «Основи теорії цінності господарських благ», «Капітал і прибуток», «Теорія Карла Маркса та її критики» [1]. Це неортодоксальна школа економічної науки. Вона підкреслює можливості спонтанного впорядкування механізму ціноутворення та наголошує на тому, що складність суб'єктивного вибору людини робить математичне моделювання діючого ринку неймовірно складним (або неможливим) і тому підтримує підхід невтручання до економіки. Представники Австрійської школи захищають суворе дотримання добровільно укладених угод між економічними агентами, найменше можливе втручання (особливо з боку держави)

в економічну діяльність та максимальну відкритість особистого вибору (разом із вільним вибором засобів обміну) [2]. Економічна теорія А. Маршалла пропонує застосовувати метод часткової рівноваги. При розгляді ситуації всі елементи, крім одного, приймаються як постійні і ведеться спостереження за змінами цього одного елемента. В основі таких змін концепція ціноутворення (попит і пропозиція). Автор формулює закон попиту, згідно з яким попит на товар зростає при зниженні ціни і зменшується при перевищенні ціни. Теорія Маршала – це теорія цін у конкурентних умовах. У його праці «Принципи економічної науки» аналізується стихійне регулювання цін в умовах вільної конкуренції. Але вчений не міг обійти процес швидкого зростання виробничих монополій та їхнього впливу на механізм ціноутворення. Автор розглядав монополію як окремий випадок в умовах панування необмеженої конкуренції і її механізму ціноутворення [22]. Отже, теоретична спадщина А. Маршала пов'язується зі становленням неокласичного напряму в економічній теорії і підприємництва.

Наступні уявлення про підприємництво спостерігаємо в працях американського вченого австрійського походження Й. Шумпетера. У його праці «Теорія економічного розвитку» (1911 рік) розширюється аналіз різноманітних форм підприємницької діяльності. «Підприємцем-новатором» Й. Шумпетер вважав не тільки промислового капіталіста, але й «фінансиста», «дільця» [20]. Одним із представників Лондонської школи неолібералізму був Ф. Хайєк, який вважав, що сутність підприємництва полягає у пошуку та вивченні нових економічних можливостей. Підприємництво, на його думку, – це характеристика поведінки, а не вид діяльності. Економічну свободу фізичної особи він розглядав як індивідуальну свободу кожної окремої людини з тією єдиною особливістю, що не дозволяє їй обмежувати індивідуальну свободу інших людей. Основа економічної свободи полягає не в більш-менш рівномірному розподілі матеріальних благ, що здійснюється державою і підпорядковується цим розподілом окремих індивідів, а в праві кожної окремої людини вільно розпоряджатися капіталом і своїми здібностями, що породжує ризик і відповідальність розпорядника [37].

Отже, виникнення і розвиток свободи підприємницької діяльності можна розглядати у світовому масштабі, в європейських країнах та на території нинішньої України.

Історія виникнення і розвитку підприємництва та свободи фізичної особи на підприємницьку діяльність в Україні може бути розглянута за такими етапами: 1) на етнічній території сучасної України; 2) в УНР; 3) в Українській РСР; 4) в незалежній Україні.

У Законі України «Про підприємництво» від 07 лютого 1991 р. закріплюється визначення підприємництва як безпосередньої самостійної, систематичної, на власний ризик, діяльності з виробництва продукції, виконання робіт, надання послуг з метою отримання прибутку, яка здійснюється фізичними та юридичними особами, зареєстрованими як суб'єкти підприємницької діяльності в порядку, встановленому законодавством [52].

Підприємницька діяльність притаманна народові України з давнини. Виникнення і розвиток підприємництва та підприємців на етнічній території сучасної України потребує, на нашу думку, дослідження: 1) перших проявів підприємництва у IX–VIII столітті до н.е.; 2) господарської та підприємницької діяльності у Київській Русі; 3) підприємницьких відносин: а) соціально-економічних процесів в XIV–XVI ст.; б) протягом XVI–XVIII ст.; в) кінця XIX – на початку XX ст.

Виникнення і розвиток підприємництва та свобода фізичної особи на підприємницьку діяльність на етнічній території сучасної України може бути розглянуто за таких періодів: а) рабовласницький період розвитку підприємництва у Північному Причорномор`ї; б) державності Київської Русі (IX–XIII століття); в) входження українських земель до Литви, Польщі, Речі Посполитої; 4) за козацької доби в Україні та доби Гетьманщини; 5) українських земель у складі Російської і Австро-Угорської імперій тощо [43, с. 37]. Уже в кінці IX на початку VIII століття до нашої ери спочатку кіммерійці, а потім скіфи і сармати, що були пращурами нинішнього українського народу, займалися підприємництвом у Північному Причорномор`ї. Вони вели торгівлю з греками, продавали їм хліб, солону рибу, конопляне полотно, мед, віск, хутро, рабів, а купували у греків вина, золото, срібло, вироби з дорогоцінних металів, зброю, тканини та інші предмети розкоші і ввозили на землі нинішньої України. Інтенсивний торговий обмін між Скіфією і Грецією став причиною руйнування родової общини [17]. На рубежі V–IV ст. до н. е., склалася скіфська держава від Азовського моря до Дунаю, яка називалася Велика Скіфія. Державою правив цар Атей, який навіть карбував свою монету.

Саме за нього Скіфія досягла найбільшої могутності. У 339 році до н. е. зазнали поразки в битві з македонським царем Філіпом II. Скіфи не змогли протистояти своїм східним сусідам – сарматам і наприкінці III ст. до н. е. Велика Скіфія припиняє своє існування. Частина скіфського населення відійшла на південь і створили у нижньому Подніпров'ї та степовому Криму Малу Скіфію. Центром її був Неаполь Скіфський у межах нинішнього Сімферополя. Мала Скіфія проіснувала до II ст. н. е. [60]. Отже, античне господарство втягнуло в свою економічну орбіту й населення сучасної південної України. Міста-поліси Північного Причорномор'я, як колонії спочатку Стародавньої Греції, а згодом і Стародавнього Риму підтримували економічні зв'язки з центрами античних держав та їхніми провінціями. Вичерпавши свої можливості, господарство, засноване на жорстокій експлуатації рабів, пережило себе і тому зазнало закономірного краху. В Європі, як і в усьому світі, зароджувалися нові феодальні відносини [17].

Центральною проблемою в історичній науці слід вважати походження українського народу від слов'ян. Теорія етногенезу слов'ян вперше була сформульована літописцем Нестором і називалася дунайською. Економічна сфера розвитку східних слов'ян та їх господарська діяльність ґрунтувалася на землеробстві, скотарстві, сільських промислах та ремеслі. Розвивалася торгівля. Все це разом з політичними і соціально-культурними умовами підштовхувало східнослов'янське суспільство до утворення держави. В питаннях виникнення та розвитку свободи підприємництва значний вклад на землях сучасної України було внесено феодальною державою «Київська Русь» (IX–XIII століття). Історично становлення і розвиток економіки і господарювання в Київській Русі можна розглядати за таких етапів: а) виникнення Давньоруської держави (кінець IX-X ст.); б) розквіт державності Київської Русі (кінець X – середина XI ст.); в) політична роздробленість Київської Русі (кінець XI – середина XIII ст.).

Період виникнення Давньоруської держави характеризується княжінням династії Рюрика (Олега, Ігоря, дружини Ігоря – Ольги, сина Ігоря – Святослава). Названий період в історії Київської Русі характеризувався постійними війнами і виходом Давньоруської держави на міжнародну арену, розширенням її території за рахунок військової активності, примноження землі і багатства, ринків збуту за рахунок торгівлі. Виникає і підприємництво в

Київській Русі за часів княжіння Рюріка. Починає активно розвиватися внутрішня торговельна і виробнича діяльність та зовнішньоекономічна підприємницька діяльність. Зачинателями підприємницької діяльності були купці. Ґрунтуючись на своєму майні й інтуїції, на свій страх і ризик, вони налагоджували торговельні стосунки з Візантією, Закавказзям, Середньою Азією, Прибалтикою і Європою [7].

Після смерті Святослава 972 р. розпочалася боротьба за владу між його синами (Ярополком, Олегом, Володимиром). Переможцем у цій боротьбі вийшов Володимир, який у 980 році оволодів Києвом і став повноправним правителем Київської Русі – Володимиром Великим. За його князювання (980–1015) розпочався новий етап розвитку економічної та підприємницької діяльності в Київській Русі, що продовжувався і при князюванні Ярослава (1019–1054), що став самовладцем Руської землі і отримав назву «Мудрий» [8]. Процеси визначення території держави сприяли її економічному розвитку. Провідною галуззю економіки було сільське господарство. Особливо великої ефективності досягло землеробство та удосконалення знарядь праці. Піднесенню господарського життя давньоруського суспільства сприяв і розвиток ремесла. Відокремлення ремесла від землеробства сприяло піднесенню торгівлі та зростанню міст. Через територію Київської Русі проходило багато міжнародних торговельних шляхів. Торговельні відносини сприяли розвитку грошової системи. У цей період розвитку економічних відносин формується система приватного землеволодіння, ієрархія панівних класів, відбувається процес поступової феодальної залежності населення від панівних верств населення.

Період політичної роздробленість Київської Русі (кінець XI – середина XIII ст.) сприяв подальшому формуванню великих землеволодінь, прогресивному розвитку сільського господарства, зростанню чисельності населення, чітке визначення прав феодалів та повинностей селян, піднесення ролі і значення міст, активізації процесів господарювання, розвитку східнослов'янської економіки і культури. Такі зміни приводять до подальшого розвитку торгівлі і внутрішнього виробництва товарів.

Кінець XII та перша половина XIII століття із за низки внутрішніх причин, зміни світових торговельних шляхів та монгольської навали на землях Київської Русі привели Давньоруську державу до занепаду та припинення її існування. У цей час з'являється нове

державне об'єднання як правонаступник Київської Русі під назвою Галицько-Волинське князівство. Його утворенню та становленню сприяли такі чинники: 1) вдале географічне положення: а) розташування біля стратегічно важливих торговельних шляхів; б) незначний вплив Київської влади, що пояснювало його віддаленістю від Києва; в) важкодоступність степових кочевників до земель Галицько-Волинської держави; 2) боротьба Польщі та Угорщини проти монгольського іга, що задовольняло Галицько-Волинське князівство; 3) енергійна об'єднуюча політика князів Романа Местиславича (1199–1205) та Данила Галицького (1238–1264); 4) існування на території князівства багатих родовищ солі, що сприяло економічному зростанню та інтенсифікації торгівлі [8]. Галицько-Волинське князівство в історії розвитку свободи підприємницької діяльності відіграло надзвичайно важливу роль: а) стало новим центром економічного життя після занепаду Київської Русі; б) продовжило дипломатичні і міжнародні підприємницькі традиції Київської Русі тощо.

Отже, в період княжої доби (Київської Русі і Галицько-Волинського князівства) на землях сучасної України була розвинута внутрішня і зовнішня торгівля, ремесла, сільськогосподарське виробництво, грошова система, проводилася широка фіскальна політика. У Києві, Галичі, Володимирі-Волинському та інших великих містах України будувалися колонії іноземних купців, для них споруджувалися торговельні двори. Київські купці були відомі на торгах Багдада, Константинополя, Кракова, Парижа та інших міст. Розвиток та постійне вдосконалення товарного виробництва, торгівлі, грошової системи – все це свідчило про розвиток підприємницької праці. Підприємництво займало визначне місце в житті українських земель періоду розвитку Київської Русі та в умовах Галицько-Волинської держави як спадкоємниці Київської Русі [59, с. 49].

Входження українських земель до складу Литви, Польщі та Речі Посполитої може розглядатися як етап розвитку економічної і підприємницької свободи українського народу. У літературі таких етапів виділяють чотири: 1) «оксамитове» литовське проникнення (1340–1362); 2) «ослов'янення» литовських правителів (1362–1385); 3) втрата українськими землями залишків автономії (1385–1480); 4) посилення литовсько-російської боротьби за право бути центром «збирання земель Русі» (1480–1569). Після утворення Речі Посполитої (1569) українські землі стають

частиною Польщі [8, с. 95–99]. Під впливом кардинальних зрушень у європейській торговельній кон'юнктурі відбулися масштабні зміни не тільки в техніці та технології господарювання, а й у сфері форм земельної власності та організації праці. Концентрація земель у руках феодалів, обезземелення селянства, посилення його феодальної залежності стали підґрунтям для формування фільваркової системи сільського господарства. Активна урбанізація зумовила появу нових соціальних явищ та тенденцій: а) поглиблення спеціалізації ремісництва; б) утворення цехів; в) виникнення перших зародків мануфактурного виробництва. Відбулися важливі процеси у соціальній сфері: а) формування шляхетських та міщанських станів; б) витіснення католицизмом православного духовенства, яке поступово втрачало свої позиції; в) різні категорії селян перетворювалися на кріпаків; г) виникла нова соціальна група людей – козацтво [8, с. 117].

Отже, у польсько-литовську добу відбувалися важливі процеси удосконалення господарської і підприємницької діяльності. Цьому сприяли зміни у формі появи великої земельної власності, технологій господарювання, виникнення перших зародків капіталістичних форм виробництва у вигляді мануфактур.

У період козацької доби та доби Гетьманщини в Україні (XVI–XVIII століть) в господарствах України широко розвиваються ринкові відносини, формувався загальнонаціональний ринок, проводились великі ярмарки у Ніжині, Ромнах, Переяславі. Розвиток торговлі сприяв процесу формування фінансово-грошової системи, поширювалися кредитні операції і лихварство, стають різноманітнішими форми підприємницької діяльності. У другій половині XVIII століття в Україні з'явилися великі централізовані мануфактури. У цей період український національний ринок формувався як складовий елемент європейської і світової господарської системи.

В Україні, як і у світі в цілому, відбуваються кардинальні зміни в усіх сферах господарського життя, пов'язані із промисловим переворотом в країнах Європи та США. У середині XIX століття в Україні розвивається вільна торгівля, що сприяло поширенню приватного підприємництва. Збільшення підприємств фабрично-заводського типу, докорінні технічні перетворення у провідних галузях української економіки створили матеріально-технічні та соціальні передумови для розширення сфери підприємницької діяльності. У кінці XIX – на початку XX століття в Україні набуває

широкого розмаху акціонування – необхідний атрибут розвитку підприємництва. Розвиток підприємництва в Україні у кінці XIX – початку XX ст. супроводжується, як і в інших країнах Європи, високим рівнем концентрації та монополізації виробництва. Значно поширюється підприємницька діяльність у сільській місцевості. Зі скасуванням кріпосного права сільське господарство стало торгово-підприємницьким. У товарно-грошові відносини були втягнуті як поміщицькі, так і селянські господарства. На селі виник новий тип господаря – підприємець. Широко розвивається мережа ярмарок, застосовувалась оптова торгівля за зразками та у формі аукціонів. Особливу роль відігравали товарні біржі, серед них за обсягом операцій виділялися Київська, Одеська та Миколаївські біржі, які проводили операції з купівлі – продажу зерна [44].

Аналіз нормативних документів в УНР свідчить про неоднозначне відношення влади періоду визвольних змагань до підприємництва, підприємницької діяльності та свободи людини займатися підприємництвом. У чотирьох прийнятих Центральною Радою Універсалах та в Конституції УНР 1918 р. економічні права людини і громадянина не проголошувалися. 29 квітня 1918 р. Павло Скоропадський в «Грамоті до всього українського народу» проголосив повну економічну і фінансову свободу торгу та широкий простір підприємництва і ініціативи. Свобода підприємництва, господарська свобода та свобода промислу отримали своє закріплення в Конституції ЗУНР (ст. 22, 23).

В Українській РСР, в радянський період розвитку державності, підприємницька діяльність офіційно піддавалася критиці та належала до невластивих соціалізму явищ. Приватна підприємницька діяльність була заборонена, прирівнювалася до серйозних кримінальних злочинів (відповідно до положень Кримінального кодексу УРСР 1922, 1926, 1960 рр.). Також слід зазначити, що за часів радянської влади в Україні було прийнято чотири конституції (1919, 1929, 1937, 1978 рр.). Ці акти закріпили позитивні наслідки соціальної еволюції і формальні атрибути української радянської державності. Особливо наголошувалося на необхідності вирішення соціально-економічних питань як неодмінної передумови створення «світлого майбутнього». Право на зайняття підприємницькою діяльністю не було закріплено у жодному з цих нормативних актів [6, с. 120]. Воно заборонялося під страхом кримінальної відповідальності. У період сталінської

політики щодо підприємництва було покладено край новій економічній політиці (НЕПу). НЕП з його спрямованістю на госпрозрахунок, матеріальні стимули, розвиток ініціативи й ентузіазму – основних критеріїв підприємницької діяльності, був замінений адміністративно-командною системою керівництва господарською діяльністю в СРСР (і в Українській РСР) [44]. Хоча в ст. 9 Конституції СРСР від 5 грудня 1936 р. вказувалося, що «поряд із соціалістичною системою господарювання, яка є панівною формою господарської діяльності у СССР, допускається законом дрібне приватне господарство одноосібних селян і кустарів, засноване на особистій праці і яке виключає експлуатацію чужої праці». Російський дослідник підприємницької діяльності 60–80 рр. XX ст. Є.О. Андрюхін вважає, що в зазначений період співіснували два типи підприємництва – офіційне та діяльність громадян, за яку передбачено покарання. У своїй роботі він запропонував зайняття дозволеними некооперативним промислом і ремеслом вважати підприємництвом, а також саме цей вид діяльності доцільно аналізувати як офіційне підприємництво. Тож у радянський період підприємництво починалося з унормування діяльності селян та кустарів [6].

У незалежній Україні конституційна свобода особи на підприємницьку діяльність отримала подальший розвиток після прийняття Верховною Радою України «Декларації про державний суверенітет України» від 16 липня 1990 р. та «Акту проголошення незалежності України» від 24 серпня 1991 р. Це створило реальні можливості для динамічного розвитку народного господарства ринкового типу, появи підприємництва на базі нового соціально-економічного розвитку суспільства. Для нормативно-правового регулювання свободи підприємницької діяльності були прийняті закони України (див. п.р. 1.2.). Конституція України закріпила свободу підприємницької діяльності кожної фізичної особи за умови, що така діяльність не заборонена і не обмежена законом. Відповідно до ч. 3 ст. 91 ЦК юридична особа може здійснювати окремі види діяльності, перелік яких встановлюється законом, після одержання нею спеціального дозволу (ліцензії), а в ч. 3 ст. 43 ГК зазначається, що перелік видів господарської діяльності, які підлягають ліцензуванню, а також перелік видів діяльності, підприємництво в яких забороняється, встановлюється виключно законом [58]. Обмеження підприємницької діяльності пов'язується з певними її видами, які з огляду на шкідливий вплив на здоров'я

людини, довкілля або загрозу безпеці держави потребують спеціального дозволу (ліцензії). Законом України «Про підприємництво» (ст. 4) обмежується здійснювати такі види підприємницької діяльності, що пов'язана з: 1) з обігом наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів, який може здійснюється відповідно до Закону України «Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори»; 2) з охороною окремих особливо важливих об'єктів права державної власності, перелік яких визначається у встановленому Кабінетом Міністрів України порядку, а також діяльністю, пов'язаною з проведенням криміналістичних, судово-медичних, судово-психіатричних експертиз та розробленням, випробуванням, виробництвом та експлуатацією ракет-носіїв, у тому числі з їх космічними запусками із будь-якою метою, що може здійснюватися тільки державними підприємствами та організаціями, а проведення ломбардних операцій – також і повними товариствами; 3) виробництвом бензинів моторних сумішевих або з додаванням (змішуванням) біоетанолу та/або біокомпонентів на його основі до вуглеводневої основи (бензинів, фракцій, компонентів тощо), здійснюється підприємствами, перелік яких визначається Кабінетом Міністрів України за поданням центрального органу виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики в паливно-енергетичному комплексі; 4) виробництвом біоетанолу, здійснюється суб'єктами господарювання за наявності відповідної ліцензії [52].

Забороняється підприємницька діяльність органам державної влади та органам місцевого самоврядування, їх посадовим і службовим особам, виходячи з їх спеціальних повноважень. Не допускається заняття підприємницькою діяльністю таких категорій громадян: військовослужбовців, службових осіб органів прокуратури, суду, державної безпеки, внутрішніх справ, а також органів державної влади і місцевого самоврядування. Пропонуємо прийняти Закон України «Про заборону і обмеження підприємницької діяльності в Україні»

Отже, чинне законодавство України визначає певні види підприємницької діяльності, які можна здійснювати лише за наявності дозволу, а також певне коло фізичних осіб (посадових і службових), яким заборонено займатися підприємницькою діяльністю.

Аналіз наукових праць вчених та нормативно-правових актів щодо історії виникнення та розвитку конституційної свободи фізичної особи на підприємницьку діяльність дає можливість

дійти висновку: 1) це еволюційні етапи можливостей фізичної особи без обмежень самостійно здійснювати будь-яку діяльність із виробництва продукції, виконання робіт, надання послуг, заняттю торгівлею; 2) метою діяльності фізичної особи є отримання прибутку; 3) заборонити фізичній особі здійснювати підприємницьку діяльність можна лише законом; 4) обмеження свободи фізичної особи на підприємницьку діяльність може мати місце у випадках, коли така діяльність обмежує індивідуальну свободу інших людей.

Історію виникнення і розвитку підприємництва та свободи фізичної особи на підприємницьку діяльність в Україні досліджується за такими етапами: 1) на етнічній території сучасної України; 2) в УНР; 3) в Українській РСР; 4) в незалежній Україні.

Питання дослідження конституційної свободи фізичної особи на підприємницьку діяльність в Україні як наукової проблеми передбачає її взаємозв'язок з іншими економічними свободами та характеристику наукових, емпіричних та нормативних джерел.

2. Джерела дослідження конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність

Дослідження виникнення та розвитку джерел конституційної свободи фізичної особи на підприємницьку діяльність має важливе значення для науки конституційного і господарського права і вивчається у працях різних авторів. Конституція та закони України закріплюють свободу підприємницької діяльності і право особи без обмежень самостійно здійснювати будь-яку підприємницьку діяльність, яку не заборонено законом. Виникнення та розвиток джерел конституційної свободи фізичної особи на підприємницьку діяльність в Україні досліджено не достатньо повно з урахуванням останніх змін, що відбулися в юридичній науці та нормативному регулюванні.

Метою дослідження є джерела конституційної свободи фізичної особи на підприємницьку діяльність. Відповідно до названої мети слід вирішити такі завдання: а) аналіз нормативних актів та праць учених щодо виникнення та розвитку джерел конституційної свободи фізичної особи на підприємницьку діяльність; б) формулювання власної позиції автора стосовно етапів виникнення та розвитку джерел конституційної свободи фізичної особи на підприємницьку

діяльність без обмежень та з обмеженнями; в) пропозиція висновків і рекомендацій щодо джерел конституційної свободи фізичної особи на підприємницьку діяльність.

Досліджуючи проблему джерел конституційної свободи фізичної особи на підприємницьку діяльність, важливо визначити поняття та види джерел, проаналізувати історію виникнення і розвитку джерел дослідження названої свободи на етнічній території сучасної України та в незалежній Україні. Серед джерел, що є предметом нашого дослідження, розрізняють доктринальні, емпіричні і нормативні. Доктринальні джерела досліджень конституційних свобод людини і громадянина включають в себе загальнотеоретичні і галузеві наукові праці філософів, істориків, юристів та інших вчених гуманітарних наук. До емпіричних джерел відносяться статистичні дані, узагальнена юридична практика та результати анкетування. Нормативні джерела, що закріплюють виникнення і розвиток конституційних свобод, можна розглядати в: а) рабовласницький період розвитку суспільства; б) умовах середньовіччя; в) новий час; г) XX – початок XXI століття [42, с. 3–54].

Наукові джерела конституційної свободи фізичної особи на підприємницьку діяльність в Україні можуть бути розглянуті шляхом аналізу монографій, підручників, посібників, збірників наукових статей, коментарів нормативно-правових актів тощо. Так, М.О. Козачук у дисертаційному дослідженні «Свобода підприємницької діяльності та її обмеження в законодавстві України» наголошує на тому, що свобода підприємницької діяльності як суб'єктивне право – це міра дозволеної поведінки особи у сфері господарювання, що полягає у гарантованих Конституцією та законами України можливостях вільно започаткувати (у т. ч. обирати сфери та види діяльності, організаційну форму господарювання, визначати зміст установчих документів), здійснювати (у т. ч. формувати програму діяльності, визначати партнерів та умови договорів, конкурувати, залучати різноманітні ресурси, установлювати ціни на продукцію та послуги, наймати працівників, розпоряджатися прибутком), змінювати (вид, характер, організаційну форму) та припиняти підприємницьку діяльність [28]. С.В. Різник в дисертації «Забезпечення державою конституційного права людини і громадянина на підприємницьку діяльність» визначає конституційне право на підприємницьку діяльність як утверджене Конституцією України право людини і громадянина на

безпосередню або опосередковану, самостійну, ініціативну, систематичну, на власний ризик діяльність, спрямовану на досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку [56]. Отже, дисертаційні дослідження конституційної свободи підприємницької діяльності свідчать про їх безпосереднє відношення до монографічних наукових джерел.

Серед наукових джерел дослідження конституційної свободи на підприємницьку діяльність важливе значення належать підручникам і навчальним посібникам. Наприклад, конституційні свободи, включаючи і свободу на підприємницьку діяльність, досліджували вчені-конституціоналісти Погорілко В.Ф. і Федоренка В.Л., які в підручнику «Конституційне право України» аналізують джерела конституційної свободи на підприємницьку діяльність за змістом та за суб'єктами. За змістом, на їх думку, це право дозволяє здійснювати на свій ризик діяльність, що передбачає отримання прибутку. Джерела конституційних свобод на підприємницьку діяльність за суб'єктами – це наукові праці та нормативні акти щодо права, що належить всім громадянам України, іноземцям і особам без громадянства, за винятком депутатів, посадових і службових осіб органів державної влади та органів місцевого самоврядування, військовослужбовців, співробітників правоохоронних органів, суддів та ін. [45, с. 226]. Так, у підручнику «Господарське право України» за редакцією професорів Васильєва А.С. та Подцерковного О.П. наголошується на тому, що господарську діяльність можна класифікувати за різними ознаками. За критерієм мети здійснення господарська діяльність може бути комерційною (підприємницькою) та некомерційною (ч. 2 ст. 3 ГК України): комерційна діяльність (підприємництво) має місце, якщо її суб'єкт (підприємець) діє з метою отримання прибутку; некомерційна господарська діяльність здійснюється для досягнення певних економічних і соціальних результатів, проте мета отримання прибутку при цьому відсутня (є неосновною) [63]. Звідси висновок про те, що в підручнику досліджена суб'єктивна свобода на підприємницьку діяльність фізичної особи. Професор О.М. Вінник, в навчальному посібнику з господарського права говорячи про наукові джерела дослідження конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність, також називає монографії, підручники та навчальні посібники [9]. У підручнику за редакцією В.М. Гайворонського і В.П. Жушмана відмічається, що до суб'єктів господарювання

Господарський кодекс України відносить як комерційні, так і не комерційні організації різноманітних організаційно-правових форм та форм власності. Комерційними є суб'єкти, що здійснюють господарську діяльність для досягнення економічних і соціальних результатів та з мстою одержання прибутку. До комерційної діяльності належить і підприємництво [13]. Академік В.К. Мамутова у вступі підкреслював, що автори книги господарське право виходять з того, що ця галузь права регулює стосунки з організації і здійснення господарської діяльності, яка не зводиться лише до того, що називають підприємництвом або комерцією. Підприємництво – один із напрямів господарської діяльності, одною з ознак якої є отримання прибутку. Але, по-перше, десятки тисяч суб'єктів господарської діяльності створюються і функціонують не тільки заради отримання прибутку, а й з метою вирішення соціальних завдань. По-друге, промислові, будівельні, транспортні і інші підприємства створюються і здійснюють господарську діяльність не лише в цілях здобуття прибутку. Розроблене з господарсько-правових позицій поняття господарської діяльності, що включає підприємництво, але не зводиться до нього, а є складовою частиною чинного законодавства про підприємництво [64].

Посібники з основ права підприємницької діяльності були видані такими авторами, як: З. Варналій, А. Виноградська, О. Гетьман, Л. Донець, Б. Дратвер, В. Круш, В. Подвігіна, Б. Сердюк та ін. В них аналізуються різні підходи щодо розуміння господарського (зокрема і підприємницького) права. Доктринальними підходами до визначення місця господарського права в системі юридичних наук є три основних концепції: 1) позиція таких науковців, як С.М. Братусь, Р.О. Хафліна, Г.К. Матвєєв, Л.М. Шевченко, А.С. Довгерт, згідно з якою господарське право – це не самостійна галузь права, а поєднання цивільно-правових норм, що діють у сфері господарювання; 2) думка вчених-юристів В.В. Лаптєва, В.К. Малецтова, Г.Г. Побірченко, В.К. Мамутова, Г.Л. Знаменського, згідно з якою господарське право – самостійна галузь права, яка не має нічого спільного зіншими галузями права; 3) проте найбільш слушною є позиція О.А. Беляневича, О.М. Вінника, Н.Г. Саніахметової, В.С. Щербіни, згідно з якою господарське право – комплексна галузь права, в якій зібрано правові норми основних галузей права, приурочені до одного предмета правового регулювання – господарської діяльності [19]. Одним з перших авторів, що наголошував

на самостійності предмету регулювання відносин та дослідження з господарського права в Україні, був професор І.Г. Побірченко. Він же є засновником в СРСР кафедри господарського права в Київському державному університеті імені Тараса Шевченка. За його ж редакцією в Україні в 1985 р. був виданий перший підручник з господарського права [9].

Самостійну групу наукових джерел складають наукові статті, доповіді і повідомлення на конференціях, круглих столах в інших наукових джерелах, а також в наукових коментарях нормативно-правових актів з підприємницької свободи. Так, К.Г. Боберська в науковій статті «Право на зайняття підприємницькою діяльністю в конституціях та нормативно-правових актах України 1710–1991 рр.» досліджує джерела конституційного права на підприємницьку діяльність через його закріплення на окремі етапи, в межах яких можна виокремити яскраво виражені тенденції. Перший охоплює час існування Київської Русі, коли формувалися потреби у врегулюванні зовнішніх торгових відносин. Характерною рисою другого етапу було отримання князівських та королівських грамот на підприємництво. Саме під час даного етапу розвитку права на зайняття підприємницькою діяльністю розпочалося регулювання останнього на конституційному рівні. У подальшому дане право відображалося у конституційних та нормативно-правових актах як ремісництво, свобода торгівлі (торга), право на зайняття промислом, господарська свобода (ініціатива) людини, що свідчило про різноманітність поглядів державної влади на дане явище. Під час четвертого етапу було закріплено право одноосібно або спільно з іншими займатися підприємництвом. Проаналізувавши закріплення права на зайняття підприємницькою діяльністю крізь призму історико-правових джерел, поглядів науковців і творців текстів конституцій та їх проектів, можна зробити висновок про те, що генезис вищезазначеного права був нерозривно пов'язаний з формуванням української державності [6, с. 121]. Автор О. Бігняк в науковій статті «Свобода підприємництва та її обмеження» досліджує свободу підприємницької діяльності і окремі види підприємництва, що обмежуються діючим законодавством [5]. Доповіді і повідомлення на конференціях, круглих столах та в інших наукових джерелах у збірниках наукових праць: а) «Реалізація чинних Цивільного і Господарського кодексів України: проблеми та перспективи» [55];

б) «Актуальні проблеми господарського права» [3]; в) «Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права» [4]. Джерелами дослідження конституційної свободи підприємницької діяльності є наукові коментарі господарського кодексу України та інших нормативно-правових актів: а) Господарський кодекс України: Науково-практичний коментар / за ред. В.К. Мамутова [16]; б) Господарський кодекс України: Коментар / за ред. Саніахметової Н.О., Харитонова О.Є. [15]; в) Науково-практичний коментар Господарського кодексу України: 2-е вид., перероб. і допов. / За заг. ред. Г.Л. Знаменського, В.С. Щербини; Кол. авт.: О.А. Беляневич, О.М. Вінник, В.С. Щербина та ін. [39]; г) Вінник О.М. Науково-практичний коментар Закону України «Про акціонерні товариства» [10]; ґ) Вінник О.М. Науково-практичний коментар Закону України «Про оренду державного та комунального майна» [11]. Отже, науковими джерелами дослідження конституційної свободи на підприємницьку діяльність є дисертації, монографії, підручники та посібники, наукові статті, доповіді і повідомлення та наукові коментарі господарського кодексу України, законів України та інших нормативно-правових актів, що регулюють правила реалізації названої конституційної свободи особи.

Важливе значення для дослідження конституційної свободи на підприємницьку діяльність в Україні мають нормативні джерела. В Україні закріплення конституційних свобод людини та громадянина, включаючи і індивідуальні свободи особи, представлені такими нормативними документами: 1) Руською Правдою [57, с. 10–18]; 2) Конституцією Пилипа Орлика 1710 р. [32, с. 19–26]; 3) Конституцією УНР 1918 р. та іншими нормативно-правовими актами періоду визвольних змагань 1917–1921 рр. [31]; 4) Конституціями Української РСР 1919 [30]; а) 1929 [65]; б) 1937 [65]; в) 1978 рр. [34]; 5) Конституцією України 1996 р. [35]; 6) законами і підзаконними нормативно-правовими актами України, іншими нормативними джерелами [42].

«Руська Правда» була зводом норм державного законодавства Київської Русі та системою князівського права. Це одночасно звід норм як матеріального, так і процесуального права. В ній містилися відомості як про те, які діяння слід вважати злочинами, і які призначати покарання, так і про те, як слід розбирати справу і вершити суд. Кодекс укладався за казуальною системою, тобто законодавець ніби намагався передбачити всі можливі життєві ситуації [57]. Найдавнішу збірку права Київської Русі розділяють

на три редакції: Коротку, Просторову (або Поширену) та Скорочену (із Просторової).

Укладення Короткої редакції Руської Правди пов'язувалося з князюванням Ярослава Мудрого і припало на 1030–1040 рр. Збірник складався з двох основних частин: «Правди Ярослава» (статті 1–18), «Правди Ярославичів» (статті 19-41), а також «Локону вирного» (ст. 42) і «Уроку мостникам» (ст. 43). «Правда Ярослава» у сфері економічної діяльності охоплювала норми, які врегульовували питання про порушення права власності. «Правду Ярославичів» було укладено після смерті Ярослава Мудрого його синами Ізяславом, Всеволодом і Святославом на початку 70-х років XI ст., що значно доповнювала «Руську правду» і принципово відрізнялася від законів Ярослава. Всі введені до «Правди Ярославичів» норми були спрямовані передовсім на посилення правового захисту князівського майна і князівського вотчинного господарства та системи господарювання.

Просторова «Руська правда» пов'язується з іменем Володимира Мономаха, її датують не пізніше 1113 р. Посівши князівський «стіл» у Києві, Володимир Мономах видав новий звід правових норм – Устав свого імені, який передусім мав на меті ввести у більш-менш справедливі й законні рамки фінансові та кредитні операції купців і міського населення. У цьому Уставі, який містив близько 70 правових положень, містилися норми не тільки кримінального, а й цивільного права, регулювався порядок укладення окремих договорів і встановлювалася відповідальність за їх порушення. Було встановлено максимальний відсоток за договором позики 150 процентів річних від суми боргу. Стягування більшого «різа» (процента) звільняло боржника від зобов'язання повернення взятих грошей. Для купців закон уводив окремі привілеї, що пов'язувалися з їхньою торговою діяльністю. Так, якщо купецький корабель потонув чи був захоплений ворогом, то кредитори зобов'язувалися надати купцеві відстрочення платежу, «оскільки погибель ця від Бога». Якщо ж купець не міг віддати боргу з власної вини (пропив або програв гроші), його можна було продати в холопи. Водночас купці звільнялися від обов'язку укладати операції в присутності свідків (яких їм, звичайно, важко було знайти в місті, куди вони приїжджали для торгу). Тож від тих часів пішло прислів'я: «Слово купецьке – дорожче за золото» [57]. Отже, Просторова «Руська правда» встановлювала норми, які безпосередньо регулювали підприємницькі правовідносини купців з іншими суб'єктами права.

Скорочена «Руська правда» (50 статей) не мала самостійного вжитку та була призначена для використання у церковних судах. Більшість дослідників уважає, що її було складено на основі Просторової «Руської правди». В цілому «Руська правда» не була єдиним із відомих кодексів, законів, які застосовувалися на практиці. У державі під назвою Київська Русь існували та застосовувалися судами кодекси церковного права та збірники рецептованого візантійського права [57].

Таким чином, «Руська Правда» була зводом правових норм державного законодавства Київської Русі, де урегульовувалися кримінально-правові, сімейно-правові, спадкові, цивільно-правові, господарсько-правові, адміністративні та інші матеріальні і процесуальні правовідносини і процедури їх вирішення у судах.

Конституцією Пилипа Орлика складається з преамбули та 16 параграфів, де сформульовані головні принципи побудови держави. Конституція закріплює свободу підприємницької діяльності через систему справедливих податків: «Часто люди бідні скаржаться на численні здирства з боку збирачів державних податків та податкових чиновників, а також ярмаркових об'їждчиків. Бідній людині взагалі неможливо на ярмарку продати будь-яку річ для полегшення своєї бідності та купити щось для власних потреб без ярмаркової плати. А не дай Боже, хоч чимось завинити, то будеш обідраним ярмарковими об'їждчиками з ніг до голови» (параграф XVI). У Конституції закріплювався відповідний наказ для державних чиновників: «Тому нехай збирачі податків та податкові чиновники збирають до державної скарбниці тільки те мито і тільки з тих товарів, які будуть виражені у майнових угодах, нічого зайвого від купців не вимагаючи і людям бідним здирства не чинячи. Так само й об'їждчики ярмаркові повинні збирати мито з тих, кому належить його платити, а не з убогих людей, які прибули на ярмарок, щоб щось продати або купити для власних потреб. Справ жодних, не тільки кримінальних, а й поточних не відкривати і звичного здирства людям та містам не чинити» (параграф XVI). Гарантом дотримання названого правила мав бути Гетьман. «А сприяти цьому буде Ясновельможний гетьман своєю мудрою турботою та владою, котрому належить усі негаразди Вітчизни нашої виправляти» (параграф XVI) [32].

Отже, Конституція Пилипа Орлика закріплювала обмеження органів держави в процесі покладання і стягнення податків з

суб'єктів підприємницької діяльності, що забезпечувало конституційну свободу фізичної особи на підприємницьку діяльність. Гарантом дотримання названої конституційної свободи виступав Ясновельможний гетьман.

Конституцією УНР 1918 р. (Статут про державний устрій, права і вольності УНР) – Основний Закон Української Народної Республіки. Прийнята 29 квітня 1918 на останньому засіданні Центральної Ради. Проголошувала державну незалежність і територіальну цілісність України, рівність прав громадян, демократичні свободи. Конституції (Основних державних законів) УНР у Загальних засад закріплює право кожного громадянина цілком вільно визначати рід своїх занять в галузі економічної або якої іншої діяльності, що не заборонена законами, і вільно розпоряджатися прибутками от своїх заробітків і майна [30, с. 213]. Серед інших нормативно-правових актів періоду визвольних змагань 1917–1921 рр. можна назвати: а) Грамоту до всього українського народу від 29 квітня 1918 р.; б) Декларацію УНР від 26 грудня 1918 р.; в) Конституцію Західноукраїнської Народної Республіки С. Дністрянського від 1920 р. та ін.

У порівнянні з попередніми документами «Грамота до всього українського народу» вперше закріплює свободу торгу, і саме в ній було закріплено, що в області економічній і фінансовій відбудовується повна свобода торгу і відчиняється широкий простір приватного підприємства і ініціативи [66, с. 341].

У Декларації УНР закріплювалося, що всі зусилля свої Директорія УНР направить на таку організацію народного господарства, яка б відповідала сучасному переходовому моментові, коли нищиться старий капіталістичний світ й на його руїнах сходять паростки нового всесвітнього ладу, який не знатиме ніякого гніту і визиску. Підприємницька діяльність отримала назву «спекуляції» й жорстко переслідувалася владою. Для цього у всій Україні будуть організовані «комісії боротьби з спекуляцією» [30, с. 103].

Право на зайняття підприємницькою діяльністю у Конституції Західноукраїнської Народної Республіки С. Дністрянського закріплюється у ст. 22, 23 у вигляді «здійснення господарської свободи людини та свободи промислу» [31].

Чотири Конституції Радянської України (1919,1929, 1937, 1978 рр.) були політичними документами і розроблялися спершу в ідеологічних відділах ЦК КПРС. Враховуючи це, а також статус

квазі-держави, якою була Україна, дані конституційні акти з великим застереженням можна віднести до групи основних законів держави. Конституційних свобод на підприємницьку діяльність жодна з конституцій не закріплювала [33].

Серед сучасних нормативно-правових джерел дослідження конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність можна розглядати міжнародні і національні джерела. До міжнародних джерел слід віднести такі, як: 1) Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. [27]; 2) Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права від 16.12.1966 р. [38]; 3) Договір про Європейський Союз та ін. [18] та ін. До національних джерел конституційної свободи підприємницької діяльності в Україні відносяться: 1) ст. 42 Конституції України 1996 р. [35]; 2) Господарський кодекс України [14]; 3) Цивільний кодекс України [68]; 4) закони України: а) Про економічну самостійність Української РСР від 03 серпня 1990 р. [49]; б) Про підприємництво від 07 лютого 1991 р. [52]; в) Про господарські товариства від 19 вересня 1991 р. [47]; г) Про колективне сільськогосподарське підприємство від 14 лютого 1992 р. [50]; ґ) Про сільськогосподарську кооперацію від 17 липня 1997 р. [53]; д) Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань від 15 травня 2003 р. [48]; и) Про ліцензування видів господарської діяльності від 02 березня 2015 р. [51]; і) Про акціонерні товариства від 17 вересня 2008 р. [46]; й) Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю від 06 лютого 2018 р. [54] та ін.

Загальна декларація прав людини закріплює, що всі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності та правах. Вони наділені розумом і совістю і повинні діяти у відношенні один до одного в дусі братерства. Кожна людина має право на свободу, включаючи і свободу підприємницької діяльності [27].

Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права закріплює, що всі народи вільно забезпечують свій економічний розвиток. Держава може встановлювати тільки такі обмеження свобод, які визначаються законом, і лише остільки, оскільки це є сумісним з природою зазначених свобод, і виключно з метою сприяти загальному добробуту в демократичному суспільстві [38].

В основу регулювання свободи підприємницької діяльності покладено ст. 43 Договору про заснування Європейського Союзу, яка забороняє обмеження свободи провадження підприємницької діяльності громадянами однієї держави-члена на території іншої держави-члена [18].

Конституції України 1996 р. в ст. 42 закріплює, що кожен має свободу на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом [35]. А в ст. 43 Господарського кодексу України закріплюється, що підприємці мають право без обмежень самостійно здійснювати будь-яку підприємницьку діяльність, яку не заборонено законом. Особливості здійснення окремих видів підприємництва встановлюються законодавчими актами. Перелік видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню, а також перелік видів діяльності, підприємництво в яких забороняється, встановлюється виключно законом. Здійснення підприємницької діяльності забороняється органам державної влади та органам місцевого самоврядування. Підприємницька діяльність посадових і службових осіб органів державної влади та органів місцевого самоврядування обмежується законом [14].

Цивільний кодекс (ЦК) України закріплює, що цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. В ЦК України (ст. 3) закріплюється, що загальними засадами цивільного законодавства є свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом [68].

Закон «Про економічну самостійність Української РСР» від 03 серпня 1990 р. на основі «Декларації про державний суверенітет України» визначає зміст, мету і основні принципи економічної самостійності України як суверенної держави, механізм господарювання, регулювання економіки і соціальної сфери, організації фінансово-бюджетної, кредитної та грошової системи Української РСР [49].

Закон «Про підприємництво» визначає загальні правові, економічні та соціальні засади здійснення підприємницької діяльності (підприємництва) громадянами та юридичними особами на території України, встановлює гарантії свободи підприємництва та його державної підтримки [52].

Закон «Про господарські товариства» визначає поняття і види господарських товариств, правила їх створення, діяльності, а також права і обов'язки їх учасників та засновників, крім положень у частині, що стосується товариств з обмеженою відповідальністю та товариств з додатковою відповідальністю на підставі законів України «Про акціонерні товариства» від 17 вересня 2008 р. і «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» від 06 лютого 2018 р. [47].

Закон «Про колективне сільськогосподарське підприємство« визначає правові, економічні, соціальні та організаційні умови діяльності колективного сільськогосподарського підприємства та спрямований на забезпечення повної самостійності зазначеного підприємства, реалізацію його можливостей як суб'єкта господарювання, визначає його права, свободи та обов'язки у здійсненні господарської діяльності [50].

Закон «Про сільськогосподарську кооперацію» визначає правові, організаційні, економічні та фінансові особливості утворення і діяльності сільськогосподарських кооперативів [53].

Закон «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань«, що регулює відносини, що виникають у сфері державної реєстрації юридичних осіб, їхньої символіки (у випадках, передбачених законом), громадських формувань, що не мають статусу юридичної особи, та фізичних осіб – підприємців [48].

Закон «Про ліцензування видів господарської діяльності« регулює суспільні відносини у сфері ліцензування видів господарської діяльності, визначає виключний перелік видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню, встановлює уніфікований порядок їх ліцензування, нагляд і контроль у сфері ліцензування, відповідальність за порушення законодавства у сфері ліцензування видів господарської діяльності. Дія Закону не поширюється на порядок видачі, переоформлення та анулювання ліцензій на здійснення таких видів господарської діяльності: 1) діяльність з надання фінансових послуг та іншу діяльність, ліцензування якої здійснює Національний банк України відповідно до закону; 2) діяльність в галузі телебачення і радіомовлення, яка здійснюється відповідно до Закону України «Про телебачення і радіомовлення»; 3) виробництво і торгівля спиртом етиловим, коньячним і плодовим, алкогольними напоями та тютюновими виробами, що здійснюється відповідно до Закону України «Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів» [51].

Закон «Про акціонерні товариства» визначає порядок створення, діяльності, припинення, виділу акціонерних товариств, їх правовий статус, права та обов'язки акціонерів. Діяльність державних акціонерних товариств та державних холдингових компаній, єдиним засновником та акціонером яких є держава

в особі уповноважених державних органів, регулюється цим Законом, з урахуванням особливостей, передбачених спеціальними законами. Діяльність Державної керуючої холдингової компанії, державних холдингових компаній та державних акціонерних товариств, єдиним засновником та акціонером яких є держава в особі уповноважених державних органів, регулюється цим Законом, з урахуванням особливостей, передбачених спеціальними законами [46].

Закон «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» визначає правовий статус товариств з обмеженою відповідальністю та товариств з додатковою відповідальністю (далі – товариство), порядок їх створення, діяльності та припинення, права та обов'язки їх учасників. Правовий статус товариств з обмеженою відповідальністю та товариств з додатковою відповідальністю у сферах страхової та інвестиційної діяльності, в галузі виробництва сільськогосподарської продукції, а також в інших сферах діяльності, порядок їх створення, діяльності та припинення регулюються цим Законом з урахуванням особливостей, передбачених спеціальними законами. Управління товариствами з обмеженою відповідальністю та товариствами з додатковою відповідальністю, у статутних капіталах яких є частка держави або органів місцевого самоврядування, регулюється цим Законом з урахуванням особливостей, передбачених спеціальними законами [54] та ін.

На підставі проведеного аналізу наукових і нормативних джерел конституційних свобод людини і громадянина можна сформулювати ознаки і поняття джерел дослідження конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність. Такими ознаками є: а) монографії, підручники, посібники, наукові статті, доповіді і повідомлення, наукові коментарі законів; б) міжнародні договори; в) Конституція і закони України; г) підзаконні нормативно-правові акти; ґ) самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою одержання прибутку; д) регулювання, охорона та дослідження конституційної свободи.

Джерела дослідження конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність – це міжнародні договори, Конституція і закони України, підзаконні нормативно-правові акти, монографії, підручники, посібники, наукові статті, доповіді і

повідомлення, наукові коментарі законів та інші документи в яких досліджуються, регулюються і охороняються самостійні, ініціативні, систематичні, на власний ризик господарські дії, що здійснюються суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою одержання прибутку.

Існують різні критерії для групування джерел дослідження. Щодо конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність, на наш погляд, джерела її дослідження можна групувати за критерієм дозволів і обмежень свободи підприємницької діяльності. Підприємці мають право без обмежень самостійно здійснювати будь-яку підприємницьку діяльність, яку не заборонено законом (ст. 43). Ознаками джерел конституційної свободи фізичної особи на підприємницьку діяльність є: а) монографії, підручники, посібники, наукові статті, доповіді і повідомлення, наукові коментарі законів; б) міжнародні договори; в) Конституція і закони України; г) підзаконні нормативно-правові акти; г) самостійна, ініціат**и**вна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою одержання прибутку; д) регулювання, охорона та дослідження конституційної свободи.

Групувати джерела дослідження та регулювання конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність, на наш погляд, можна за критерієм дозволів і обмежень свободи підприємницької діяльності.

3. Конституційна свобода особи на підприємницьку діяльність у системі економічних свобод

Метою дослідження є аналіз закріпленої в Конституції та законах України системи економічних свобод особи та місця і ролі конституційної свободи на підприємницьку діяльність в процесі їх реалізації. Відповідно до мети слід вирішити такі завдання: а) дослідити наукові праці щодо системи економічних конституційних свобод особи; б) сформулювати місце і роль конституційної свободи на підприємницьку діяльність в названій системі; в) дослідити процес реалізації конституційної свободи на підприємницьку діяльність в системі економічних конституційних свобод особи та сформулювати висновки і рекомендацій.

Економічні конституційні свободи особи досліджуються в юридичній науці як самостійна система конституційних прав і свобод особи, так і в групах, серед яких виділяються окремо

громадянські, політичні, економічні, соціальні, культурні та інші права і свободи. Не зважаючи на великий обсяг наукових досліджень щодо економічних конституційних прав і свобод особи, залишаються малодослідженими окремі економічні свободи особи. Серед них і конституційна свобода особи на підприємницьку діяльність у сфері господарювання. Аналіз наукових праць свідчить про дослідження системи економічних конституційних свобод. Так, А.Ю. Олійник дослідив конституційні економічні права і свободи особи у сфері новітніх технологій [40] та групу конституційних економічних свобод в системі конституційних свобод щодо їх забезпечення в Україні [42, с. 130–134]. Він же дослідив Конституційні основи правопорядку у сфері господарювання [41]. Система економічних конституційних прав і свобод особи досліджувалася в дисертаціях Гончаренко О.М., Івершенко Л.А., Фокіної М.О., Фролова Ю.М. та ін. Для з'ясування місця і роль конституційної свободи на підприємницьку діяльність в системі економічних конституційних свобод особи слід сформулювати ознаки системи, дати її поняття, дослідити конституційні можливості, що включаються в названу систему та визначити їх групування. До сьогодні в науці теорії права та конституційного права не існує єдиного підходу до визначення системи конституційних економічних прав і свобод та включення в систему конкретних економічних конституційних прав і свобод. Існує декілька авторських позицій щодо назви групи такої системи та включення конкретних прав і свобод у ту чи іншу групу. Так, в матеріалах з Вікіпедії (вільної енциклопедії) виділяється окремо система економічних прав і свобод, куди включаються: а) право на підприємницьку діяльність; б) право на працю; в) право на страйк; г) право на відпочинок; г) право на приватну власність [26]. Фролов Ю.М. в систему конституційних економічних прав і свобод включає права: а) приватної власності; б) підприємницької діяльності; в) громадян на користування об'єктами права власності Українського народу, держави і територіальної громади [62]. Схожою є позиція інших авторів, які пропонують в систему економічних прав і свобод включати а) право приватної власності (ст. 41); б) право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом (ст. 42); в) право на користування об'єктами права державної та комунальної власності (ст. 41); право власності Українського народу (ст. 13) [25]. Професор Фрицький

О.Ф., наприклад, до конституційних економічних прав і свобод включає такі можливості: а) володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності (ст. 41); б) на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом (ст. 42); в) на працю (ст. 43); г) на страйк (ст. 44); ґ) на відпочинок (ст. 45) [61, с. 169]. Ю.М. Тодика визначає економічні, соціальні і культурні права як можливості, що пов'язані з діяльністю людини в господарській сфері, її соціальними відносинами із суспільством, державою, колективами, іншими людьми, з діяльністю у сфері культури і духовного життя. До основних економічних, соціальних і культурних прав та свобод, на його думку, належать права: а) володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності; б) на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом; в) на працю; г) на страйк для захисту своїх економічних і соціальних інтересів; ґ) на відпочинок; д) на соціальний захист; е) на житло; є) на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї; ж) на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування; з) на безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди; и) на освіту; і) на свободу літературної, художньої, наукової і технічної творчості; к) на результати своєї інтелектуальної, творчої діяльності (ст. 41–54 Конституції України). Всі названі права і свободи є тісно взаємопов'язаними між собою [29, с. 151]. Годованець В.Ф. підкреслює важливе місце соціально-економічних прав і свобод в системі прав людини і громадянина. Він пише, що соціально-економічні права і свободи є основою всіх інших прав і свобод. Вони стосуються таких важливих сфер життя, як власність, трудові відносини, здоров'я, відпочинок, і сприяють забезпеченню матеріальних, духовних, фізичних та інших соціально значущих потреб й інтересів особи. У статтях 13, 14, 41, 42 Конституції України розглядаються економічні права і свободи, у статтях 43–49 – соціальні. Їх реальність робить державу соціальною, що забезпечує належний рівень життя людини, її вільний розвиток [12]. Крижановська О.В. підкреслює той факт, що економічні права є одним із головних елементів конституційної системи прав людини і громадянина України. Вони посідають важливе місце в структурі конституційно-правового статусу особи, забезпечуючи економічну свободу,

розвиваючи ідеал вільної людської особистості. Систему економічних прав складає сукупність передбачених державою певних економічних благ. Розуміє вона систему економічних прав у двох значеннях: об'єктивному – як сукупність конституційно-правових норм, які встановлюють і гарантують дані права (тобто конституційно-правовий інститут); та суб'єктивну – як конкретні конституційні права людини. Відповідно до Конституції України, на її думку, систему економічних прав становлять: право приватної власності, право на підприємницьку діяльність, право на користування об'єктами державної, та комунальної власності, а також права власності українського народу [36, с. 74]. Звідси висновок про те, що далі ми будемо досліджувати суб'єктивні свободи в системі конституційних економічних свобод та місця і ролі конституційної свободи на підприємницьку діяльність в названій системі. На думку Олійника А.Ю., є три основні позиції авторів щодо розуміння їх поняття та видів системи конституційних економічних прав і свобод: 1) широка – її автори дотримуються думки поділу усіх конституційних прав на класичні і соціальні та під групою соціальних прав розуміються економічні, власне соціальні і культурні права; 2) вузька – автори якої до конституційних економічних прав і свобод відносять права на: а) приватну власність; б) підприємницьку діяльність; в) користування об'єктами права публічної (суспільної) власності; 3) змішана – прихильники якої до конституційних економічних прав відносять право на: а) власність; б) підприємницьку діяльність; в) працю; г) страйк; ґ) відпочинок [40].

Отже, проведений аналіз поглядів авторів на проблему дає можливість виділити ознаки та дати визначення системи конституційних економічних свобод, показати місце і роль конституційної свободи на підприємницьку діяльність у названій системі.

Ознаками системи конституційних економічних свобод є: а) сукупність економічних благ особи у сфері виробництва, розподілу, обміну і використання матеріальних благ; б) свобода особи створювати матеріальні та особисті нематеріальні блага, володіти ними та здійснювати господарську діяльність; в) забезпечення економічних потреб і інтересів; г) конституційне закріплення та деталізація в законодавстві названих можливостей. Сукупність економічних благ особи у сфері виробництва,

розподілу, обміну і використання матеріальних благ є елементом системи конституційних економічних свобод людини і громадянина. Саме така сукупність підкреслює свободу особи створювати матеріальні та особисті нематеріальні блага, володіти ними та здійснювати господарську діяльність в Україні і за її межами з метою забезпечення своїх економічних потреб і інтересів, що закріплюється в Конституції України та деталізується в законодавстві України.

Отже, система конституційних економічних свобод особи в Україні – це сукупність конституційних економічних благ особи у сфері виробництва, розподілу, обміну і використання благ, закріплених в Конституції України та деталізація в законодавстві, що підкреслює свободу особи створювати матеріальні та особисті нематеріальні блага, володіти ними, здійснювати господарську діяльність в Україні і за її межами з метою забезпечення своїх економічних потреб і інтересів.

До системи конституційних економічних свобод включаються свободи: а) власності; б) підприємницької діяльності; в) праці; г) страйку; ґ) відпочинку. Конституційна свобода на підприємницьку діяльність у названій системі характеризується важливим місцем самої системи конституційних економічних свобод особи в системі конституційних прав і свобод людини і громадянина, що дає можливість людині створювати матеріальні та особисті нематеріальні блага, володіти ними та здійснювати господарську (і в першу чергу підприємницьку) діяльність [25]. Роль конституційної свободи на підприємницьку діяльність в названій системі полягає в можливості людини і громадянина самостійно, ініціативно, систематично, на власний ризик діяти у сфері виробництва, розподілу, обміну, надання послуг, зайняття торгівлею та використання матеріальних благ з метою одержання прибутку [62]. Отже, місце і роль конституційної свободи на підприємницьку діяльність полягає в можливості особи створювати матеріальні та особисті нематеріальні блага, володіти ними та здійснювати господарську (і в першу чергу підприємницьку) діяльність самостійно, ініціативно, систематично, на власний ризик у сфері виробництва, розподілу, обміну, надання послуг, зайняття торгівлею та використання матеріальних благ з метою одержання прибутку.

Процес реалізації конституційної свободи на підприємницьку діяльність в системі економічних конституційних свобод особи

має певні етапи: а) деталізація конституційної свободи на підприємницьку діяльність шляхом правотворчої діяльності; б) форми реалізації конституційної свободи на підприємницьку діяльність; в) гарантії реалізації конституційної свободи на підприємницьку діяльність; г) забезпечення реалізації конституційної свободи на підприємницьку діяльність.

Деталізація конституційної свободи на підприємницьку діяльність здійснюється шляхом правотворчої діяльності компетентних суб'єктів. Як вже відзначалося вище, серед сучасних нормативно-правових джерел, що деталізують конституційну свободу особи на підприємницьку діяльність, є: 1) Господарський кодекс України [14]; 2) Цивільний кодекс України [68]; 3) Закони України: а) Про господарські товариства від 19 вересня 1991 р. [47]; б) Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань від 15 травня 2003 р. [48]; в) Про ліцензування видів господарської діяльності від 02 березня 2015 р. [51]; г) Про акціонерні товариства від 17 вересня 2008 р. [46]; ґ) Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю: Закон України від 06 лютого 2018 р. [54] та ін. Закони є основним видом нормативно-правових актів, що закріплюють та регулюють конституційні свободи людини і громадянина. За допомогою підзаконних нормативно-правових актів може здійснюватися правове регулювання конституційних свобод людини і громадянина у визначених межах. Їх значення полягає в тому, що вони встановлюють порядок та механізми реалізації конституційних свобод, що закріплені в законах. Не допускається установлення нових норм права підзаконними нормативно-правовими актами щодо основних свобод людини, якщо вони не відповідають вимогам законів [42].

Форми реалізації конституційної свободи на підприємницьку діяльність в системі конституційних економічних прав і свобод мають певні особливості. Їх поділяють на основні і спеціальні. До основних форм реалізації відносять: дотримання; виконання; використання. Спеціальною (особливою) формою реалізації теоретики права вважають застосування. Дотримання як форма реалізації конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність забезпечується шляхом встановлення певних заборон і потреби пасивної поведінки суб'єкта правореалізації. Виконання – передбачає активні дії суб'єкта правореалізації, спрямовані на здійснення обов'язку. Звідси висновок про те, що

реалізація конституційної свободи на підприємницьку діяльність у формі дотримання і виконання обмежує свободу особи. Обмеження свободи підприємницької діяльності можуть бути правовими та позаправовими. Позаправовими є обмеження, що зумовлені дією економічних законів, психологічних та інтелектуальних особливостей тощо [28]. Використання як форма реалізації конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність передбачає свободу суб'єкта правореалізації щодо вибору варіанту поведінки (активних дій чи пасивної бездіяльності). Особливою формою реалізації конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність є правозастосування, тобто діяльність компетентного суб'єкта, що спрямована на аналіз фактичних обставин справи, вибір правової норми для реалізації та винесення індивідуально-правового припису обов'язкового для виконання.

Гарантії реалізації конституційної свободи на підприємницьку діяльність – це закріплені нормами Конституції України, що мають найвищу юридичну силу і деталізовані у нормах законів України загально-соціальні та юридичні умови і засоби, що створюють сприятливу обстановку для здійснення конституційних свобод, охороняють, захищають, відновлюють їх та сприяють відшкодуванню моральних і матеріальних збитків на національному і міжнародному рівнях. Нормативні гарантії складають важливий елемент забезпечення реалізації конституційної свободи на підприємницьку діяльність. Крім нормативних гарантій, розрізняють і організаційні гарантії, тобто організацію діяльності державних і недержавних інституцій, які утверджують і забезпечують конституційні свободи, створюють умови, охороняють, захищають від правопорушень та приймають участь у відновленні порушених конституційних свобод [42, с. 112]. Забезпечення реалізації конституційної свободи на підприємницьку діяльність – це діяльність міжнародних форумів, компетентних державних органів чи органів місцевого самоврядування, їх посадових або службових осіб та об'єднань громадян, як суб'єктів громадянського суспільства, зі створення сприятливих умов реалізації конституційних свобод, здійснення їх охорони і захисту від правопорушень, відновлення порушених свобод шляхом використання матеріальних і процесуальних юридичних норм і засобів. Зміст забезпечення конституційної свободи особи в Україні включає в себе: а) створення сприятливих умов для реалізації конституційних свобод; б) охорону конституційних свобод від правопорушень;

в) захист конституційних свобод від правопорушень; г) поновлення порушених конституційних свобод. Міжнародні організації (форуми) із забезпечення конституційної свобод особи на підприємницьку діяльність в Україні – це утворені відповідно до чинного міжнародного публічного права міжнародні інституції для впровадження міжнародних основних свобод у внутрішнє національне право держави-учасниці форуму та здійснення нагляду за їх додержанням кожною державою-учасницею на її території з метою забезпечення реалізації тематики розширення основних прав і свобод людини і громадянина. Українська держава як суб'єкт забезпечення конституційних свобод людини і громадянина включає в себе систему загальнодержавних і місцевих органів держави, що мають повноваження щодо створення умов для реалізації конституційних свобод, їх охорони і захисту, поновлення порушених основних свобод і відшкодування моральної і матеріальної шкоди завданої особам, основні свободи яких були порушені. Громадянське суспільство – це спільність вільних, рівноправних людей, кожному з яких забезпечено юридичні можливості бути власником, користуватися економічною і особистою свободою, надійним соціальним захистом, а також брати участь у політичному житті країни. До суб'єктів громадянського суспільства відносяться: а) сім'я; б) місцеве самоврядування (територіальні громади, органи і посадові та службові особи), в) об'єднання громадян (політичні партії, профспілки, творчі спілки, релігійні організації та інші громадські об'єднання); г) фізичні особи як окремі підприємці та господарські підприємницькі корпорації різних форм власності (приватної, кооперативної, муніципальної, державної, спільної тощо); д) власники засобів виробництва; е) зайняті в різних сферах господарювання наймані працівники та фізичні особи, що не зайняті на виробництві з різних причин; є) засоби масової інформації та ін. [42].

Система конституційних економічних свобод особи в Україні – це сукупність конституційних економічних благ особи у сфері виробництва, розподілу, обміну і їх використання, закріплених в Конституції України та деталізованих в законодавстві, що підкреслює свободу особи створювати матеріальні та особисті нематеріальні блага, володіти ними, здійснювати господарську діяльність в Україні і за її межами з метою забезпечення своїх економічних потреб і інтересів. До системи конституційних економічних свобод включаються свободи: а) власності; б) підприємницької діяльності; в) праці; г) страйку; ґ) відпочинку. Місце

і роль конституційної свободи на підприємницьку діяльність полягає в можливості особи створювати матеріальні та особисті нематеріальні блага, володіти ними та здійснювати господарську (і в першу чергу підприємницьку) діяльність самостійно, ініціативно, систематично, на власний ризик у сфері виробництва, розподілу, обміну, надання послуг, зайняття торгівлею та використання матеріальних благ з метою одержання прибутку. Реалізація конституційної свободи на підприємницьку діяльність в системі економічних конституційних свобод особи має певні етапи: а) деталізація конституційної свободи на підприємницьку діяльність шляхом правотворчої діяльності; б) форми реалізації конституційної свободи на підприємницьку діяльність; в) гарантії реалізації конституційної свободи на підприємницьку діяльність; г) забезпечення реалізації конституційної свободи на підприємницьку діяльність. Втілення в життя запропонованих у тексті роботи рекомендацій, на нашу думку, сприятиме вдосконаленню реалізації конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність в системі конституційних економічних свобод.

Висновки

Дослідивши вищезгадану наукову проблему, пропонуємо такі висновки і рекомендації. Ознаками виникнення та розвитку конституційної свободи фізичної особи на підприємницьку діяльність є: а) еволюційні етапи можливостей особи без обмежень самостійно здійснювати будь-яку діяльність із виробництва продукції, виконання робіт, надання послуг, заняттю торгівлею; б) отримання прибутку як мета діяльності; в) заборони певних видів діяльності можливі лише законом; г) обмеження свободи фізичної особи на підприємницьку діяльність тільки у випадках, передбачених законом. Етапи розвитку конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність в Україні такі: 1) виникнення і розвиток свободи підприємництва на етнічній території сучасної України; 2) розвиток свободи підприємницької діяльності в УНР; 3) розвиток окремих унормованих видів підприємницької діяльності в Українській РСР; 4) розвиток конституційної свободи підприємницької діяльності в незалежній Україні. Конституція України закріпила свободу підприємницької діяльності кожної фізичної особи за умови, що така діяльність не заборонена і не обмежена законом.

До джерел конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність можна віднести нормативні, наукові та емпіричні. До нормативних джерел відносяться міжнародні договори, Конституція і закони України, підзаконні нормативно-правові акти. Пропонуємо прийняти Закон України «Про заборони і обмеження підприємницької діяльності в Україні». Науковими джерелами є монографії, підручники, посібники, наукові статті, доповіді і повідомлення, наукові коментарі законів та підзаконних нормативно-правових актів. До емпіричних джерел слід віднести статистичні дані, узагальнену юридичну практику тощо.

Місце і роль конституційної свободи на підприємницьку діяльність характеризується можливістю фізичної особи створювати матеріальні та особисті нематеріальні блага, володіти ними та здійснювати підприємницьку діяльність самостійно, ініціативно, систематично, на власний ризик у сфері виробництва, розподілу, обміну, надання послуг, зайняття торгівлею та використання матеріальних благ із метою одержання прибутку.

Список використаних джерел:

1. Австрійська школа маржиналізму. URL : https://pidruchniki.com/2015101166962/politekonomiVa/avstriVska_shkola_marzhinalizmu.

2. Австрійська школа. Матеріал з Вікіпедії – вільної енциклопедії. URL : https://uk.wikipedia.org/wiki/.

3. Актуальні проблеми господарського права : Зб. наук, праць (за матеріалами «круглого столу», м. Київ, 16 грудня 2004 р.). Київ : НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2005. 140 с.

4. Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права : Сб. научных статей. Вып. 5 / Под общ. ред. В.Ф. Попондопуло и О.Ю. Скворцова. Москва : Волтерс Клувер, 2005. 432 с.

5. Бігняк О. Свобода підприємництва та її обмеження. *Підприємництво, господарство і право.* 2006. № 5. С. 53–56.

6. Боберська К.Г. Право на зайняття підприємницькою діяльністю в конституціях та нормативно-правових актах України 1710-1991 рр. *Часопис Київського університету права.* 2013. № 4. С. 118–121.

7. Бондаренко М.М. Історія українського підприємництва. Перші українські підприємці. URL : http://www.allbest.ru/.

8. Бойко О.Д. Історія України : Навч. посіб. 3-те видання, виправлене і доповнене. Київ : Академвидав, 2006. 688 с.

9. Вінник О.М. Господарське право : навч. посібник. 2-е вид., змін, та допов. Київ : Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. 766 с.

10. Вінник О.М. Науково-практичний коментар Закону України «Про акціонерні товариства». Київ : Юрінком Інтер, 2009. 312 с.

11. Вінник О.М. Науково-практичний коментар Закону України «Про оренду державного та комунального майна». Київ : Юрінком Інтер, 2010. 352 с.

12. Годованець В.Ф. Конституційне право України : навч. посіб. / В.Ф. Годованець, А.С. Головін. Київ : ДП: Персонал. 384 с.

13. Господарське право України / за ред. В.М. Гайворонського і В.П. Жушмана. Харків : Право, 2005. 384 с.

14. Господарський кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 18, № 19-20, № 21-22. Ст. 144. Поточна редакція від 13.06.2021 р.

15. Господарський кодекс України: Коментар / за ред. Саніахметової Н.О., Харитонова О.Є. Харків : Одиссей, 2004. 848 с.

16. Господарський кодекс України : Науково-практичний коментар / за ред. В.К. Мамутова. Київ : Юрінком Інтер, 2004. 688 с.

17. Господарство скіфів. URL : https://studfiles.net/preview/5456973/page:3/.

18. Договір про Європейський Союз. URL : http://lib.pu.if.ua/files/europa/06_consult_uk.pdf.

19. Доктринальними підходами до визначення господарського права. URL : https://uchebnik-online.net/book/819-gospodarske-pravo-ukraVini-navchalnij-posibnik-nesinova-s-v-voronko-v-s-chebikina-t-s/4-tema-1-ponVattVa-predmet-metod-i-sistema-gospodarskogo-prava.html.

20. Дратвер Б. Основи підприємницької діяльності: Навчальний посібник / М-во освіти і науки України, Кіровоградський держ. пед. ун-т ім. В. Винниченка. Кіровоград, 2003. 186 с.

21. Економічне вчення Адама Сміта. URL : http://pidruchniki.com/1926060141148/politekonomiVa/ekonomichne_vchennVa_adama_smita.

22. Економічні погляди А. Маршалла: кембриджська школа. URL : http://pidruchniki.com/1435102137847/politekonomiVa/ekonomichni_poglVadi_marshalla_kembridzhska_shkola.

23. Економічні погляди Ж. Б. Сея. URL : http://pidruchniki.com/1297112161912/politekonomiVa/ekonomichni_poglVadi_predstavnika_frantsuzkoVi_klasichnoVi_shkoli_politichnoVi_ekonomiVi_seVa.

24. Економічні погляди Ричарда Кантільйона. URL : http://pidruchniki.com/1334020360183/ekonomika/ekonomichni_poglVadi_richarda_kantilVona.

25. Економічні права та свободи людини і громадянина. URL : https://pidruchniki.com/19240701/pravo/ekonomichni_prava_svobodi_lVudini_gromadVanina_ukraVini.

26. Економічні, соціальні та культурні права. Матеріал з Вікіпедії – вільної енциклопедії. URL : https://uk.wikipedia.org/wiki/%.

27. Загальна декларація прав людини, прийнята і проголошена резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 р. Права людини в Україні. Інформаційно-аналітичний бюлетень Українсько-Американського Бюро захисту прав людини: Випуск 21. Київ, 1998. С. 31–36.

28. Козачук М.О. Свобода підприємницької діяльності та її обмеження в законодавстві України. Спеціальність 12.00.04 – господарське право, господарське процесуальне право. Автор. дис. на здобуття наукового ступеню кандидата юридичних наук: Київський національний університет імені Т. Шевченка. Київ, 2011. 19 с.

29. Конституційне право України : підручник для студентів вищих навчальних закладів / За ред. академіка АПрН України, доктора юридичних наук, професора Ю.М. Тодики, доктора юридичних і політичних наук, професора В.С. Журавського. Київ : Видавничій Дім «Ін Юре», 2002. 544 с.

30. Конституційні акти України 1917–1920: Невідомі конституції України. Київ : Філософська і соціологічна думка, 1992. 272 с.

31. Конституційні акти та проекти доби Української революції (1917–1920 рр.) URL : http://www.historV.univ.kiev.ua/download/LibrarV-KNU-HistorV/Sources/Constitutio.

32. Конституція Пилипа Орлика (повний текст). URL : http://ridna.ua/2016/10/konstVtutsiVa-pVlVpa-orlVka-povnVj-tekst/.

33. Конституції УРСР 1919–1978 р. URL : https://uk.wikipedia.org/wiki/%.

34. Конституція Української РСР: Прийнята на позачерговій сьомій сесії Верховної Ради Української РСР 20 квітня 1978 року. *Відомості Верховної Ради Української РСР.* 1978. № 888-IX.

35. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 30. Ст. 141. Поточна редакція від 01.01.2020 р.

36. Крижановська О.В. Конституційні, економічні права і свободи людини і громадянина у забезпеченні економічної безпеки України. Зміст та проблеми. *Культура народов Причерноморья.* 2013. № 263. С. 73–75.

37. Лондонська школа неолібералізму. Економічні погляди Ф. Хайєка. URL : https://studopedia.org/8-204629.html.

38. Международные акты о правах человека. Сборник документов. Москва : Издательская группа НОРМА-ИНФРА М, 1999. 784 с.

39. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України: 2-е вид., перероб. і допов. / За заг. ред. Г.Л. Знаменського, В.С. Щербини ; Кол. авт.: О.А. Беляневич, О.М. Вінник, В.С. Щербина та ін. Київ : Юрінком Інтер, 2008. 720 с.

40. Олійник А.Ю. Конституційні економічні права і свободи особи у сфері новітніх технологій. *Право і суспільство.* 2017. № 2. С. 33–39.

41. Олійник А.Ю. Конституційні основи правопорядку у сфері господарювання. *Журнал східноєвропейського права.* 2016. № 27. С. 48–54.

42. Олійник А.Ю. Конституційні свободи людини і громадянина та їх забезпечення в Україні : монографія. Київ : КНУТД; Дніпро : ДДУВС, 2018. 371 с.

43. Олійник А.Ю. Основи історії і теорії держави та права [текст] : навчальний посібник. Київ : «Центр учбової літератури», 2015. 200 с.

44. Підприємницька діяльність в Україні. URL : http://referat-ok.com.ua/pravo/pidprijemnicka-diValnist-v-ukrajini-1.

45. Погорілко В.Ф., Федоренко В.Л. Конституційне право України : підручник / За заг. ред. проф. В.Л. Федоренка. 3-вид., перероб. і доопр.; передмова проф. В.В. Коваленка. Київ : КНТ, Видавництво Ліра-К, 2011. 532 с.

46. Про акціонерні товариства : Закон України від 17 вересня 2008 р. *Відомості Верховної Ради України.* 2008. № 50-51. Ст. 384. Поточна редакція від 27.05.2021 р.

47. Про господарські товариства : Закон України від 19 вересня 1991 р. *Відомості Верховної Ради України.* 1991. № 49. Ст. 682. Поточна редакція 03.07.2020 р.

48. Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань : Закон України від 15 травня 2003 р. *Відомості Верховної Ради України.* 2003. № 31-32. Ст. 263. Поточна редакція від 06.12. 2020 р.

49. Про економічну самостійність Української РСР : Закон Української РСР від 03 серпня 1990 р. *Відомості Верховної Ради Української РСР.* 1990. № 34. Ст. 499. Поточна редакція від 14.11.2018 р.

50. Про колективне сільськогосподарське підприємство : Закон України від 14 лютого 1992 р. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 20. Ст. 272. Поточна редакція від 01.01.2019 р.

51. Про ліцензування видів господарської діяльності : Закон України від 2 березня 2015 р. Відомості Верховної Ради України. 2015. № 23. Ст. 158. Поточна редакція від 21.03.2021 р.

52. Про підприємництво : Закон Української РСР від 07 лютого 1991 р. Верховна Рада *УРСР.* 1991. № 14. Ст. 168. Закон втратив чинність з 01.01. 2004 р. (крім статті 4) на підставі ГК України. Поточна редакція від 29.01.2020 р.

53. Про сільськогосподарську кооперацію : Закон України від 17 липня 1997 р. *Відомості Верховної Ради України.* 1997. № 39. Ст. 261. Поточна редакція від 19.01.2013 р.

54. Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю: Закон України від 06 лютого 2018 р. *Відомості Верховної Ради України.* 2018. № 13. Ст. 69. Поточна редакція від 16.07.2020 р.

55. Реалізація чинних Цивільного і Господарського кодексів України: проблеми та перспективи : Зб. наук, праць. Київ, 2006. 320 с.

56. Різник С.В. Забезпечення державою конституційного права людини і громадянина на підприємницьку діяльність : автореферат дис. кандидата юридичних наук 12-00-02 – конституційне право. Київський національний університет внутрішніх справ. Київ, 2008. 20 с.

57. Руська Правда» як джерело з історії Русі (господарство, суспільство, риси права). URL : http://skaz.com.ua/istoriVa/6033/index.html?page=5.

58. Свобода та межі підприємницької діяльності. URL : http://stud.wiki/law/3c0a65625b2ad68b4c43a89521206d27_0.html.

59. Сизоненко В.О. Підприємництво : підручник. Київ : Вікар, 1999. 435 с.

60. Скіфи (VII–III ст. до н. е.). URL : https://studopedia.com.ua/1_393608_sotsialno-ekonomicheskoe-i-politicheskoe-razvitie-bssr-v-seredine--h-gg.html.

61. Фрицький О.Ф. Конституційне право України : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2002. 536 с.

62. Фролов Ю.М. Економічні права і свободи людини і громадянина в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / кер. роботи В.Ф. Погорілко ; Нац. ун.-т «Одеська юридична академія». Одеса, 2005. 20 с.

63. Хозяйственное право Украины : учебник / за ред. А.С. Васильєва, О.П. Подцерковного. Харків : Одиссей, 2006. 496 с.

64. Хозяйственное право : учебник / Под общ. ред. акад. Мамутова В.К. Киев : Юринком Интер, 2002. 970 с.

65. Хрестоматія з історії держави і права України у 2-х томах. Київ, 1997.

66. Хрестоматія з історії держави і права України : навч. посіб. / Упоряд.: А.С. Чайковський, О.Л. Копиленко, В.М. Кривоніс, В.В. Свистунов, Г.І. Трофанчук. Київ : Юрінком Інтер, 2003. 656 с.

67. Хрестоматія з правознавства : навч. посіб. / Уклад. Л.О. Лоха, О.Д. Наровлянський. Київ : Юрінком Інтер, 2003. 736 с.

68. Цивільний Кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. *Відомості Верховної Ради України.* 2003. № 40-44. Ст. 356. Поточна редакція від 19.06.2021 р.

DOI https://doi.org/10.36059/978-966-397-237-4-8

Рябовол Л. Т.,
доктор педагогічних наук, професор,
професор кафедри державно-правових дисциплін та
адміністративного права
Центральноукраїнського державного педагогічного університету
імені Володимира Винниченка,
м. Кропивницький

СИСТЕМА АНТИДИСКРИМІНАЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Анотація. *У розділі визначено поняття та елементи дискримінації, сутність принципу недискримінації. Антидискримінаційне законодавство України розглянуто як систематизовану сукупність (систему) актів різного правового характеру, а саме вітчизняних нормативно-правових актів різної юридичної сили (Конституція України, Закони України, підзаконні акти) та міжнародних документів, ратифікованих Україною. Міжнародні акти нині досліджено як узгоджений комплекс, що охоплює документи ООН, акти Ради Європи та акти ЄС. Встановлено, що особливе місце у цьому комплексі посідає практика ЄСПЛ, врахування якої є обов'язковим для національних судів у процесі розгляду справ відповідної категорії. Констатовано, що ступінь імплементації основних положень цих документів зумовлює рівень ефективності вітчизняного законодавства про запобігання та протидію дискримінації. Окреслено напрями його удосконалення.*

Вступ

Підвищення ефективності діяльності з утвердження й забезпечення прав та свобод людини і громадянина, налагодження дієвих механізмів їх реалізації, гарантування й захисту – пріоритетний напрям функціонування сучасної демократичної, соціальної, правової держави. Забезпечення прав та свобод людини як першочергове завдання разом із завданнями щодо зміцнення національної безпеки, подолання економічної та екологічної кризи, реформування державного управління залишається головним обов'язком держави та має

визначати зміст і спрямованість її діяльності, що зазначено в Національній Стратегії у сфері прав людини (далі – Стратегія). Забезпечення пріоритетності прав і свобод людини позиціонується у цьому документі як визначальний чинник формування та реалізації державної політики, здійснення повноважень органів державної влади та місцевого самоврядування, ведення господарської діяльності. Значення Стратегії нині полягає в тому, що вона спрямована на об'єднання суспільства з питань розуміння цінностей прав і свобод людини, забезпечення й захист яких здійснюється на основі принципів рівності та недискримінації [30].

Перелік прав та свобод, закріплений у Конституції України, є ширшим, ніж такі переліки у Конвенції про захист прав та основоположних свобод і Хартії основних прав ЄС разом, що встановила М.О. Фокіна [39, с. 11], однак у контексті їх забезпечення актуальною залишається проблема дискримінації. Як справедливо зазначає З.П. Равлінко, найбільш яскраво дискримінація проявляється в тих відносинах, у яких сторони фактично нерівні, зокрема у трудових, адміністративно-правових відносинах між особами та органами державної виконавчої влади [23, с. 92]. Факти дискримінації є в нашому повсякденному та професійному житті, приватній та публічній сферах, проте багато людей не помічають їх, отже, не кваліфікують як такі, на що вказує Т. Фулей [22, с. 5]. Як зазначено у звіті «Вирішення проблеми дискримінації та нерівності в Україні», «реалії дискримінації та нерівності є такими, що їхні прояви так само численні і різноманітні, як і населення України. Кожна людина матиме власний досвід дискримінації та нерівності, що виникають у різних сферах життя, в різних обставинах, у взаємодії з різними особами, установами чи організаціями і в результаті будь-якого аспекту її ідентичності або будь-якої комбінації цих аспектів» [3, с. 16].

Вирішення проблеми дискримінації вимагає вжиття комплексу заходів із запобігання та протидії цьому ганебному явищу. План дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на 2021–2023 роки (далі – План дій) передбачає вжиття відповідних заходів у таких напрямах, як удосконалення вітчизняного законодавства у сфері забезпечення прав людини, зокрема подальше приєднання України до міжнародних договорів щодо заборони дискримінації; підвищення кваліфікації суддів, прокурорів, поліцейських, державних службовців з питань

застосування антидискримінаційного законодавства; проведення інформаційно-просвітницької роботи щодо прав людини, механізмів їх реалізації, захисту та відновлення [28]. Виходячи з § 8 «Запобігання та протидія дискримінації» Стратегії, зазначаємо, що саме удосконалення законодавства України у сфері запобігання та протидії дискримінації є обов'язковою умовою ефективного вирішення цієї проблеми [30]. Не можна не погодитися з твердженням С. Ковбасюка про те, що саме недосконалість/недієвість антидискримінаційного законодавства – одна з перешкод на шляху європейської інтеграції України [11, с. 259].

Антидискримінаційне законодавство, у тому числі національні й міжнародні акти та відповідна практика Європейського Суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), були предметом досліджень фахівців з різних юридичних наук, зокрема теорії та історії держави і права, конституційного, адміністративного, трудового, кримінального, міжнародного права. Відповідний аналіз переважно в контексті вивчення сутності принципу недискримінації проводили О.-М. Бачинська, О.Р. Дашковська, Н.В. Дрьоміна-Волок, О.С. Калмикова, В.В. Лемак, Р.Я. Мандель, Ю.К. Мороз, Л.О. Нікітенко, О.З. Панкевич, С.П. Погребняк, Г.О. Христова, С.В. Шевчук та інші науковці. Загалом це питання досліджено достатньо ґрунтовно, проте у доступних нам наукових працях повною мірою не реалізовано системний підхід, чим зумовлені тема й мета наукової роботи, що полягає в розгляді національного антидискримінаційного законодавства як комплексу актів різного характеру та юридичної сили. Саме забезпечення комплексності законодавства у сфері запобігання та протидії дискримінації з урахуванням найкращого міжнародного, у тому числі європейського, досвіду та реальних викликів у сфері прав і свобод людини в Україні позиціонується в Стратегії як одне з важливих завдань у цій сфері, в основу розв'язання якого, крім інших, мають бути покладені заснований на правах людини та антидискримінаційний підходи [30].

1. Права та свободи людини. Дискримінація. Принцип недискримінації. Антидискримаційне законодавство як система

Як явище соціального й політико-правового життя права та свободи людини пройшли тривалий і складний шлях свого становлення, однією з детермінант якого була й залишається

дискримінація. Більш того, за різних історичних умов та обставин саме дискримінаційні підходи держава стимулювала і як активний розвиток прав та свобод людини, і як легалізацію цього інституту, тобто визнання офіційного факту їх існування та юридичне закріплення. У результаті узагальнення конституційної практики зарубіжних країн М.О. Фокіна дійшла висновку, що концепція прав людини в кожній з них формувалася під впливом відповідної культури, релігії, моралі, філософії, отже, не може бути єдиною для всіх держав і суспільств, тому посідає особливе місце у світовій правовій культурі. Ця концепція виникла в західних країнах та знайшла своє закріплення в їх конституціях. Нині ідея прав людини є універсальною і набула поширення практично в усіх державах, як правило, з урахуванням відповідної національної своєрідності [39, с. 8].

Права та свободи людини вже були предметом наших досліджень. У попередніх працях права та свободи, зокрема конституційні, визначено нами як закріплені в Конституції та гарантовані державою можливості кожної людини і громадянина вільно й самостійно вибирати вид і міру своєї поведінки, користуватися наданими соціальними благами в особистих та загальних інтересах; є основою конституційно-правового статусу. До їх суттєвих ознак віднесено те, що вони життєво важливі й необхідні як для окремої людини, так і для нормального функціонування суспільства й держави; закріплюються за кожною людиною; рівні та єдині для всіх; мають найвищий юридичний захист; реалізуються за певним механізмом тощо [35, с. 17].

Інститут прав та свобод людини – один з основних інститутів як конституційного права України, так і державного права зарубіжних країн. Поділяємо наукову позицію М.О. Фокіної, що інститут прав та свобод людини – система базових норм і принципів, які закріплені на конституційному і законодавчому рівнях, встановлюють правовий статус особи, регулюють її відносини з державою та гарантують права особи в цих відносинах. Погоджуємося з висновком ученої, що цей інститут є комплексним, а його складовими частинами є норми, які визначають основні права та свободи людини й громадянина, їх види, механізми реалізації та гарантування [39, с. 5, 9].

За сферою життя та діяльності особи, змістом (характером) суспільних відносин, у які особа може вступати, конституційні права і свободи традиційно поділяються на особисті, політичні,

соціально-економічні та культурні. Основу системи конституційних прав і свобод людини й громадянина закладають особисті права (права людини). В державному праві зарубіжних країн їх поділяють на такі, що захищають людину від свавілля з боку інших осіб, і ті, які захищають її від свавілля з боку держави, хоча такий поділ є умовним. Політичні права належать переважно громадянину, тобто особі як члену певного політичного співтовариства. Основним серед них є виборче право – право обирати і бути обраним до органів державної влади та органів місцевого самоврядування, яке дає змогу особі брати участь в управлінні суспільними й державними справами. Соціально-економічні права визначають можливості людини і громадянина в соціальній та економічній сферах. Фундаментальним, на якому ґрунтуються всі інші права цієї групи, є право на приватну власність [34, с. 175, 176]. Культурні права – це можливості доступу особи до культурних, духовних надбань, цінностей свого народу та усього людства, чим забезпечується вільний культурний розвиток особистості.

Нині обґрунтованим видається твердження В.Б. Ковальчука про те, що права людини є критерієм легітимності державної влади. Як невідчужувані вони є засобом контролю і самообмеження влади, постають як незалежні стандарти, дотримання/недотримання державою яких є підставою для критики державних інституцій та законодавства громадянським суспільством, як вважає вчений, та підсумовує, що якщо держава нехтує правами і свободами людини, то вона втрачає легітимність, як і акти, видані нею [10, с. 335].

Потенційно носії названих прав у процесі їх реалізації можуть зазнавати неправомірних посягань, різноманітних утисків. Отже, недостатньо задекларувати права й свободи навіть на найвищому конституційному рівні, держава має їх гарантувати, тобто створити систему умов і засобів, власне гарантій, необхідних і достатніх для реалізації кожною особою своїх конституційних прав і свобод. Відповідна система має охоплювати економічні, політичні, організаційні та правові гарантії. У рамках нашого дослідження зупинимось безпосередньо на правових. Основним серед них є конституційний принцип, закріплений у ст. 3 Конституції України, згідно з яким «людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії

визначають зміст і спрямованість діяльності держави». Істотним є значення наступних конституційних приписів: «усі люди є вільними і рівними у своїй гідності та правах» (ст. 21); «громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом; не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками» (ст. 24) [18]. Як видно з наведених норм, в Основному Законі не використовується термін «дискримінація», однак прямо вказується на недопустимість привілеїв та обмежень, що загалом відповідає міжнародним актам у сфері прав людини, у тому числі щодо рівності.

Слід акцентувати увагу на тому, що свобода й рівність як основні принципи правового статусу людини знайшли своє закріплення в конституціях майже всіх держав світу. При цьому як юридична категорія рівність має декілька аспектів, таких як рівність прав і свобод кожної людини; рівність усіх перед законом; рівність усіх перед судом [34, с. 176]. Рівність прав і свобод означає, що всі люди мають однаковий (рівний) їх обсяг, права та свободи однаковою мірою належать усім особам незалежно від статі, раси, політичних, релігійних, інших переконань, етнічного, соціального походження, майнового стану тощо. Рівність усіх перед законом і судом передбачає, що всі положення законодавства однаковою мірою поширюють свій нормативний вплив на кожну особу, у тому числі, під час здійснення судочинства.

Результати аналізу міжнародних актів щодо забезпечення прав людини будуть викладені у § 2, зараз лише заначимо, що принцип заборони дискримінації (недискримінації) позиціонується в них у взаємозв'язку з принципом рівності всіх осіб перед законом та рівного захисту за законом, тому переважно ці принципи вчені розглядають у сув'язі. У науковій літературі репрезентовано різні підходи до їх співвідношення, а саме принцип недискримінації ототожнюють з принципом рівності; перший розглядають як похідний від другого; обстоюють самодостатність цих принципів. О.З. Панкевич, наприклад, вважає, що вимога недискримінації є складовою частиною загальноправової засади рівності, яка, однак, не вичерпується лише цією вимогою, оскільки необхідність диференціації юридичного регулювання покликана також забезпечувати фактичну («повну й реальну») рівність [21, с. 327].

На думку О.-М. Бачинської, ці принципи різняться за своєю сутністю. Так, якщо принцип рівності – це забезпечення рівних умов для реалізації особою належних їй прав, свобод і обов'язків, то принцип недискримінації – це неприпустимість обмеження прав та свобод людини у зв'язку з її соціальними чи антропологічними якостями [2, с. 167]. В будь-якому разі не можна не погодитися із думкою З.П. Равлінко про те, що принципи правової рівності й заборони дискримінації тісно взаємопов'язані, доповнюють один одного, позаяк правова рівність – основа правового статусу учасників суспільних відносин, а заборона дискримінації як принцип – додаткова гарантія правової рівності [32, с. 86]. Нині слід акцентувати увагу на тому, що принцип рівності необхідно відрізняти від принципу рівного ставлення, проголошеного у багатьох документах ЄС.

У звіті/доповіді «Вирішення проблем дискримінації та нерівності в Україні» репрезентовано уніфіковану систему прав людини щодо рівності, в рамках якої невід'ємною у здійсненні всіх прав людини є рівність. Ця система покликана подолати фрагментацію в законодавстві та політиці з питань рівності. Її репрезентовано як цілісний комплекс нерівностей, у якому кожний тип нерівності є унікальним, водночас різні типи нерівностей мають загальні аспекти. В рамках цієї системи інтегровано такі типи нерівності, як нерівності за ознаками раси, статі, релігії, інвалідності, стану здоров'я (зокрема, ВІЛ-статус), сексуальної орієнтації та ґендерної ідентичності, етнічної приналежності, національного походження і кольору шкіри, національності та громадянства, мови, релігії, віку (зокрема, уразливий стан дітей), а також дискримінація за сукупністю/множинністю ознак; у різних сферах життя – політичній, соціально-економічній, культурній, у тому числі сферах зайнятості, освіти, надання товарів і послуг; статусні та соціально-економічні нерівності [3, с. 2, 29]. У ст. 4 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» визначено такі сфери суспільних відносин, у яких можливі прояви дискримінації, як громадсько-політична діяльність; державна служба та служба в органах місцевого самоврядування; правосуддя; трудові відносини, у тому числі щодо застосування роботодавцем принципу розумного пристосування; охорона здоров'я; освіта; соціальний захист; житлові відносини; доступ до товарів і послуг; інші сфери [27].

В Академічному тлумачному словнику української мови дискримінація – це **о**бмеження або позбавлення прав певних категорій громадян за расовою або національною належністю, політичними й релігійними переконаннями [1, с. 284]. Відповідно до ч. 2 ст. 1 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні», дискримінацією «є ситуація, за якої особа та/або група осіб за їх ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, віку, інвалідності, етнічного та соціального походження, громадянства, сімейного та майнового стану, місця проживання, мовними або іншими ознаками, які були, є та можуть бути дійсними або припущеними, зазнає обмеження у визнанні, реалізації або користуванні правами і свободами в будь-якій формі, встановленій цим Законом, крім випадків, коли таке обмеження має правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними та необхідними» [27].

Загалом дискримінація – це неправове обмеження прав особи за умов відсутності його розумного виправдання та неспівмірності з метою у зв'язку з віком, статтю, кольором шкіри, політичними чи релігійними переконаннями, соціальним станом, іншими підставами, які постають як дискримінаційні ознаки, мотиви. Елементами дискримінації є відмінне ставлення будь-якого прояву; негативний характер; завдання суб'єкту шкоди; значуща ознака, яка в конкретній ситуації постає як дискримінаційна; відсутність суспільно необхідної мети. Отже, дискримінація є тоді, коли суб'єкт зазнав шкоди внаслідок особливого/відмінного негативного ставлення будь-якого характеру за дискримінаційною ознакою без об'єктивного й достатнього обґрунтування, що суперечить суспільній необхідності.

Як явище дискримінація має два аспекти, зазначає З.П. Равлінко, а саме негативний (негативна дискримінація) – необґрунтоване, упереджене і свавільне ставлення до особи, що призводить до порушення основних прав; позитивний (позитивна дискримінація) – різне ставлення у зв'язку з об'єктивною нерівністю певних суб'єктів у суспільному житті задля забезпечення їх формальної рівності [32, с. 52, 55–56, 96]. У цьому контексті логічним видається виокремлення двох видів відповідальності держави перед людиною у разі порушення її прав і свобод, а саме негативної, яка полягає в обов'язку держави компенсувати людині збитки (матеріальні, моральні), завдані

порушенням її прав і свобод державними органами та/або їх посадовими особами; позитивної, за якої держава повинна створювати умови, необхідні для реалізації і захисту прав та свобод людини (В.А. Троян) [38, с. 232].

Акцентуємо увагу на позитивній дискримінації. За визначенням Г.О. Христової, це вжиття спеціальних юридичних заходів (позитивних дій), які спрямовані на усунення дисбалансу між можливостями різних категорій осіб щодо реалізації рівних прав, зумовленого наявністю в суспільстві усталених стереотипів, практик чи традицій; виконують функцію правової компенсації для певних осіб/категорій осіб задля ліквідації наслідків соціальної нерівності [41, с. 14]. У ч. 5 ст. 1 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» позитивні дії визначено як спеціальні тимчасові заходи, що мають правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, спрямовану на усунення юридичної чи фактичної нерівності у можливостях для особи та/або групи осіб реалізовувати на рівних підставах права і свободи, надані їм Конституцією і законами України. Застосування позитивних дій у ст. 7 того ж Закону віднесено до основних напрямів державної політики щодо запобігання та протидії дискримінації разом із недопущенням дискримінації, створенням умов для своєчасного виявлення фактів дискримінації та забезпечення ефективного захисту осіб та/або груп осіб, які постраждали від неї, а також вихованням і пропагандою серед населення поваги до осіб/груп осіб незалежно від їх певних ознак [27].

У ст. 2 того ж Закону визначено сутність принципу недискримінації, яка виявляється в тому, що незалежно від певних ознак осіб та/або груп осіб, їм має бути забезпечено рівність прав та свобод; рівність перед законом; повагу до гідності кожної людини; рівні можливості. Той самий Закон оперує також терміном «заборона дискримінації», сутність якого у ст. 6 теж розкривається через категорії «рівні права і свободи» та «рівні можливості для їх реалізації», що їх повинні мати всі особи незалежно від певних ознак відповідно до Конституції України, загальновизнаних принципів і норм міжнародного права та міжнародних договорів України [27]. Аналіз наведених положень дає підстави стверджувати, що законодавець чітко не розмежовує принцип недискримінації та заборону дискримінації, скоріше, використовує відповідні категорії як синонімічні.

Щодо національного антидискримінаційного законодавства як системи зазначимо, що питання системи законодавства у різних сферах уже були предметом наших досліджень. Так, систему законодавства про наукову і науково-технічну діяльність нами розглянуто як цілісну, ієрархічну сукупність взаємоузгоджених і таких, що доповнюють і розвивають положення один одного, нормативно-правових актів, а саме Конституції України, Законів України, підзаконних актів, міжнародних і регіональних актів, міжнародних договорів України [36, с. 4]; систему законодавства про правову освіту населення України – як систематизовану сукупність нормативно-правових актів різної юридичної сили, складниками якої є Конституція України, Закони України, підзаконні нормативно-правові акти, міжнародні і регіональні акти [37, с. 38].

Досліджуючи антидискримінаційне законодавство, вважаємо доцільним реалізувати аналогічний підхід, що повною мірою узгоджується з приписами Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні», згідно зі ст. 3 якого «законодавство про запобігання та протидію дискримінації складається з Конституції України, цього Закону та інших нормативно-правових актів. Якщо міжнародним договором України, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені цим Законом, застосовуються правила міжнародного договору» [27]. Вважаємо, що наведене визначення потребує вдосконалення щодо складників антидискримінаційного законодавства, та пропонуємо розглядати його як систематизовану сукупність вітчизняних нормативно-правових актів різної юридичної сили, а також міжнародних, у тому числі європейських, документів, ратифікованих Україною, адже, відповідно до ч. 1 ст. 9 Конституції України, «чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України» [18], а згідно зі ст. 2 Закону України «Про міжнародні договори України», міжнародним договором України є документ, укладений у письмовій формі з іноземною державою або іншим суб'єктом міжнародного права, який регулюється міжнародним правом; міжнародним є договір України незалежно від того, міститься він в одному чи декількох пов'язаних між собою документах, а також від його конкретного найменування (договір, угода, конвенція, пакт, протокол тощо) [29].

2. Міжнародні акти як правова основа становлення системи антидискримінаційного законодавства України

Передусім звернемося до Загальної декларації прав людини – документа, який є осередком формування системи міжнародних актів щодо забезпечення прав та свобод людини. Дискримінація у ньому розглядається на таких різних рівнях:

– загальний рівень; так, у ст. 2 зазначено, що кожна людина повинна мати всі права і всі свободи, проголошені Декларацією; нині визначено дві групи відповідних критеріїв, а саме певні риси самої особи (раса, колір шкіри, стать, мова, релігія, політичні або інші переконання, національне чи соціальне походження, майнове або інше становище); статус (політичний, правовий, міжнародний) країни або території, до якої людина належить (чи є ця територія незалежною, підопічною, несамоврядованою або інакше обмеженою у своєму суверенітеті); незалежно від конкретної ознаки особи або статусу території не повинно проводитися ніякого розрізнення; у ст. 7 наголошено на тому, що всі люди є рівними перед законом і мають право без будь-якої різниці на рівний захист законом, а також право на рівний захист від будь-якої дискримінації і будь-якого підбурювання до неї;

– рівень окремих прав; так, згідно зі ст. 23, кожна людина без будь-якої дискримінації має право на працю, вільний вибір роботи, справедливі і сприятливі умови праці, захист від безробіття, рівну оплату за рівну працю;

– рівень окремих прав і визначених категорій осіб, зокрема, відповідно до ст. 16, чоловіки і жінки, які досягли повноліття, без будь-яких обмежень за ознакою раси, національності або релігії мають право одружуватися і засновувати сім'ю, при цьому вони користуються однаковими правами щодо одруження під час шлюбу та під час його розірвання [8].

До документів ООН, які становлять частину анти-дискримінаційного законодавства України, належать також Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації (ратифікована Україною 21 вересня 1969 року), Конвенція про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок (ратифікована 12 березня 1981 року), Конвенція про права осіб з інвалідністю (ратифікована 16 грудня 2009 року), Конвенція про права дитини (ратифікована 27 лютого 1991 року) тощо.

Під расовою дискримінацією ООН розуміє будь-яке розрізнення, виняток, обмеження чи перевагу, що ґрунтується на

ознаках раси, кольору шкіри, родового, національного чи етнічного походження, мета/наслідок яких полягає у знищенні або применшенні визнання, використання чи здійснення на рівних засадах прав людини та основних свобод у політичній, економічній, соціальній, культурній, інших галузях суспільного життя. Держави-учасниці Конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації мають засуджувати такі дії та всіма можливими способами проводити політику ліквідації всіх форм расової дискримінації, а також сприяти взаєморозумінню між усіма расами [20].

У Конвенції щодо дискримінації в галузі праці та занять МОП дискримінація також тлумачиться як «будь-яке розрізнення, недопущення або перевага, що робиться за ознакою раси, кольору шкіри, статі, релігії, політичних переконань, іноземного походження або соціального походження і призводить до знищення або порушення рівності можливостей чи поводження в галузі праці та занять» [17].

Конвенція про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок популяризує модель «дійсної рівності», елементами якої є рівність можливостей щодо рівного доступу жінок до всіх ресурсів країни, що має гарантуватися законодавством і політикою держави та забезпечуватися відповідними механізмами й інститутами; рівність у доступі до можливостей, тобто держава зобов'язана забезпечити відсутність перешкод щодо реалізації жінками своїх прав; рівноцінність результатів (показником ефективності виконання державами-учасницями цієї Конвенції є те, наскільки дії влади приводять до реальної зміни становища жінок) [22, с. 77–78].

Дискримінація за ознакою інвалідності, відповідно до Конвенції про права осіб з інвалідністю, – це будь-яке розрізнення, виключення чи обмеження з причини інвалідності, метою або наслідком якого є применшення або заперечення визнання, реалізації або здійснення нарівні з іншими всіх прав людини й основоположних свобод у політичній, економічній, соціальній, культурній, цивільній чи будь-якій іншій сфері [13].

У ст. 2 Декларації про ліквідацію всіх форм нетерпимості та дискримінації на основі релігії чи переконань зазначено, що ніхто не повинен піддаватися дискримінації на основі релігії або переконань з боку будь-якої держави, установи, осіб або груп осіб. Нетерпимість та дискримінація на основі релігії чи переконань

у цьому документі визначено як будь-яке розрізнення, виняток, обмеження або надання переваги, яке ґрунтується на релігії або переконаннях та має на меті або своїм наслідком знецінення/ зменшення визнання, використання або здійснення на основі рівності прав людини та основних свобод [5].

Ухвалюючи Конвенцію про боротьбу з дискримінацією в галузі освіти, ООН виходила з того, що у цій галузі необхідним є викорінення будь-якої дискримінації, а також заохочення рівних можливостей для всіх та рівного до всіх ставлення. У ст. 1 цього документа дискримінацію визначено, як і у згаданих вище актах ООН, як таку, що охоплює будь-яке розрізнення, виняток, обмеження або надання переваги за ознаками раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних або інших переконань, національного або соціального походження, економічного стану або народження, що має на меті або своїм наслідком порушення рівності у відносинах в галузі освіти, при цьому йдеться про всі типи та ступені освіти, доступ до освіти, якість та умови навчання [16].

Як бачимо, у документах ООН дискримінація незалежно від ознаки, за якою вона здійснюється, розглядається як розрізнення, метою та/або наслідком якого є порушення рівності, рівних можливостей.

Антидискримінаційні норми Загальної декларації прав людини та Конвенцій ООН своє логічне продовження і закріплення знайшли в документах Ради Європи (далі – РЄ), передусім Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – ЄКПЛ) (ратифікована Україною 17 вересня 1997 року). Виходячи зі ст. 14 «Заборона дискримінації» цього акта, зазначаємо, що користування правами та свободами, визнаними в ній, має забезпечуватися без дискримінації незалежно від таких ознак, як стать, раса, колір шкіри, мова, релігія, політичні чи інші переконання, національне чи соціальне походження, майновий стан, належність до національних меншин [12].

Закріплення РЄ антидискримінаційних вимог на конвенційному рівні є надзвичайно важливим кроком на шляху формування системи відповідного європейського законодавства. Водночас не можна не погодитися зі вченими, які вказують на недоліки ЄКПЛ як джерела антидискримінаційного законодавства. О.З. Панкевич, наприклад, справедливо зазначає, що цей акт не містить визначення поняття дискримінації, а його тлумачення ускладнено

тим, що офіційні (франкомовний та англомовний) варіанти тексту цього акта мають термінологічні розбіжності у формулюванні статті 14. Остання також не містить загальної заборони дискримінації, обмежуючись метою забезпечення користування без дискримінації правами та свободами, закріпленими в ЄКПЛ. Згаданий учений позначає таке формулювання ст. 14 як обмежене, «урізане», що у практиці застосування, передусім у практиці Європейського Суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), виявило свою недостатність, «неповноцінність», «несамостійне» значення ст. 14 та спричинило необхідність прийняття Протоколу № 12 до ЄКПЛ [21, с. 333].

У ст. 1 Протоколу № 12 (ратифіковано Україною 9 лютого 2006 року) проголошено загальну заборону дискримінації, продубльовано перелік ознак, закріплених у ст. 14 ЄКПЛ та зазначено, що здійснення будь-якого права, передбаченого законом, забезпечується без дискримінації за цими ознаками, а також акцентовано увагу на тому, що за будь-якою з цих ознак ніхто не може бути дискримінований будь-яким органом державної влади. Виходячи зі змісту цієї статті, зазначаємо, що від сторін вимагається забезпечення без дискримінації за будь-якою ознакою прав, передбачених як ЄКПЛ, так і національним законодавством. У цьому Протоколі принцип загальної заборони дискримінації (недискримінації) позиціонується у взаємозв'язку з принципом рівності всіх осіб перед законом та рівного захисту за законом як основоположного принципу [31].

Заборону дискримінації на рівні окремих прав та/або визначених категорій осіб закріплено у спеціальних актах РЄ, наприклад, у Рамковій Конвенції про захист національних меншин (ратифікована Україною 9 грудня 1997 року). Виходячи з її змісту, сторони зобов'язуються гарантувати особам, які належать до національних меншин, право рівності перед законом та право на рівний правовий захист, у зв'язку з чим заборонено дискримінацію за ознакою приналежності до національної меншини (ст. 4); вживати заходів для захисту осіб, які можуть стати об'єктами погроз або актів дискримінації, ворожого ставлення чи насильства за ознакою їх етнічної, культурної, мовної або релігійної самобутності (ч. 2 ст. 6); в рамках своїх правових систем забезпечувати, щоб особи, які належать до національної меншини, не дискримінувалися в їх доступі до засобів масової інформації (ст. 9) [33].

Складником національного антидискримінаційного законодавства є також Європейська соціальна хартія (ратифікована Україною 14 вересня 2006 року), у ст. 20 якої закріплено право усіх працівників на рівні можливості та рівне ставлення у вирішенні питань працевлаштування і професії без диск римінації за ознакою статі. Забезпечувати ефективне здійснення цього права сторони зобов'язуються у таких напрямах, як працевлаштування, захист від звільнення, професійна реінтеграція, орієнтація, підготовка, перепідготовка, перекваліфікація; умови працевлаштування і праці, у тому числі винагорода; професійний ріст, просування по службі. У ст. 27 цього акта закріплено право працівників із сімейними обов'язками (жінок та чоловіків, які працюють) на рівні можливості і рівне ставлення до них [7].

Принцип недискримінації проголошено також у ст. 3 Конвенції Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми (ратифікована Україною 21 вересня 2010 року), зокрема передбачено гарантоване вжиття заходів для захисту й підтримки прав жертв без дискримінації за будь-якою ознакою з переліку, закріпленого у ст. 14 ЄКПЛ [15].

Не можна залишити поза увагою Додатковий протокол до Конвенції про кіберзлочинність, який стосується криміналізації дій расистського та ксенофобного характеру, вчинених через комп'ютерні системи (ратифікована 21 липня 2006 року). Виходячи зі ст. 2 документа, зазначаємо, що расистським та ксенофобним є будь-який письмовий матеріал, зображення чи інше представлення ідей/теорій, що захищає, сприяє або підбурює до ненависті, дискримінації чи насильства проти будь-якої особи або групи осіб за ознаками раси, кольору шкіри, національного або етнічного походження, а також віросповідання, якщо вони використовуються як привід для будь-якої з цих дій. Відповідними формами у ст. ст. 4, 5 визначено погрозу та образу з расистських та ксенофобних мотивів. Цим Протоколом сторонам рекомендовано на законодавчому рівні визнати такі дії злочинними та передбачити за їх вчинення кримінальну відповідальність [6].

Однією з останніх, ратифікованих Україною від 20 травня 2020 року, а також такою, що розширила систему вітчизняного антидискримінаційного законодавства, є Конвенція Ради Європи про доступ до офіційних документів, відповідно до ст. 2 якої кожному без дискримінації за будь-якою ознакою за вимогою гарантується право на доступ до офіційних документів, що знаходяться в розпорядженні державних органів [14].

Окрему групу актів, спрямованих на боротьбу з дискримінацією, становлять акти Європейського Союзу (далі – ЄС). Акцентуємо увагу на Хартії основних прав Європейського Союзу, ст. 14 «Недопущення дискримінації» якої містить пряму заборону будь-якої дискримінації, зокрема за ознаками статі, раси, кольору шкіри, етнічного або соціального походження, генетичних характеристик, мови, релігії або переконань, політичних або інших поглядів, приналежності до національної меншини, майнового стану, походження, обмеженої працездатності, віку або сексуальної орієнтації [40]. Як видно з документа, ЄС визначає вичерпний перелік ознак як потенційних підстав для дискримінації, на відміну від актів ООН та РЄ, у яких цей перелік не є вичерпним. Крім того, перелік ознак як підстав для дискримінації в цій Хартії дещо відрізняється від тих, які закріплені у документах ООН та РЄ.

Фахівці застерігають, що європейське антидискримінаційне право – це лише на перший погляд єдина загальноєвропейська система правил протидії дискримінації. Воно складається з різних за своїм характером і сутністю компонентів, які виникли в різний час і з різних причин, особливе значення серед яких мають право ЄКПЛ та право ЄС, які взаємодоповнюють одне одного. На наш погляд, достатньо точним і лаконічним є визначення поняття європейського антидискримінаційного права як сукупності статті 14 ЄКПЛ та Протоколу № 12 до ЄКПЛ, а також антидискримінаційних директив ЄС, якими забороняється дискримінація в різних контекстах і на різних підставах [23, с. 11, 12, 196].

Нині європейське антидискримінаційне право має істотне практичне значення, яке полягає в тому, що національні суди та органи влади можуть посилатися безпосередньо на європейські антидискримінаційні інструменти та практику ЄСПЛ. У розвитку концепції недискримінації в Україні практика ЄСПЛ відіграє особливу роль, більш того, її врахування є обов'язковим. Так, відповідно до ч. 1 ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», суди під час розгляду справ як джерело права застосовують ЄКПЛ та практику ЄСПЛ [24].

Узагальнення правових позицій ЄСПЛ щодо дискримінації та принципу недискримінації дало змогу О.Р. Дашковській зробити такі висновки: принцип недискримінації не означає заборону

різного ставлення під час здійснення прав і свобод, натомість таке різне ставлення має спрямовуватися виключно на коригування фактичної нерівності; дискримінація – це застосування без об'єктивних і розумних підстав різного ставлення до осіб, які перебувають в однаковій ситуації, та однакового ставлення до осіб, які перебувають у різному становищі під час здійснення одного й того ж права, при цьому підставою або мотивом дискримінаційного ставлення є ознаки (закріплені у ст. 14 ЄКПЛ) особи/групи осіб, за якими вони відрізняються від інших осіб/груп осіб [4, с. 124–125]. О.З. Панкевич теж вказує на те, що в динамічній інтерпретації ЄСПЛ дискримінація розглядається як застосування без об'єктивного чи розумного обґрунтування різного підходу до осіб, які знаходяться в аналогічних ситуаціях, а також однакове поводження з особами, які перебувають в абсолютно різних ситуаціях [21, с. 331].

Саме такий підхід вітчизняні вчені реалізують в авторських визначеннях. Наприклад, принцип недискримінації – загальновизнана норма міжнародного права, сутність якої полягає в забороні різного правового становища людей (володіння ними неоднаковим обсягом прав і свобод), якщо така відмінність заснована на їх природних або соціальних ознаках та/або порушує правову рівність людей як гарантовану державою рівну можливість реалізувати однаковий обсяг прав і свобод (О.С. Калмикова) [9, с. 154]; встановлення в праві заборони на свавільні й необґрунтовані обмеження і переваги за будь-якими ознаками, що може призвести/призводить до порушення основних прав і свобод (З.П. Равлінко) [32, с. 90].

Важливою для України є також вироблена ЄСПЛ доктрина позитивних зобов'язань держави, сутність якої полягає в тому, що держави мають вживати заходів із захисту прав людини, зокрема щодо усунення фактичних та юридичних перешкод у їх реалізації, що, власне, є їх позитивними зобов'язаннями. В.В. Лемак та А.Ю. Бадида вказують на те, що ЄСПЛ окреслив межі таких зобов'язань, визначивши відповідні критерії, а саме, виконуючи позитивні зобов'язання, держави мають забезпечувати справедливий баланс між інтересами суспільства загалом та інтересами конкретної особи зокрема; обсяг позитивних зобов'язань держави залежить від конкретної ситуації, яка в ній склалася, зумовлюється ускладненнями, які постали перед нею у сфері управління, зокрема щодо вибору пріоритетів та використання у зв'язку з цим ресурсів; позитивні зобов'язання не

мають передбачати покладання на органи державної влади нездійсненних або невиправдано складних завдань. У рамках нашого дослідження важливим є висновок, якого дійшли згадані вчені, а саме з урахуванням права кожної держави на вільний вибір заходів із реалізації позитивних зобов'язань у сфері забезпечення прав людини одним із першочергових завдань нині є створення законодавства, «яке би втілювало принципи права та спеціалізовані норми національних конституцій і Конвенції, які гарантують права людини», зокрема щодо принципу недискримінації, заборони дискримінації [19, с. 249–250].

Як зазначено у звіті/доповіді «Вирішення проблеми дискримінації та нерівності в Україні», Україна має «дуже хорошу репутацію» щодо міжнародних та європейських угод, «які стосуються прав на рівність і недискримінацію» [3, с. 238, 240]. Підставою для такого твердження є те, що наша держава ратифікувала велику кількість відповідних актів та активно виконує зобов'язання, які взяла на себе у зв'язку з цим. Водночас у цьому напрямі ще необхідно провести значну роботу. Так, відповідно до Плану дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на 2021–2023 роки [28], зокрема, передбачено, що Мінекономіки та МЗС підготують і подадуть Президентові України пропозиції щодо приєднання України до Марракешського договору про полегшення доступу сліпих, осіб з порушеннями зору або іншими обмеженнями з причин інвалідності (іншими обмеженими здібностями) сприймати друковану інформацію до опублікованих творів (про «книги для сліпих»). Його головна мета полягає у встановленні обов'язкових до виконання обмежень і винятків на користь сліпих та осіб з порушеннями зору чи іншими обмеженими здібностями сприймати друковану інформацію. Заплановано також, що Мінсоцполітики, Мін'юст та МЗС підготують пропозиції щодо ратифікації Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (Стамбульської Конвенції). Передбачено також, що в результаті вивчення питання про можливості ратифікації Конвенції МОП про викорінення насильства та домагання у сфері праці № 190 Мінекономіки, МЗС та Уповноважений Верховної Ради України з прав людини (за згодою) подадуть Кабінетові Міністрів пропозиції щодо ратифікації цієї Конвенції. Крім того, Мін'юст, Мінекономіки, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини (за згодою) мають вивчити кращі практики імплементації

положень Керівних принципів ООН з питань бізнесу та прав людини, Десяти принципів Глобального договору ООН, Рекомендації Rec (2016) Комітету Міністрів Ради Європи в Україні тощо, а також за результатами такого дослідження подати Кабінетові Міністрів України відповідні пропозиції.

Екстраполюючи на наше дослідження висновок М.О. Фокіної щодо умов успішного правового регулювання внутрішньодержавних відносин [39, с. 11], можемо стверджувати, що ефективність національного антидискримінаційного законодавства залежить від того, наскільки узгодженими є норми власне вітчизняних актів з міжнародними, позаяк останні пропагують пріоритет загальнолюдських цінностей, повагу до прав людини, необхідність підтримувати міжнародний мир, безпеку і демократію.

3. Вітчизняні нормативно-правові акти щодо запобігання та протидії дискримінації: сучасний стан і перспективи

Антидискримінаційні положення Конституції України охарактеризовані нами у § 1, отже, у рамках цього параграфу розглянемо звичайне вітчизняне законодавство. Слід зазначити, що вітчизняні акти у сфері запобігання та протидії дискримінації певною мірою узгоджені з міжнародними, закріплюють відповідні цінності, зокрема повагу до прав людини і принцип недискримінації, проте експерти висувають до них деякі зауваження.

Передусім звернемося до Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні», який визначає організаційно-правові засади запобігання та протидії диск римінації задля забезпечення рівних можливостей щодо реалізації прав і свобод людини та громадянина. Експерти незалежної міжнародної організації "The Equal Rights Trust", метою якої є протидія дискримінації та просування рівності як засадничого права людини та основного принципу соціальної справедливості, позначили цей Закон як «стислий рамковий», прийнятий «задля дотримання одного з критеріїв, викладених у Плані дій з лібералізації візового режиму «Україна – ЄС»». Експерти констатують, що початково цей Закон не враховував зауваження ЄС, експертів РЄ та міжнародних й українських неурядових організацій і містив певні прогалини й недоліки, на які було вказано експертами. У 2014 році в нього були внесені суттєві зміни, однак окремі зауваження в експертному середовищі залишилися [3, с. 273]. На наш погляд, деякі з них є дискусійними.

Так, C. Ahlund та W. Sorgdrager вказали на те, що у цьому Законі викладено як загальне визначення дискримінації, так і окремі визначення прямої та непрямої дискримінації. Вказуючи на це як на недолік, експерти виходили з того, що «міжнародне право та найкращі практики наполягають на тому, що дискримінація мусить бути визначена як «пряма» або «непряма»», а загальне її визначення «як такої спричиняє ризики плутанини та помилкового тлумачення» [3, с. 275]. Підхід, реалізований вітчизняним законодавцем, однак, не суперечить міжнародним актам, які ми проаналізували у попередніх параграфах, у яких закріплено передусім загальне розуміння дискримінації. До того ж, як зазначають самі експерти, визначення п'яти заборонених форм дискримінації практично ідентичні до визначень, закріплених у різних директивах ЄС щодо боротьбі з дискримінацією [3, с. 275].

У цьому Законі визначено такі форми дискримінації (ст. 5), як пряма дискримінація; непряма дискримінація; підбурювання до дискримінації; пособництво у дискримінації; утиск. Причому позиції 3–5 були відредаговані у 2014 році. У контексті нашого дослідження важливою є ст. 8 цього Закону, відповідно до якої під час розроблення проєктів нормативно-правових актів обов'язково враховується принцип недискримінації; у процесі нормотворення передбачено проведення антидискримінаційної експертизи; її результати обов'язково розглядаються під час прийняття рішення про видання (прийняття) відповідного нормативно-правового акта. У цьому документі викладено перелік суб'єктів, уповноважених у сфері запобігання та протидії дискримінації (Верховна Рада України; Уповноважений Верховної Ради України з прав людини; Кабінет Міністрів України; інші державні органи, органи влади АРК, органи місцевого самоврядування; громадські організації, фізичні та юридичні особи), окреслено обсяг відповідних повноважень, а також відповідальність за порушення законодавства про запобігання та протидію дискримінації [27].

Задля досягнення паритетного становища жінок і чоловіків у всіх сферах життєдіяльності суспільства було прийнято Закон України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків», чим закладено правову основу забезпечення рівних прав та можливостей цих категорій осіб, ліквідації дискримінації за ознакою статі. Актуальність цього Закону підтверджується тим,

що жінки, як зазначено у звіті/доповіді «Вирішення проблеми дискримінації та нерівності в Україні», «є головними жертвами дискримінації за ознакою статі в Україні», що значною мірою «є наслідком збереження патріархальних і патерналістських соціальних норм». У загаданому звіті також зазначено, що в Україні сформована міцна правова база щодо заборони дискримінації за ознакою статі, водночас діють нормативно-правові акти, які містять пряму дискримінацію щодо жінок, або такі, що, «нібито прагнучи їх «захистити», насправді обмежують їх здатність робити вибір, особливо у сфері зайнятості». Непоодинокими є випадки дискримінації жінок під час прийому на роботу, сексуальних домагань на робочому місці, нерівної порівняно з чоловіками оплати праці. Незважаючи на спеціальне кримінальне законодавство, високим також залишається рівень побутового насильства та торгівлі жінками [3, с. 66].

У Законі України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» визначено поняття «дискримінація за ознакою статі», виходячи з якого, можемо виокремити відповідні ознаки цього явища. Отже, цей тип дискримінації позначається тим, що спрямовується на окремих осіб та/або групу осіб за ознаками статі, що були, є та можуть бути дійсними або припущеними. Дискримінація за ознакою статі – це ситуація, за якої ці особи та/або група осіб зазнають обмеження у визнанні, реалізації або користуванні правами й свободами або привілеями. Форми таких обмежень установлені в ст. 5 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні», крім випадків, коли такі обмеження або привілеї мають правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними й необхідними. Цей Закон відповідає міжнародним, у тому числі європейським, стандартам щодо ліквідації дискримінації за ознакою статі, зокрема пропагує модель «дійсної рівності». Нині законодавець уводить поняття ґендерної рівності як рівного правового статусу жінок і чоловіків та рівних можливостей для його реалізації, що дає змогу особам обох статей брати рівну участь у всіх сферах життєдіяльності суспільства. Утвердження ґендерної рівності та недопущення дискримінації за ознакою статі віднесено у ст. 3 цього Закону до основних напрямів державної політики щодо забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків. Відповідно до ст. 6, дискримінація за ознакою статі забороняється [25].

Антидискримінаційні положення містить також Закон України «Про зайнятість населення», у ст. 11 якого закріплено право особи на захист від проявів дискримінації у сфері зайнятості населення. Відповідно до ч. 1 цієї статті, «держава гарантує особі право на захист від будь-яких проявів дискримінації у сфері зайнятості населення за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, членства у професійних спілках або інших об'єднаннях громадян, статі, віку, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками». Згідно з ч. 3 цієї ж статті, «забороняється в оголошеннях (рекламі) про вакансії зазначати обмеження щодо віку кандидатів, пропонувати роботу лише жінкам або лише чоловікам, за винятком специфічної роботи, яка може виконуватися виключно особами певної статі, висувати вимоги, що віддають перевагу одній із статей, а також вимагати від осіб, які працевлаштовуються, надання відомостей про особисте життя» [26].

Вектор розвитку вітчизняного антидискримінаційного законодавства, зокрема щодо забезпечення ще більш повної його узгодженості з міжнародними, у тому числі європейськими, актами щодо запобігання та протидії дискримінації, визначено у Плані дій уряду з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на 2021–2023 роки [28]. Відповідні заходи можемо структурувати/згрупувати залежно від сфери суспільних відносин, в якій ці заходи покликані усунути прояви дискримінації.

Так, у сфері правосуддя заплановано розробити й подати на розгляд Кабінету Міністрів України законопроєкт, спрямований на вирішення системної проблеми щодо надмірної тривалості кримінального й цивільного провадження та обґрунтування відповідних ефективних засобів юридичного захисту (п. 22); забезпечити процесуальні права осіб з інвалідністю, зокрема щодо надання документів та інших матеріалів справи в електронному форматі (п. 23); розробити й подати на розгляд Кабінету Міністрів України проєкт Закону України «Про юстицію, дружню до дитини» та визначити у процесуальному законодавстві спеціальні процедури здійснення правосуддя щодо неповнолітніх (п. 67); розробити законопроєкт про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» щодо введення до складу місцевих загальних судів та апеляційних судів таких суддів, які спеціалізуються на розгляді справ, що виникають із сімейних правовідносин і стосуються захисту прав та законних інтересів дітей (п. 70) тощо.

У сфері трудових відносин заплановано розробити й подати на розгляд Кабінету Міністрів України законопроєкти про покладання на роботодавця обов'язку доказування в суді правомірності рішення, дії чи бездіяльності роботодавця у справах про дискримінацію у сфері праці (п. 31); про внесення змін до Закону України «Про Дисциплінарний статут Національної поліції України» задля включення положень про запобігання випадкам дискримінації за ознакою статі і сексуальних домагань на робочому місці (п. 32); про усунення дискримінаційних положень, які можуть порушувати права (майнові та немайнові) партнерів, котрі не перебувають у шлюбі, і про впровадження інституту зареєстрованого цивільного партнерства (п. 33); про внесення змін до Кодексу законів про працю України, Законів України «Про оплату праці», «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків», «Про колективні договори і угоди» задля зменшення різниці в оплаті праці жінок і чоловіків (п. 34). Крім того, заплановано розроблення й затвердження методичних рекомендацій щодо проведення гендерного аудиту підприємствами, установами та організаціями (п. 35).

У сфері соціального захисту передбачено такі заходи: переглянути державний стандарт соціального супроводу сімей (осіб), які перебувають у складних життєвих обставинах, з урахуванням положень Закону України «Про соціальні послуги» (п. 51); розробити й подати на розгляд Кабінету Міністрів України законопроєкт, у якому відповідно до міжнародних стандартів визначено поняття «підлітки» та «підлітки групи ризику» як вікової групи від 10 до 18 років включно (п. 52), законопроєкт про соціальну підтримку дітей, які постраждали внаслідок воєнних та збройних конфліктів (п. 71); розробити методичні рекомендації щодо надання дітям, розлученим із сім'єю, які не є громадянами України, дітям-біженцям, дітям, які потребують додаткового захисту, такої соціальної послуги, як соціально-психологічна реабілітація (п. 74); розробити законопроєкт про внесення змін до Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» (п. 41).

У сфері охорони здоров'я, крім іншого, заплановано на основі принципів міжнародної класифікації функціонування, обмежень життєдіяльності та здоров'я розробити чіткі критерії встановлення інвалідності (п. 58).

У сфері освіти заплановано розробити проєкти постанов Кабінету Міністрів України щодо типології/переліку категорій

освітніх труднощів в осіб з особливими освітніми потребами з огляду на рівень підтримки в освітньому процесі в інклюзивних класах/групах закладів освіти (п. 63); щодо організації інклюзивного навчання в закладах загальної середньої освіти (п. 66); розробити й подати на розгляд Кабінету Міністрів України законопроєкт про внесення змін до Закону України «Про освіту» щодо вдосконалення законодавства з протидії булінгу стосовно удосконалення суб'єктного складу учасників булінгу (п. п. 68–69); законодавчо закріпити критерії та індикатори щодо дотримання прав людини в освітньому процесі, які слід враховувати під час проведення інституційного аудиту в закладах загальної середньої освіти (п. 91).

Передбачено комплекс заходів задля удосконалення законодавства щодо забезпечення прав та свобод різних категорій осіб, які перебувають на тимчасово окупованих територіях України, є внутрішньо переміщеними особами, постраждали внаслідок збройної агресії Російської Федерації проти України (стосується, зокрема, «множинної дискримінації») (п. п. 71–88).

Заплановано заходи щодо унеможливлення дискримінації за ознакою національної приналежності, зокрема удосконалити нормативно-правове регулювання реалізації прав національних спільнот (п. 47); розробити й подати на розгляд Кабінету Міністрів України проєкт Закону України «Про корінні народи в Україні» (п. 46).

Введення низки антидискримінаційних приписів передбачено в Кримінальний кодекс та Кримінальний процесуальний кодекс України (п. п. 1, 4 тощо), Кодекс України про адміністративні правопорушення (п. 14). Пунктом 28 Плану дій передбачено розроблення законопроєкту про внесення змін до Кримінального кодексу України, зокрема, щодо уніфікації використання терміна «нетерпимість» та обов'язкового врахування мотивів нетерпимості за такими ознаками, як колір шкіри, раса, національна або етнічна належність, релігійні та/або ідеологічні переконання, сексуальна орієнтація, гендерна ідентичність, інвалідність, мова, місце проживання, інші ознаки в разі призначення покарання за злочин.

Висновки

Отже, дискримінація – це неправове обмеження прав особи за умов відсутності його розумного виправдання та неспівмірності з метою у зв'язку з віком, статтю, кольором шкіри, політичними чи релігійними переконаннями, соціальним станом, іншими ознаками особи/груп осіб, що постають як підстави дискримінації. Елементами дискримінації є відмінне ставлення будь-якого прояву; негативний характер; завдання суб'єкту шкоди; значуща ознака, яка в конкретній ситуації постає як дискримінаційна; відсутність суспільно необхідної мети. Сутність принципу недискримінації полягає в тому, що незалежно від певних ознак осіб та/або груп осіб їм має бути забезпечено рівність прав та свобод; рівність перед законом; повагу до гідності кожної людини; рівні можливості. Значною мірою сутність принципу недискримінації збігається із змістом поняття «заборона дискримінації».

Антидискримінаційне законодавство України – це систематизована сукупність (система) актів різного правового характеру, а саме вітчизняних нормативно-правових актів різної юридичної сили (Конституція України, Закони України, підзаконні акти) та міжнародних документів, ратифікованих Україною. В Основному Законі України не використовується термін «дискримінація», однак прямо вказується на недопустимість привілеїв та обмежень, що загалом відповідає міжнародним актам у сфері прав людини щодо рівності та недискримінації.

Як складник системи національного антидискримінаційного законодавства міжнародні акти утворюють узгоджений комплекс, який охоплює документи ООН (Загальна декларація прав людини, Конвенції, Хартії); акти Ради Європи (ЄКПЛ та Протокол № 12 до неї, інші Конвенції); акти ЄС (антидискримінаційні директиви, Хартія основних прав ЄС). Особливе місце в цьому комплексі посідає практика ЄСПЛ, врахування якої є обов'язковим для національних судів у процесі розгляду справ відповідної категорії. У сукупності акти ООН та європейське антидискримінаційне право є підґрунтям для вдосконалення вітчизняних нормативно-правових актів щодо запобігання та протидії дискримінації, визначають вектор подальшого розвитку й удосконалення відповідного законодавства для ефективного запобігання та протидії дискримінації у сферах правосуддя, освіти, охорони здоров'я, соціального захисту, захисту прав національних меншин, жінок, дітей тощо.

Список використаних джерел:

1. Академічний тлумачний словник : словник української мови : в 11 т. Т. 2. Київ : Наукова думка, 1971. 550 с.

2. Бачинська О.-М. Співвідношення принципів недискримінації та рівності у праві. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 9. С. 165–168.

3. Вирішення проблеми дискримінації та нерівності в Україні. *The Equal Rights Trust Country Report Series*. Лондон, 2015. 473 с. URL: http://surl.li/aagse.

4. Дашковська О.Р. Міжнародні механізми забезпечення принципу недискримінації. *Актуальні проблеми сучасного міжнародного права* : збірник наукових статей за матеріалами І Харківських міжнародно-правових читань, присвячених пам'яті професорів М.В. Яновського і В.С. Семенова (Харків, 27 листопада 2015 року) : у 2 ч. Харків, 2015. Ч. 1. С. 119–127.

5. Декларація про ліквідацію всіх форм нетерпимості та дискримінації на основі релігії чи переконань : ООН ; Резолюція від 25 листопада 1981 року. URL: http://surl.li/aallu (дата звернення: 20.07.2021).

6. Додатковий протокол до Конвенції про кіберзлочинність, який стосується криміналізації дій расистського та ксенофобного характеру, вчинених через комп'ютерні системи / Рада Європи ; Протокол від 28 січня 2003 року. URL: http://surl.li/aaefa (дата звернення: 20.07.2021).

7. Європейська соціальна хартія : Рада Європи ; Хартія від 3 травня 1996 року. URL: http://surl.li/xano (дата звернення: 19.07.2021).

8. Загальна Декларація прав людини : ООН ; Декларація від 10 грудня 1948 року. URL: http://surl.li/umvi (дата звернення: 19.07.2021).

9. Калмикова О.С. Правова природа принципу недискримінації особистості. *Право та інновації*. 2015. № 4 (12). С. 151–156.

10. Ковальчук В.Б. Громадянські права і свободи людини як основний критерій легітимності та конституційності державної влади. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія: Юридичні науки*. 2017. Вип. 876. № 1. С. 329–337.

11. Ковбасюк С. Напрями інституалізації недискримінації в Україні. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 12. С. 259–265.

12. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : Рада Європи; Конвенція, Міжнародний документ від 4 листопада 1950 року. URL: http://surl.li/aaefd (дата звернення: 19.07.2021).

13. Конвенція про права осіб з інвалідністю : ООН ; Конвенція від 13 грудня 2006 року. URL: http://surl.li/yima (дата звернення: 18.07.2021).

14. Конвенція Ради Європи про доступ до офіційних документів : Конвенція від 18 червня 2009 року. URL: http://surl.li/aaeff https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_858-Text (дата звернення: 19.07.2021).

15. Конвенція Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми : Рада Європи ; Конвенція, Міжнародний документ від 16 травня 2005 року. URL: http://surl.li/aaefi (дата звернення: 19.07.2021).

16. Конвенція про боротьбу з дискримінацією в галузі освіти : ООН ; Конвенція від 14 грудня 1960 року. URL: http://surl.li/aalnn (дата звернення: 19.07.2021).

17. Конвенція щодо дискримінації в галузі праці та занять : МОП ; Конвенція від 25 червня 1958 року № 111. URL: http://surl.li/aalkx (дата звернення: 19.07.2021).

18. Конституція України : Верховна Рада України ; Закон від 26 червня 1996 року № 254к/96-ВР. URL: http://surl.li/gdyl (дата звернення: 16.07.2021).

19. Лемак В., Бадида А. Позитивні зобов'язання держави в контексті розуміння прав людини. *Публічне право*. 2017. № 2 (26). С. 245–253.

20. Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації : ООН ; Декларація від 21 грудня 1965 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_105#Text (дата звернення: 20.07.2021).

21. Панкевич О.З. Захист права людини на недискримінацію у практиці Європейського Суду з прав людини. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2016. № 3. С. 325–335.

22. Порадник із запобігання та протидії дискримінації (Рада Європи). Київ : ФЕНІКС, 2018. 390 с.

23. Посібник з європейського антидискримінаційного права. Українське видання : ТОВ «К.І.С.», 2013. 196 с.

24. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23 лютого 2006 року № 3477-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15#Text (дата звернення: 20.07.2021).

25. Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків : Закон України від 8 вересня 2005 року № 2866-IV. URL: http://surl.li/rclw (дата звернення: 18.07.2021).

26. Про зайнятість населення : Закон України від 5 липня 2012 року № 5067-VI. URL: http://surl.li/aalur (дата звернення: 16.07.2021).

27. Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні : Закон України від 6 вересня 2012 року № 5207-VI. URL: http://surl.li/aaijd (дата звернення: 18.07.2021).

28. Про затвердження Плану дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на 2021–2023 роки : Кабінет Міністрів України ; Розпорядження від 23 червня 2021 року № 756-р. URL: http://surl.li/aagip (дата звернення: 16.07.2021).

29. Про міжнародні договори України : Закон України від 29 червня 2004 року № 1906-IV. URL: http://surl.li/aaefj (дата звернення: 17.07.2021).

30. Про Національну Стратегію у сфері прав людини : Указ Президента України ; Стратегія від 24 березня 2021 року № 119/2021. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/119/2021 (дата звернення: 16.07.2021).

31. Протокол № 12 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод : Рада Європи ; Протокол від 4 листопада 2000 року. URL: http://surl.li/aaefk (дата звернення: 19.07.2021).

32. Равлінко З.П. Заборона дискримінації: загальнотеоретичне дослідження : дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.01. Львів, 2016. 201 с.

33. Рамкова Конвенція про захист національних меншин : Рада Європи ; Конвенція, Міжнародний документ від 1 лютого 1995 року. URL: http://surl.li/aaefo (дата звернення: 19.07.2021).

34. Рябовол Л.Т. Конституційно-правовий статус людини і громадянина: особливості регулювання та закріплення в зарубіжних країнах. *Актуальні правові і гуманітарно-економічні проблеми в період реформування демократичного суспільства* **:** матеріали V Всеукраїнської науково-практичної конференції (Кропивницький, 24 листопада 2017 року). Кропивницький, 2017. С. 174–177.

35. Рябовол Л.Т. Обмеження прав та свобод людини і громадянина як соціокультурний та політико-правовий феномен. *Право, суспільство і держава: форми взаємодії* : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (Київ, 12–13 січня 2018 року). Київ : Центр правових наукових досліджень, 2018. С. 17–20.

36. Рябовол Л.Т. Система законодавства про наукову і науково-технічну діяльність. *Наукові записки. Серія: Право*. 2018. Вип. 5. С. 4–10.

37. Рябовол Л.Т. Система законодавства про правову освіту населення України. *Порівняльно-аналітичне право*. 2016. № 4. С. 38–41.

38. Троян В.А. Права і свободи людини та інтереси держави як об'єкт публічно-сервісної діяльності Національної поліції України. *Вісник кримінологічної асоціації України*. 2017. № 1 (17). С. 229–239.

39. Фокіна М.О. Права і свободи людини як об'єкт конституційно-правового регулювання : автореф. дис. … канд. юрид. наук : спец. 12.00.02. Харків, 2016. 20 с.

40. Хартія основних прав Європейського Союзу : Європейський Союз ; Хартія від 7 грудня 2000 року. URL: http://surl.li/aaefm (дата звернення: 18.07.2021).

41. Христова Г.О. Позитивні обов'язки держави у сфері протидії дискримінації. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2013. № 4 (75). С. 11–20.

DOI https://doi.org/10.36059/978-966-397-237-4-9

Сон С. С.,
старший викладач кафедри конституційного права
Національного університету «Одеська юридична академія»,
м. Одеса

ОСНОВОПОЛОЖНІ ПРИНЦИПИ ТА МЕХАНІЗМ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ДОСТУП ДО ПУБЛІЧНОЇ ІНФОРМАЦІЇ

Анотація. *Розкрито право на доступ до публічної інформації як основне право людини та важливий чинник розвитку демократії та реалізації основних прав людини. Здійснено аналіз закономірностей формування та розвитку національного та міжнародного законодавства щодо доступу до публічної інформації. Виокремлено й охарактеризовано покоління національних законів, що регулюють цю сферу відносин. На підставі аналізу законодавства, що регулює питання доступу до публічної інформації, виокремлено підходи, відповідно до яких визначається місце права доступу до публічної інформації у системі прав людини: 1) право на доступ до публічної інформації виникає зі свободи преси (Швеція, інші скандинавські держави, Сполучені Штати Америки); 2) право на доступ до публічної інформації базується на свободі вираження думки та прозорості діяльності державних органів. Виявлено чинники, що впливають на постійний розвиток і трансформацію права доступу до публічної інформації. Це право покладає на держави позитивне зобов'язання визнавати право доступу до публічної інформації і розробляти зручні для користувачів системи, що забезпечують практичний доступ до інформації як шляхом відповіді на запити щодо інформації, так і шляхом завчасного її розкриття. Залежно від рівня правової регламентації виділено два основні інституційні механізми його забезпечення: 1) міжнародний (зокрема, міжнародний регіональний); 2) національний.*

Наголошено, що суцільна цифровізація та нові технології забезпечують вільний та легкий доступ до значної кількості документів, однак це не означає, що немає проблем із забезпеченням доступу до публічної інформації, розпорядниками якої є державні органи, зокрема, поширена практика її надмірного засекречування, встановлення значних зборів та строків її надання тощо.

Вступ

Суттєве значення у цифрову епоху має інформація, яка стала визначальним елементом еволюції сучасного суспільства, а право на доступ до неї є важливим для розвитку демократії та реалізації основних прав людини. Інформатизацію суспільних відносин, їх цифровізацію розглядають як один із напрямів розвитку конституціоналізму [7, с. 108]. Право на доступ до інформації останніми роками знаходить усе більше визнання в національному та міжнародному законодавстві. Багато держав прийняли закони про свободу інформації загалом і права на доступ до публічної інформації зокрема, показником чого є глобальний індекс права на інформацію (right to information – RTI). Право на інформацію, відповідно до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, є частиною більш широкого права на свободу вираження поглядів. Однак це не означає, що немає проблем із забезпеченням доступу до публічної інформації, розпорядниками якої є державні органи. Так, з одного боку, як зазначає спеціальний доповідач ООН щодо заохочення та захисту права на свободу думок та їх вираження, розвиток інформаційно-комунікаційних технологій розширює доступність, прозорість інформації про діяльність органів державної влади, а з іншого – є тенденція обмеження урядами доступу до такого роду інформації шляхом поширення практики її надмірного засекречування, встановлення значних зборів та строків її надання тощо [27].

У сучасній літературі дослідники, розглядаючи генезис права на інформацію, зазначають, що «його зміст змінюється разом з розвитком цивілізації» [2, с. 415], що «кожне наступне покоління прав людини на інформацію надавало нових якостей, розширювало обсяг прав та свобод, але цей процес відбувався не стихійно, а завдяки постійній боротьбі прогресивних сил за свої права та свободи» [15, с. 4].

На доктринальному рівні конституційне право на доступ до публічної інформації розглядають як «можливість особи, закріплену нормами конституції та деталізовану у законах з урахуванням міжнародно-правових стандартів, отримувати інформацію, що зафіксована на матеріальних носіях або відображена в електронному вигляді, від розпорядників, які володіють чи зобов'язані володіти нею, відповідно до чинного законодавства» [8, с. 17]. Важливою складовою частиною

конституційного права на доступ до публічної інформації є забезпечення ефективного механізму його захисту. Конституційне право на захист права доступу до публічної інформації можна розглядати у двох сенсах: 1) перше його значення, на думку О.М. Похіла, передбачає розуміння права доступу до публічної інформації у контексті забезпечення ним охоронних правовідносин превентивного характеру у процесі втілення саме захисних та правовідновлювальних функцій [16, с. 26]; 2) другий контекст означає наявність права на захист цих прав у будь-яких правовідносинах як забезпечення та одночасно їх гарантування. Щодо співвідношення понять «захист прав» та «правовий захист» необхідно зазначити, що вони перебувають між собою у відношенні субординації, тобто обсяг першого включається в обсяг другого. Правовий захист створює, зокрема, необхідну соціально-правову спрямованість поведінки людей, спрямовуючи їх волю та дії на реальне використання правових засобів захисту своїх прав, тоді як захист прав – це одна з юридичних форм державного управління, що забезпечує реальний правовий захист людини. Їх спільною рисою є наявність юридичних механізмів, які перебувають у розпорядженні як держави, так і людини [1].

Заслуговує на увагу аналіз закономірностей формування та розвитку національного та міжнародного законодавства щодо доступу до публічної інформації, виокремлення поколінь національних законів, що регулюють цю сферу відносин та виявлення чинників, що впливають на його постійну трансформацію.

1. Концептуальні засади права доступу до публічної інформації

Розробка поняття «права людини» має давню історію, при цьому кожна історична епоха породжувала свою методологію концепції прав і свобод людини. Класична концепція прав і свобод людини походить із західної філософської доктрини XVII–XVIII ст. Першою ідеологічною передумовою виникнення вчення про права людини вважається поява гуманістичних підходів, заснованих на співвідношенні людини з навколишнім світом. У різні історичні періоди ідеї, які називають правами людини, набували різного звучання – чи то релігійного, чи то морально-етичного, чи то раціонально-обґрунтованого залежно від того, яка парадигма мислення була домінуючою у той час. Права людини тісно пов'язані з історичними уявленнями про свободу та справедливість як соціальні явища. Зокрема, ідеологічною основою

виникнення та розвитку ідей про свободу інформації та законів, що закріплюють право на доступ до публічної інформації зокрема, є ідеї просвітництва, які сформували концепції «природного права», «суспільного договору», «поділу та рівноваги гілок влади» «опору тиранії», а також захисту приватної власності, громадянських та особистих свобод. У XVIII столітті вони поширилися не лише на європейські країни, але й на американський континент і набули статусу міжнародної культури [9, с. 7]. Дослідники вказують на спадкоємність ідей європейського розвитку, що знайшло безпосереднє відображення у поглядах і судженнях філософів, учених, письменників, політичних і громадських діячів того часу [10, с. 7].

Після революції в Англії просвітницькі ідеї були сприйняті насамперед у Франції, де в Декларації прав людини і громадянина 1793 року був закріплений принцип свободи слова та прозорість влади, а також у Німеччині та Голландії. У Швеції філософські концепції просвітництва були розвинені менше, ніж в Англії та Франції, але саме у цій країні в 1766 році вперше був прийнятий законодавчий акт, який закріпив право на інформацію і принцип гласності для офіційних документів. У преамбулі цього документа наголошується на «великих перевагах, які народ отримує від законної свободи письма та друку, і що це не тільки сприятиме розвитку й поширенню наук і корисних ремесел, а й дасть можливості кожному з вірнопідданих отримувати більш глибокі знання та розуміння щодо мудрості налагодженої системи державного управління; і ця свобода також має розглядатися як один із найкращих засобів поліпшення моралі та заохочення до законослухняності та поваги до законів, тоді як зловживання і незаконні дії викриваються перед народом засобами друку» [12].

Дослідники наголошують на тому, що на законодавчому рівні закріпленню свободи інформації сприяли особливості становлення і розвитку демократичної системи цієї країни та парламентських процедур [13]. У XVIII столітті, який називають «золотим періодом» у розвитку шведського парламентаризму, в країні склалася своєрідна політична система, яка дозволила на практиці, а не на рівні теоретико-філософських дискусій реалізувати багато ідей епохи Просвітництва, зокрема щодо відкритості публічної інформації. У період 1718–1772 років державна влада у Швеції реалізовувалася: Сеймом як законодавчим органом, до складу якого входили представники чотирьох станів – дворянства, духовенства, бюргерів та селянства;

підзвітною Сейму Радою Королівства як органу виконавчої влади; королем, влада якого була обмежена. За такого механізму реалізації державної влади можливість впливати на зміни у суспільстві, не вдаючись до насильства, була найбільш імовірною. При цьому забезпечення права доступу до інформації про стан справ у державі, а також гарантування свободи висловлення думки було найважливішою умовою впливу громадян на державну владу.

Вирішальний внесок у створення першого у світі закону про право на публічну інформацію внесли вчений і філософ Петер Форсколь (1732–1763) та просвітитель, мислитель та політик Андерс Хіденіус (1729–1803). Зокрема, Петер Форсколь у своїй дисертації «Громадянська свобода» писав, що свобода повинна підтримуватися через свободу, тобто свобода правління через свободу слова. Свобода слова гарантує розквіт наук, нагляд за державними посадовими особами та, зрештою, забезпечує стабільність уряду. Громадяни повинні мати можливість отримувати відповідну інформацію та використовувати її для підвищення загального добробуту. Ідеї Форсколя стали передумовою прийняття у Швеції Закону про свободу друку, безпосередню участь у розробці якого брав Андерс Хіденіус, що відстоював концепцію щодо неподільності свободи [29, с. 21, 29–30].

Необхідно зазначити, що у XVIII столітті свобода друку була не тільки у Швеції, але й в інших країнах, наприклад в Англії дозволялося друкувати звіти про дебати в парламенті, проте це не було закріплено на законодавчому рівні. Багато дослідників шведського закону про свободу друку 1766 року бачать його головну мету у забезпеченні публічного доступу до офіційних документів і обґрунтовують це тим, що сім з п'ятнадцяти абзаців цього нормативно-правового акта були присвячені регулюванню ступеня цього публічного доступу. Так, було надано доступ до документів, що розглядалися у судах, органах законодавчої та виконавчої влади. Як правило, інформація щодо переговорів з іноземними державами також повинна бути відкритою для громадського контролю за винятком такої, що визнавалася державною таємницею, а також робочі документи, що перебували на стадії обговорення [32].

Хоча свобода слова і право на офіційну інформацію у 1772–1809 роках у Швеції були призупинені, принцип гласності став одним з найважливіших чинників формування традиції побудови

державного апарату у країнах Північної Європи. Новий закон Швеції про свободу друку був прийнятий у 1810 році, переглянутий у 1812 році та з поправками проіснував до 1949 року, після чого його змінив новий закон «Про свободу преси», в якому глава II має назву «Про гласність офіційних документів» [26]. Таким чином, понад двісті п'ятдесят років право на доступ до публічної інформації є невід'ємною частиною державного управління в Швеції та впливає на формування культури раціональної бюрократії з низьким ступенем корупції та високим ступенем суспільної довіри. У 1951 році законодавче закріплення права доступу до публічної інформації було реалізоване в іншій скандинавській країні, яку зі Швецією об'єднує історичне минуле, – Фінляндії.

Перш ніж розкрити механізм нормативного та інституційного забезпечення права на доступ до публічної інформації, необхідно з'ясувати, що є публічною інформацією. Це важливо зробити, оскільки право доступу поширюється саме на публічну, а не приватну інформацію.

Загалом можна сказати, що публічна інформація – це вся інформація, що доступна громадськості. Висловлюється думка, що концепція публічної інформації може бути побудована на її широкому та вузькому тлумаченні. Поняття публічної у широкому сенсі означає сукупність даних, отриманих або знайдених у будь-якому державному органі, незалежно від того, підготовлені вони чи отримані під час виконання своїх функцій. Це продукт суспільної діяльності різних органів держави. Згідно з вузьким підходом публічна інформація – це все, що виробляється під час виконання публічних функцій і відповідно до певної правової системи та вимог демократичного принципу має бути доступним для всієї спільноти, окремих осіб чи засобів масової інформації, за виключенням встановлених винятків, закріплених на конституційному та законодавчому рівні. Більшість дослідників відстоюють широкий підхід до розуміння публічної інформації, оскільки необґрунтованість такого роду інформації суттєво вплине на зміст права на доступ до публічної інформації та його реалізацію [31]. Також необхідно розрізнювати поняття публічної та адміністративної документації.

Право доступу до публічної інформації є ознакою ефективної конституційної демократії. Це право є складником більш широкого права на свободу вираження поглядів, визнаного

в основних документах Організації Об'єднаних Націй та регіональних систем захисту прав людини. Право на доступ до інформації отримало визнання як окреме право, гарантоване конституціями та іншими законами, яке покладає на державу обов'язок сприяти доступу всіх до інформації, якою володіють державні органи у будь-якій доступній формі або системах пошуку.

Серед публічної інформації на особливу увагу заслуговує публічна правова інформація. Дослідники цього питання наголошують, що Кожна особа має право доступу до такого виду публічної інформації, що покладає юридичний та моральний обов'язок на кожний уряд та кожну міжурядову організацію із судовими та законодавчими функціями щодо забезпечення належного та вільного доступу до її законів. Крім того, послідовники такого підходу до тлумачення публічної правової інформації виступають за всезагальне визнання права публічного доступу до правової інформації як права людини та пропонують прийняти Конвенцію ООН про право публічного доступу до правової інформації. Прийняття такого документа, на думку німецького дослідника Л. Міті, значно покращить глобальний доступ до офіційної правової інформації, що сприятиме широкому знанню законодавства. Це також сприятиме національним та транснаціональним юридичним дослідженням, виправлятиме несправедливість щодо настання відповідальності за недоступними законами згідно з доктриною «незнання закону не позбавляє відповідальності» та сприятиме поширенню доктрини «незнання недоступного законодавства є виправданням» [30].

Зростання значення права на публічну інформацію зумовлене декількома причинами. Доступ громадян до інформації про демократичне управління посилює громадський контроль уряду, що, ймовірно, зловживатиме публічною владою, якщо такого доступу не буде. Крім того, якість демократичних процесів посилюється за рахунок участі громадськості у прийнятті рішень належним чином поінформованими громадянами. Отже, оскільки демократія існує для захисту суспільних інтересів, гарантування права на інформацію публічного характеру посилює довіру громадськості до уряду та посилює відповідальність. Здатність громадян користуватися соціально-економічними правами посилюється завдяки можливості використовувати наявну інформацію, щоб змусити уряд виконувати свої зобов'язання. Крім того, доступ до публічної інформації є життєво важливим

інструментом боротьби з корупцією, роблячи діяльність уряду більш прозорою та ускладнюючи приховування незаконних дій.

2. Генезис законодавчого врегулювання права на доступ до публічної інформації

Може бути представлений у вигляді формування поколінь національних законів, що регламентують цю сферу суспільних відносин.

До першого покоління національних законів про доступ до публічної інформації належать перші законодавчі акти, прийняті у XVIII столітті: у Швеції у 1766 році; Франції – Декларація прав людини і громадянина 1789 року та закон 1794 року, який проголосив, що доступ до архівів більше не є привілеєм, що надається сувереном вибраним посадовим особам, а є громадянським правом, наданим усім. До законодавчих актів першого покоління також належать Декларація прав Вірджинії 1776 року, укладена Томасом Джефферсоном для вступних параграфів Декларації незалежності, яка стала основою Білля про права, а також Массачусетської декларації прав і Конституції 1780 року. Так, ст. 5 Массачусетської декларації прав і Конституції встановлювала, що оскільки «вся влада спочатку належить народу і походить від нього, то судді та представники законодавчої та виконавчої влади завжди підзвітні йому»; ст. 18 закріплювала право громадян здійснювати контроль за представниками законодавчої, судової та виконавчої влади у формуванні та виконанні законів, необхідних для належного управління співтовариством; ст. 19 передбачала право запитувати у законодавчого органу інформацію шляхом звернень і петицій [25]. Конституція США 1787 року також містила положення про «способи інформування громадян про діяльність влади шляхом публікації журналів про засідання парламенту США та звітів про надходження і витрачання усіх державних коштів» [4, с. 12].

До другого покоління законодавчих актів, які передбачають відкритість інформації про діяльність державних органів, належать конституції європейських держав, прийняті в XIX столітті: Норвегії (1814 рік), Бельгії (1831 рік), Нідерландів (1848 рік), Пруссії (1850 рік), Португалії (1826 рік), Швейцарії (1848 рік), які «забороняли цензуру, проголошували свободу слова та друку, публічність засідань парламентів (таємні засідання були винятком), а також передбачали опублікування

парламентських дебатів у пресі. При цьому слід зазначити, що у цих конституційних актах не закріплювали права вимагати звіту від службових осіб та права стежити за використанням податків» [4, с. 13].

До третього покоління законодавчих актів, які передбачають відкритість інформації про діяльність державних органів, належать закони, прийняті після Другої світової війни у Фінляндії (1951 рік), США (1966 і 1974 роки), Данії і Норвегії (1970 рік), Франції та Нідерландах (1978 рік), Австралії та Новій Зеландії (1982 рік), Канаді (1983 рік). Ці закони приймалися здебільшого як частина адміністративних реформ у цих державах, їхньою метою було забезпечення більшої прозорості в діяльності урядів та участі громадян у прийнятті рішень.

Четверте покоління законодавства про відкритість публічної інформації було сформоване під впливом розпаду СРСР і соціалістичної системи в Європі, що вплинуло на прийняття державами пострадянського і постсоціалістичного простору нормативно-правових актів, які закріпили право на інформацію як фундаментальне права та елемент демократії. До конституцій цих держав були включені положення, що передбачають свободу інформації, у тому числі доступ до публічних документів. У законодавстві держав-членів Європейського Союзу доступ до інформації має статус загальної конституційної традиції [24]. Наприклад, у Конституції Франції право на доступ до адміністративних документів є основною гарантією, що надається для здійснення громадянських свобод.

П'яте покоління законодавчих актів, які передбачають відкритість інформації про діяльність державних органів, пов'язане з прийняттям спеціальних законів про доступ до публічної інформації. В Україні право на доступ до публічної інформації врегульований як на конституційному рівні, так і шляхом прийняття у 2011 році спеціального законодавчого акта – Закону «Про доступ до публічної інформації». Зокрема, ст. 34 Конституції України відносить право доступу до інформації до конституційних прав, зміст якого передбачає «право кожного на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань; право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб на свій вибір». Метою Закону 2011 року «Про доступ до публічної інформації» визначено «забезпечення прозорості та відкритості

суб'єктів владних повноважень і створення механізмів реалізації права кожного на доступ до публічної інформації» [18].

Практика прийняття спеціального законодавства щодо врегулювання права доступу до публічної інформації у деяких європейських країнах, зокрема у Німеччині та Великобританії, певним чином відрізнялася від загальноєвропейських тенденцій розробки таких нормативно-правових актів, оскільки «нормативне регулювання доступу до такого роду інформації у цих двох країнах відбувалося в напрямі «знизу дороги»: у Великобританії – за рахунок стандартизації практики доступу, у Німеччині – за рахунок ухвалення земельних законів» [3, с. 10–11]. У Великобританії після тривалих дискусій такий законодавчий акт був прийнятий у 2000 році, а набув чинності лише у 2006 році, хоча практика кодифікації таких норм була розпочата у 1994 році, коли набув чинності Практичний кодекс із доступу до урядової інформації, який англійський парламент у 1997 році ухвалив як мінімальний стандарт відкритості. У Німеччині такий федеральний спеціальний інформаційний закон прийняли у 2005 році, хоча на рівні суб'єктів федерації, зокрема Берліну, Бранденбургу, Шлезвіґ-Гольштайну у 1999–2000 роках.

У Польщі доступ до публічної інформації регулюється не лише законом «Про доступ до публічної інформації», але ще низкою законодавчих актів, серед яких – «Про Національний реєстр судів», «Про повторне використання інформації державного сектору». Зокрема, доступ до фінансової звітності компанії регулюється законом «Про Національний реєстр судів», а не «Про доступ до публічної інформації». Серед нормативних актів у цій сфері велике значення має закон «Про повторне використання інформації державного сектору». Повторне використання інформації державного сектору пов'язане з економічною та ринковою метою, а публічна інформація – це насамперед політичне право здійснювати контроль громадян над суспільним життям, тому сфери їх регулювання різняться, а способи розкриття публічної інформації та розкриття інформації державного сектору відносно подібні, але не ідентичні. Особливістю поводження з інформацією державного сектору є те, що для повторного використання такої інформації може знадобитися згода того, хто її надає, щодо публічної інформації така згода не потрібна.

У Греції доступ до публічної інформації регламентується ст. 5 Адміністративного процесуального кодексу та законом «Про

доступ до інформації державного сектору», перша редакція якого набула чинності у 2006 році, а у 2020 набула чинності значно модернізована його версія. Необхідно зазначити, що Греція – перша європейська країна, яка на конституційному рівні у 2001 році визнала право на доступ до сучасних технологій та участь у інформаційному суспільстві. Зокрема, в Основний закон включено ст. 5А, відповідно до якої «всі особи мають право на інформацію, зазначену у законодавстві. Обмеження цього права можуть бути встановлені лише законодавством, якщо вони необхідні та обґрунтовані з міркувань громадської безпеки, боротьби зі злочинністю або захисту прав третіх осіб». Другий абзац передбачає, що «всі особи мають право брати участь в інформаційному суспільстві. Сприяння доступу до даних, що передаються в електронному вигляді, а також їх виготовлення, обмін та розповсюдження, є обов'язком держави. Більше того, зазначається, що права, визначені ст. 5А, випливають із права вільно визначати свою особистість [20]. Досвід Греції є прикладом того, як на конституційному рівні може бути підкреслено важливість сучасних технологій у реалізації прав людини. Необхідно також звернути увагу на важливу норму, що міститься у Конституції Греції і якої немає у Конституції України, яка передбачає короткий термін прийняття парламентом закону, який захищає інформаційні права і свободи людини від нових загроз. Зокрема, у п. 4 ст. 76 Основного закону цієї країни передбачено, що «законопроєкти, які характеризуються вкрай терміновими, виносяться на голосування після обмеженого обговорення. Регламентом парламенту тривалість виступів та час обговорення можуть бути обмежені». Таким чином, як зазначає К.С. Полетило, «у разі появи нової інформаційної загрози суди Греції в змозі захистити права і свободи людини, адже вони можуть спиратись на необхідні закони» [14, с. 94].

У разі розкриття публічної інформації на вимогу громадськості поширеним є конфлікт між правом кожної людини на публічну інформацію та вимогами національної безпеки щодо нерозкриття інформації певної категорії, при цьому межі такого роду інформації доволі часто безпідставно розширюються. Загалом перед національними законодавчими органами у разі формулювання законодавчих приписів, що гарантують право доступу до публічної інформації, постає багато питань, на що звертає увагу Тобі Мендель, зокрема: як спланувати систему

виключень таким чином, щоб зберегти баланс між правом знати та необхідністю забезпечувати секретність для захисту певних ключових державних і приватних інтересів; яким має бути зобов'язання публікувати та поширювати інформацію; як може закон забезпечити виконання цього зобов'язання відповідно до розвитку технологій, які суттєво зменшують вартість публікації; які процедури запиту інформації можуть забезпечити баланс між необхідністю мати своєчасний, недорогий доступ до неї і проблемами тиску, а також обмеженості ресурсів, з якими стикаються державні службовці; яке право апеляції повинні мати люди, коли їм відмовляють у наданні інформації; які позитивні заходи необхідно вжити для зміни культури секретності, характерної для державного управління в багатьох країнах; як інформувати громадськість про їхні права? [11].

Визнаючи законний інтерес держави у відмові від розголошення певної інформації, у тому числі з міркувань національної безпеки, важливим є досягнення балансу між розкриттям та відмовою розкривати інформацію у демократичному суспільстві, оскільки це має ключове значення і визначає його безпеку, прогрес і розвиток та процвітання, а також забезпечує найповніше користування правами людини та основними свободами. Незалежно від того, що відбувається під час конфлікту між зусиллями органів державної влади щодо збереження конфіденційності інформації через необхідність захисту національної безпеки та правом кожної особи на публічну інформацію, якою володіють органи державної влади, об'єктивний аналіз новітньої історії показує, що на практиці законні інтереси національної безпеки найкраще захищені тоді, коли громадськість добре поінформована про державну діяльність, у тому числі у сфері національної безпеки.

Цікавим є досвід неєвропейських країн щодо прийняття законодавчих актів, які гарантують право на доступ до публічної інформації. Особливістю деяких з таких законів є наявність у них положення про пріоритет суспільних інтересів у разі розкриття інформації. Закон Сьєрра-Леоне про право на доступ до інформації 2013 року гарантує це право кожній людині, але допускає нерозголошення інформації, яка «могла б завдати серйозної шкоди національній безпеці». Одночасно з цим розділ 12 закону передбачає перевірку пріоритету суспільного інтересу. Порівняно з Нігерією Закон Уганди про доступ до інформації

2005 року, який реалізує конституційне право кожного громадянина на інформацію, у ст. 5 закріплює дещо вищий поріг нерозголошення, коли розкриття інформації може завдати шкоди державній безпеці. Закон Анголи про доступ до документів, що перебувають у веденні державної влади, 2002 року у ст. 32 наділяє главу державного органу правом приховувати інформацію, пов'язану з національною безпекою або обороною, після підтвердження того, що її розголошення, напевно, завдасть серйозної шкоди національній безпеці. Закон Руанди про доступ до інформації 2013 року передбачає широкі права на інформацію, про «факти, призначені для публікації, що містяться у виступах, звітах, листах, проспектах, журналах. При цьому засекречена інформація не підлягає опублікуванню, якщо вона може дестабілізувати національну безпеку». Закон Південного Судану про право на інформацію 2013 року захищає і гарантує право кожного громадянина на отримання інформації, відомостей, фактів або документів, що становлять суспільний інтерес, але дозволяє не розголошувати таку інформацію, яка може поставити під загрозу національну оборону і безпеку. У деяких африканських країнах є закони, які не враховують суспільні інтереси. Так, Закон Буркіна-Фасо про доступ до публічної інформації та адміністративних документів 2014 року виключає засекречені документи і дані, розкриття яких може завдати серйозної шкоди національній обороні і державній безпеці. Закон Того про свободу інформації від 2016 року гарантує право громадян на публічну інформацію та документацію (ст. 1), за винятком інформації, пов'язаної з безпекою і національною обороною (ст. 2) [35].

Досвід країн Азіатсько-Тихоокеанського регіону щодо гарантування права на доступ до публічної інформації демонструє різні підходи цих країн до врегулювання цього питання, що зумовлене насамперед різним рівнем сприйняття демократичних цінностей у цих суспільствах. Так, в Австралії та Новій Зеландії закони про доступ до інформації взагалі були прийняті ще у 1982 році, при тому що значна кількість країн цього регіону почали приймати такі закони лише недавно. Зокрема, в Індії – у 2005 році, Монголії – у 2011 році, Бангладеш – у 2009 році, Індонезії – у 2010 році, Шрі-Ланка – у 2016 році. Зокрема, останній із названих законів не тільки дозволяє громадянам ефективніше брати участь у прийнятті рішень, але

також дозволяє громадянам подавати запити щодо будь-якої інформації, якою володіють державні установи, і вимагає активного розкриття інформації цими установами.

У багатьох країнах світу досі відсутні закони, що визначають право на публічну інформацію як важливий компонент для розвитку та підтримки суспільної довіри до уряду, таких як Алжир, Камерун, Чад, Гана, Лесото, Лівія, Сомалі, Замбія, Сейшельські Острови, Демократична Республіка Конго, Північна Корея.

Північна Корея, мабуть, чи не найзакритіша країна світу із тоталітарним режимом правління. Ця країна має найнижчі показники у міжнародних рейтингах, які дають можливість оцінити відкритість суспільства, рівень забезпечення прав людини, у тому числі інформаційних: Індекс демократії (Democracy Index), що складається "Economist Intelligence Unit" за рівнем розвитку в них демократії; Всесвітній індекс свободи преси, який складає міжнародна організація «Репортери без кордонів» (Reporters Sans Frontières). У звітах цих організацій констатується відсутність доступу до зовнішніх джерел інформації у цій країні. Екстремальні заходи, які застосовує державна влада Північної Кореї, щоб запобігти доступу громадян до зовнішньої інформації, були задокументовані слідчою комісією ООН щодо прав людини Північної Кореї. В одному із розділів цього документа зосереджено увагу на порушеннях свободи думки та вираження поглядів і містять детальну інформацію про методи, що використовуються для обмеження доступу до інформації та блокування сторонніх думок та поглядів. У цій країні існує тотальний контроль над усіма засобами масової інформації. Порушники встановлених недемократичних положень притягуються до суворої відповідальності. Наприклад, наприкінці 2017 року суд Північної Кореї засудив двох південнокорейських журналістів та керівників двох провідних південнокорейських газет, у яких їхня робота була опублікована, до смертної кари (заочно) за образи гідності Північної Кореї і без можливості оскарження. Інтернет громадянам цієї країни просто недоступний [28]. Зрозуміло, що в таких умовах право на доступ до публічної інформації взагалі не може існувати.

Стрімкий розвиток інформаційних технологій дозволяє значно полегшити громадянам доступ до публічної інформації, яка їм потрібна або яка призначена для них. У зв'язку із цим науковою спільнотою обговорюються питання: чи є доступ до Інтернету автономним правом чи лише передумовою користування іншими

правами, зокрема свободою вираження поглядів та доступу до публічної інформації; чи несе він нормативні наслідки? [33]. Першою країною, яка визнала право на доступ до Інтернету, є Естонія. Кожна особа має право відповідно до розділу 33 закону «Про доступ до публічної інформації» на доступ до публічної інформації через підключення до Інтернету, доступне в публічних бібліотеках. У законодавчому акті про публічні бібліотеки у § 15 сек. 21 зазначається, що кожна людина повинна мати можливість користуватися комп'ютером, щоб отримати доступ до інформації, доступної через публічні телекомунікаційні мережі [5].

Випробуванням на стійкість національних правових режимів щодо гарантування доступності інформації публічного характеру стала пандемія COVID-19, яка спричинила накладання певних обмежень. За інформацією, що міститься у щорічному звіті міжнародної неурядової правозахисної організації Amnesty International, з перших днів поширення COVID-19 влада кількох країн регіону, в якій вперше був зафіксована ця хвороба, намагалася приховати інформацію про це і карала тих, хто критикував дії уряду. Китайська влада прагнула контролювати інформацію про COVID-19 як онлайн, так і офлайн. Ключові слова, пов'язані з вірусом, були заблоковані, а онлайн-протести з вимогою права отримувати та поширювати інформацію про COVID-19 були видалені. Кілька інших країн регіону ввели аналогічні обмеження щодо того, що можна чи не можна говорити про COVID-19, часто під приводом боротьби з поширенням недостовірної інформації. Наприклад, у Непалі уряд вніс кілька нових законопроєктів, які загрожували праву на свободу вираження поглядів у режимі онлайн та офлайн. У Сінгапурі, навіть коли його оскаржували у суді, влада використовувала Закон про захист від неправди та маніпуляцій в Інтернеті, щоб здійснювати тиск на незалежні ЗМІ. В екстремальних для всього світу умовах, що спричинила пандемія, право на свободу вираження поглядів, що включає право отримувати та поширювати інформацію, є особливо важливим, доступ до достовірної, об'єктивної та обґрунтованої інформації про пандемію COVID-19 рятує життя [23].

Крім трагічних наслідків для здоров'я в усьому світі, пандемія COVID-19 актуалізувала проблеми доступу до Інтернету, а також полеміку щодо визнання доступу до Інтернету правом людини, наданим урядом, оскільки без нього інші права людини, включаючи право на працю та право на базову освіту, не можуть бути належним чином реалізовані. У 2016 році Генеральна

Асамблея ООН прийняла необов'язкову резолюцію, яка проголосила доступ до Інтернету правом людини. Положення цього документа випливають зі ст. 19 Загальної декларації прав людини і розглядається як «м'яке право», на відміну від «жорсткого права», що означає, що національні держави не піддаються значним санкціям за їх недотримання.

На підставі аналізу законодавства, що регулює питання доступу до публічної інформації, видається можливим виокремити підходи, відповідно до яких визначається місце права доступу до публічної інформації у системі прав людини: 1) право на доступ до публічної інформації виникає зі свободи преси (Швеція, інші скандинавські держави, США); 2) право на доступ до публічної інформації базується на свободі вираження думки та прозорості діяльності державних органів. Другий підхід є більш поширеним.

3. Міжнародно-правові стандарти захисту права на публічну інформацію

Справедливою є думка про те, що міжнародно-правовий захист права людини на інформацію, якою володіють державні органи, є сукупність норм і принципів міжнародного права, які становлять специфічну галузь цієї системи права і регулюють дії його суб'єктів з приводу захисту, охорони та забезпечення цих прав, а механізм міжнародного захисту прав людини на публічну інформацію слід розглядати як систему міжнародних органів та організацій, які діють з метою здійснення міжнародних стандартів інформаційних прав та свобод людини або їхнього відновлення в разі порушення [2, с. 141]. Залежно від рівня правової регламентації можна виділити два основні інституційні механізми його забезпечення: 1) міжнародний (у тому числі міжнародний регіональний); 2) національний.

Першим міжнародним документом універсального характеру, що стосується права доступу до інформації органів державної влади, є Резолюція № 59/I, прийнята 14 грудня 1946 року на першій сесії ООН, у якій проголошувалося, що право на інформацію є основним правом людини та мірою всіх інших свобод. Загальна декларація прав людини 1948 року та Міжнародний пакт про громадянські та політичні права 1966 року у ст. 19 визнали, що кожна людина має право на свободу думок та їх вільне вираження, що це право включає у себе свободу мати

незалежну думку, шукати, одержувати та поширювати інформацію та думки будь-яким способом, незалежно від кордонів. Хоча ст. 19 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права спочатку не передбачала права на інформацію, але починаючи з 1995 року органи ООН змогли використати свободу вираження поглядів, що охоплює право на інформацію. Наприклад, Спеціальний доповідач ООН із питань свободи вираження поглядів у звіті 1995 року Комісії ООН з прав людини заявив, що свобода буде позбавлена ефективності, якщо люди не матимуть доступу до інформації, та продовжував підкреслювати фундаментальний характер права на інформацію. У 1997 році Спеціальний доповідач ООН визнав, що право «шукати, отримувати та поширювати інформацію», закріплене у ст. 19 Загальної декларації прав людини, покладає на держави позитивне зобов'язання забезпечити доступ до інформації, особливо стосовно інформації, якою володіють уряди в усіх типах систем зберігання та пошуку». У 1999 році Спеціальний доповідач ООН та два інші спеціальні механізми правозахисту у Спільній декларації про свободу інформації зазначили, що свобода вираження поглядів передбачає право громадськості відкривати доступ до інформації та знати, що уряди роблять від їхнього імені, без чого правда занепадала б, а участь людей в урядуванні проявлялася лише фрагментарно. У наступних доповідях ООН з цього питання зазначалося, що право на доступ до інформації, що належить державним органам, є основним правом людини, яке повинно набути чинності на національному рівні шляхом усебічного законодавчого закріплення, що ґрунтується на Принципах законодавства про свободу інформації, які містять мінімальні стандарти законодавства про право на інформацію. «Максимальне розкриття» підтверджує зобов'язання оприлюднювати всю офіційну інформацію, за винятком чітких і вузьких винятків. «Обов'язок публікувати» встановлює обов'язок активно публікувати інформацію, що становить суспільний інтерес. Принцип «просування відкритого уряду» визнає зобов'язання держав щодо вирішення державної таємниці. «Обмежений обсяг винятків» забороняє винятки, які захищають уряд від збентеження або виявлення правопорушень, піддаючи нерозголошення перекриттю суспільних інтересів. Нарешті, право на інформацію або закон про свободу інформації мають першість над законами про таємницю.

Регіональний рівень регулювання права на доступ до публічної інформації представлений насамперед стандартами, розробленими Радою Європи та Європейським Союзом. У Європейській конвенції про права людини 1950 року у ст. 10 закріплено право кожної людини на свободу вираження, що включає свободу дотримуватися своїх поглядів, а також отримувати та передавати інформацію та ідеї без втручання. Важливим елементом, що регулює питання доступу до публічної інформації в межах Ради Європи, є документи м'якого права у формі рекомендацій, адресованих державам-членам, без статусу обов'язкового законодавства, вони лише вказують на загальновизнані стандарти поведінки. Прикладом наведемо Рекомендації R (81) 19 Комітету міністрів Ради Європи від 25 листопада 1981 року щодо доступу до інформації, що зберігається державними органами. Цей документ містить принцип необмеженого доступу до інформації, згідно з яким кожна особа, що перебуває під юрисдикцією держави-члена Ради Європи, має право отримувати дані, що зберігаються органами законодавчої, виконавчої та судової влади. В інших рекомендаціях щодо цього питання передбачалося, що доступ до інформації повинен бути гарантований на засадах рівності, відсутність законного інтересу заявника не є підставою для відмови у наданні інформації. Також було передбачено, що обмеження доступу до інформації має випливати з принципів, необхідних у демократичній державі для захисту суспільних інтересів, приватного життя інших осіб та інших законних інтересів. Також було уточнено, що відмова у наданні інформації повинна бути обґрунтованою та передбачати можливість оскарження такого рішення. На основі рекомендацій Комітету міністрів Ради Європи щодо офіційних документів експертна група розробила Конвенцію «Про доступ до офіційних документів», що є першим юридично обов'язковим міжнародним документом про доступ до документів такого роду, який набув чинності лише у 2020 році. Необхідно відзначити, що надала чинності цій конвенції саме її ратифікація Україною у травні 2020 року, оскільки за умовами цього нормативно-правового акта його мали підписати не менше 17 країн. З цього приводу є сенс зазначити, це дасть можливість повною мірою використовувати європейський правозахисний механізм щодо забезпечення прав на доступ до публічної інформації.

Що стосується доступу громадян держав-членів Європейського Союзу до документів європейських установ, то це право містилося спочатку у додатку до Маастрихтського договору 1992 року і гарантувалося ст. 255, потім в Амстердамському договорі 1997 року, а також підтверджувалося Хартією основних прав ЄС 2000 року. Лісабонський договір 2007 року, який набув чинності в 2009 році, закріпив його у ст. 15 як основне право, відповідно до якого установи, служби та агенції Союзу функціонують з метою сприяння належному врядуванню та забезпеченню участі громадянського суспільства у цьому процесі. Кожна фізична або юридична особа, яка проживає або має юридичну адресу на території держави-члена, має право доступу до документів установ, органів, служб та агенцій Союзу, відтворених на будь-якому носієві, за умов дотримання принципів та умов, визначених Європейським Парламентом та Радою за допомогою регламентів згідно зі звичайною законодавчою процедурою» [6].

Головним судовим органом універсального рівня, створеним у рамках ООН, є Міжнародний суд ООН, до завдань якого входить здійснення міжнародного правосуддя. Його склад і компетенція визначені Статутом ООН та Статутом Міжнародного Суду ООН. До регіональних міжнародних судових органів щодо захисту права на доступ до публічної інформації належать: Європейський суд з прав людини, Міжамериканський суд з прав людини, Африканський суд з прав людини і народів.

Перше рішення Європейського суду з прав людини, яке стосується права на доступ до публічної інформації, було винесене ще у 1987 році у справі «Леандер проти Швеції» (“Leander v. Sweden”). У ньому було викладено правову позицію, яка стала стандартом у цій сфері: «право на свободу одержувати інформацію, в основному, забороняє Уряду встановлювати будь-якій особі обмеження одержувати інформацію, яку інші особи бажають або можуть бажати повідомити їй. З урахуванням обставин нинішньої справи стаття 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод не дає приватній особі право на доступ до реєстру, який містить інформацію про її особистий стан, і не покладає на Уряд зобов’язання повідомляти цю інформацію приватній особі» [17]. Отже, Суд прямо зазначив, що Конвенція не покладає обов’язок на держави забезпечувати доступ до інформації, яка перебуває у їх володінні.

У наступних рішеннях Європейський суд з прав людини, дотримуючись викладеного вище стандарту, розширює захист ст. 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод у напрямі формулювання правових позицій щодо захисту права на доступ до публічної інформації. Так, Європейський суд з прав людини у рішенні від 14 квітня 2009 року у справі «Угорська спілка громадянських свобод проти Угорщини» ("Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary") заявив, що громадськість має право на інформацію суспільного значення. Справа стосувалася заяви угорської організації Társaság a Szabadságjogokért про доступ до заяви угорського депутата, в якій він вимагав перевірити конституційність кримінального закону про наркотики після внесення поправок. Як підкреслив Трибунал, створення перешкод для доступу неурядової організації до публічної інформації становить обмеження свободи слова та може негативно вплинути на якість та стан публічних дебатів. Особлива роль відводиться засобам масової інформації та неурядовим організаціям [21].

Європейський суд з прав людини вважає, що свобода вираження думок включає у себе право громадськості на адекватну інформацію, зокрема з питань, що становлять суспільний інтерес (справа «Маковей проти Румунії», 2015 рік). Важливим для формування відповідної практики Європейського суду з прав людини є рішення Великої палати від 8 листопада 2016 року в справі «Угорський Гельсінський комітет проти Угорщини» ("Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary"). Заява до Великої палати виникла через відмову двох відділів поліції розкрити угорській правозахисній організації імена призначених державних захисників. До цього судові установи різних рівнів цієї країни відмовляли у задоволенні позову Угорського Гельсінського комітету під час розгляду цього питання у межах національної юрисдикції, посилаючись на те, що діяльність державного захисника є приватною діяльністю, і відділи поліції не зобов'язані передавати свої персональні дані відповідно до Закону про дані. Європейський суд з цього приводу дійшов висновку, що хоча ст. 10 ЄКПЛ не надає особі загального права доступу до інформації, що належить державним органам, таке право може виникнути в окремих випадках. Також було сформульовано порогові критерії, щоб оцінити, чи відмова у доступі до інформації стосується ст. 10 ЄКПЛ на підставі того, що ця інформація є інструментом для реалізації особою свого права на свободу вираження поглядів [22].

Регіональний рівень регламентації прав людини на доступ до публічної інформації представлений також документами, прийнятими такими міжнародними регіональними організаціями, як Організація Американських держав, Африканський Союз, Асоціація держав Південно-Східної Азії (ASEAN) та ін.

Американські стандарти захисту права на доступ до публічної інформації відображені у змісті статті 13 Американської конвенції з прав людини, статті IV Американської декларації прав та обов'язків людини та ст. 4 Міжамериканської демократичної хартії. На відміну від ст. 10 ЄКПЛ, ст. 13 Американської конвенції з прав людини визнає право кожної особи на пошук та доступ до будь-якого типу публічної інформації, а також відповідний обов'язок держави надавати її.

Крім Європейського суду з прав людини, наявні інші регіональні судові інституції, які сформували відповідну практику щодо захисту права на доступ до публічної інформації. Наприклад, юрисдикція Міжамериканського суду щодо права на свободу вираження, яке включає не лише право кожного висловлювати власні думки, але й право шукати та отримувати будь-яку інформацію, була поширена на захист таких прав лише у 2001 році, хоча до цього Суд звертався до тлумачення ст. 13 Американської конвенції з прав людини у двох консультативних висновках. Так, рішення Міжамериканського суд з прав людини у справі «Клод Рейєс та ін. проти Чилі» (2006 рік) стосується міжнародної відповідальності Чилійської держави за відмову надати інформацію про проєкт лісового господарства Марселю Клоду Рейєсу та відсутність адекватного та ефективного засобу правового захисту для оскарження рішення.

Міжамериканський суд, щоб використати потенціал ст. 13, надав додаткові роз'яснення щодо реалізації цього права у справі «Гомес Лунд проти Бразилії» (2010 рік). У цьому разі минуло двадцять п'ять років з моменту подання запиту, зробленого родичами жертв насильницького зникнення під час військових операцій проти партизанів у Бразилії, на доступ до інформації з цього питання. Суд засудив Бразилію за порушення свободи вираження поглядів, передбачене ст. 13 Американської конвенції, на тій підставі, що запити мають бути розглянуті протягом розумного строку [34].

Африканська система прав людини визнає право на доступ до публічної інформації, зокрема, за ст. 9 Африканської хартії прав

людини і народів, «кожна особа має право отримувати інформацію; кожна особа має право висловлювати та поширювати свою думку в рамках закону». Реалізація цих положень не може бути обмежена з міркувань національної безпеки, за винятком випадків, коли це очевидно виправдано законом і для законних цілей.

За даними Африканської комісії з прав людини та народів, ст. 9 означає, що свобода вираження поглядів є основним правом, життєво важливим для особистого розвитку та участі громадян. Необхідно зазначити, що у рамках вузького тлумачення змісту цієї статті вона не гарантує право на одержання інформації, яку держава може не бажати оприлюднювати. З метою забезпечення широкого тлумачення ст. 9 Африканської хартії прав людини і народів Африканська комісія з прав людини та народів застосувала творчий інтерпретаційний підхід до розробки положень Хартії, які неповною мірою розкривають та закріплюють деякі права людини, заснований на взаємопов'язаності прав, позитивних зобов'язань. Як справедливо зауважила Африканська комісія у справі «Центр дій із соціальних та економічних прав та інші проти Нігерії», що колективні права, екологічні права, а також економічні та соціальні права є важливими елементами прав людини в Африці. Африканська комісія буде застосовувати будь-яке з різноманітних прав, що містяться в Африканській хартії прав людини і народів. Також наголошується, що у Хартії немає прав, які не можна було б зробити ефективними. Таким чином, Африканська комісія сприяла здійсненню явно не гарантованих прав, вирішивши, що права, які прямо не передбачені Хартією, можуть матися на увазі.

З огляду на вузьку сферу застосування ст. 9 Африканської хартії прав людини і народів, Африканська комісія у 2002 році прийняла додаткову, хоча і таку, що не має обов'язкової сили, Декларацію принципів свободи вираження думок і доступу до інформації в Африці. Ця декларація «підтримує дух ст. 9» та закріпила положення, яке означає, що свобода вираження поглядів та інформації є фундаментальним і невід'ємним правом та важливим чинником демократичного розвитку, що державні органи зберігають інформацію не для себе і кожен має право на доступ до такої інформації за умовами та правилами, встановленими законом. Ця Декларація синхронізує ст. 9 Африканської хартії прав людини і народів з міжнародними стандартами і принципами права доступу

до публічної інформації та встановлює зв'язок між цим правом і правом на свободу вираження поглядів. Декларація визнає, що свобода вираження думок включає право на інформацію, необхідну для прозорості, підзвітності та зміцнення демократії. У цьому документі підтверджує позитивний обов'язок держав гарантувати це право за умови дотримання чітко визначених правил, встановлених законом, включаючи інформацію. Декларація зберігає принцип активного розкриття інформації, вимагаючи від державних органів активно публікувати інформацію, що являє значний суспільний інтерес «навіть за відсутності запиту», захищає розкриття інформації, що становить суспільний інтерес. Важливим є положення, за яким будь-яке порушення права на інформацію може бути оскаржене. Декларація формулює позитивне зобов'язання держав вносити поправки у свої закони про конфіденційність, щоб вони відповідали «принципам свободи інформації». Для виконання зобов'язання щодо забезпечення прозорості в управлінні Спеціальний доповідач Африканської комісії зі свободи вираження думки розробив Типовий закон про доступ до інформації в Африці, який спрямований на те, щоб допомогти національним законодавцям «перетворити» відкрите формулювання права доступу до інформації в конкретні законодавчі положення, що дозволяють створити ефективну національну систему доступу до публічної інформації. Також у ст. 1 Типового закону міститься всеосяжне визначення «інформації», що охоплює документальні, аудіовізуальні, матеріальні та нематеріальні матеріали, незалежно від того, чи з'явилася інформація до дати набуття законом чинності. Цей документ закріплює такі принципи поводження з інформацією, як максимальне розкриття і презумпція розкриття (ст. 2); активне розкриття інформації (ст. 7); закон про верховенство права на інформацію (ст. 4); обмежені винятки (частина III, розділи 24–39) [35].

Таким чином, аналіз судової практики Європейського суду з прав людини та Міжамериканського суду з прав людини показує, що, ймовірно, саме регіональні рамки забезпечують найбільший обсяг та найширші гарантії захисту права на доступ до публічної інформації як прояву свободу думки та вираження поглядів.

Необхідно мати на увазі, що міжнародний механізм захисту права на доступ до публічної інформації не може існувати незалежно від національних механізмів, він ефективно функціонує як додатковий стосовно національних механізмів його гарантування. Міжнародно-універсальне та міжнародно-регіональне

регулювання і контроль за порушенням прав людини, у тому числі щодо доступу до публічної інформації, повинні насамперед бути спрямовані на підвищення ефективності внутрішньодержавних правопорядків. В Україні ще не створено ефективну систему реалізації права на доступ до публічної інформації. Так, за даними Уповноваженого Верховної Ради з прав людини, приблизно 11% скарг, які надходять до цієї правозахисної інституції, стосуються додержання права на доступ до публічної та суспільно важливої інформації, що зумовлює «необхідність покращення законодавчого регулювання у цій сфері та вироблення єдиної судової практики та підходів до вирішення спорів, які виникають між розпорядниками та відповідно запитувачами інформації» [19, с. 4].

Стрімкий розвиток інформаційних технологій дозволяє значно полегшити громадянам доступ до публічної інформації, яка їм потрібна або яка призначена для них, наприклад, у 2019 році у Спільній декларації ОБСЄ, Міжамериканської комісії з прав людини та Спеціального доповідача з питань свободи слова та доступу до інформації рекомендується визнати право на доступ до Інтернету правом людини та обов'язкову умову здійснення права на свободу вираження [36].

Більшість досліджень у всьому світі показують, що доступ до Інтернету зараз є життєво важливим для доступу до роботи, освіти, для покращення прав працівників, а також для забезпечення свободи вираження поглядів та доступу до інформації.

Висновки

Прозорість у діяльності органів державної влади є визначальною засадою для демократичної держави. Це – основна гарантія довіри громадян до держави та прийнятого закону, без якої неможливе гармонійне функціонування суспільства. Інформація про діяльність органів державної влади може мати значення як для окремої людини, так і для широкого кола громадськості. Реалізація цього права є одним із основних інструментів контролю громадян за державною владою, тому так важливо забезпечити максимально широкий доступ до публічної інформації. Право на доступ до інформації, якою володіють органи державної влади, або право на публічну інформацію є основним, фундаментальним правом людини. Довгий час воно розглядалося як напрям модернізації системи адміністрування, а нині його

покладено в основу стратегій, розроблених міжурядовими організаціями та національними урядами, спрямованих на протидію корупції, на захист навколишнього середовища тощо.

Пандемія COVID-19 підкреслила важливість інформації під час кризи. Право на доступ до публічної інформації в останні десятиліття знаходить усе більше визнання в національному та міжнародному законодавстві. Нині велика кількість держав прийняли спеціальні закони щодо врегулювання доступу до публічної інформації.

Розвиток права на доступ до публічної інформації може бути представлений у вигляді формування поколінь національних законів, що регламентують цю сферу суспільних відносин. Слід мати на увазі, що прийняття закону – це лише перший крок до забезпечення доступності інформації, якою володіють державні органи. Це право покладає на держави позитивне зобов'язання визнавати його та розробляти зручні для користувачів системи, що забезпечують практичний доступ до такої інформації як шляхом відповіді на запити щодо інформації, так і шляхом завчасного її розкриття.

Список використаних джерел:

1. Баранова С.Г. Конституционное право человека и гражданина на правовую защиту : дис.. … канд. юрид. наук : 12.00.02. Екатеринбург, 2004. 190 с.

2. Войтович П.П. Інформаційні права людини: міжнародно-правовий захист : монографія. Одеса : Гельветика, 2017. 220 с.

3. Електронне урядування та електронна демократія : навчальний посібник у 15 ч. Київ : ФОП Москаленко О.М., 2017. Частина 11: Доступ до публічної інформації / Ю.Б. Пігарєв, В.М. Дрешпак, І.С. Куспляк. 2017. 60 с. URL: https://onat.edu.ua/wp-content/uploads/2018/05/Part_011_Feb_2018.pdf.

4. Закон України «Про доступ до публічної інформації»: науково-практичний коментар / за ред. Д. Котляра. Київ, 2012. 170 с. URL: https://www.president.gov.ua/storage/j-files-storage/00/01/28/7efd195590f891f51d636939b9dd0ca9_1432818344.pdf.

5. Закон Эстонской Республики о публичной информации : принят 15.11.2000 г. RT I 2000, 92, 597. URL: https://www.juristaitab.ee//sites/www.juristaitab.ee/files/elfinder/ru-seadused/%d0%97%d0%90%d0%9a%d0%9e%d0%9d%20%d0%9e%20%d0%9f%d0%a3%d0%91%d0%9b%d0%98%d0%a7%d0%

9d%d0%9e%d0%99%20%d0%98%d0%9d%d0%a4%d0%9e%d0%a0%d0%9c%d0%90%d0%a6%d0%98%d0%98%2001.12.18.pdf.

6. Консолідовані версії Договору про Європейський Союз та Договору про функціонування Європейського Союзу (2010/C 8301). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b06#Text.

7. Крусян А.Р. Генезис та основні тенденції розвитку сучасного конституціоналізму. *Наукові праці Одеської національної юридичної академії* : зб. наук. пр. Одеса, 2005. Т. IV. С. 102–110.

8. Кушнір І.В. Конституційне право особи на доступ до публічної інформації та його забезпечення Уповноваженим Верховної Ради з прав людини : дис … канд. юрид. наук : 12.00.02. Київ, 2018. 251 с.

9. Лабутина Т.Л., Ильин Д.В. Английское Просвещение: общественно-политическая и педагогическая мысль. Санкт-Петербург : Алетейя, 2018. 312 с.

10. Марченко М.Н. Эволюция европейских объединительных идей (XI–XIX вв.). *Вестник Московского университета. Сер. 11. Право*. 2008. Вып. 3. С. 3–13.

11. Мендел Тоби. Свобода информации: сравнительно-правовое исследование. ЮНЕСКО. Париж, 2008. URL: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000158450_rus.

12. Милостивий Указ його Величності про свободу письма й друку (1766, Королівство Швеція) / переклад А. Чорноморченка. Центр демократії та верховенства права. 2016. URL: https://cedem.org.ua/library/13118/.

13. Новицкая И.Я. Первый государственный акт об отмене цензуры в Швеции, узаконенный 2 декабря 1766 года Его Королевского Величества Милостивым Постановлением относительно свободы выхода в свет рукописных и печатных изданий: исторические предпосылки и персоналии. Москва, 2013. 206 с.

14. Полетило К.С. Інформаційні права людини і свободи та їх судовий захист у конституційних нормах Греції. *Правова інформатика*. 2014. № 1. С. 88–95.

15. Політанський В.С. Право на інформацію як фундаментальне право людини : монографія. Харків : Право, 2017. 208 с.

16. Похил О.М. Поняття і зміст конституційного права на захист своїх прав. *Юридична Україна*. 2009. № 5. С. 25–29.

17. Правові позиції Європейського суду з прав людини у справах щодо доступу до публічної інформації / укладач Христина Буртник. 2020. 142 с. URL: https://rm.coe.int/echr-cases-2020-web/1680a10d12.

18. Про доступ до публічної інформації : Закон України від 13.01.2011 р. № 2939-VI. (у редакції від 24.10.2020). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2939-17#Text.

19. Рекомендації Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини з питань додержання конституційного права людини і громадянина на доступ до інформації / Т. Олексіюк, Л. Опришко, Х. Буртник, В. Барвіцький, О. Кабанов. Київ, 2020. 336 с. URL: https://rm.coe.int/recomendations-final-10-02-21/1680a165f7.

20. Constitutional Provisions for Access to Information. Access Info Europe. *Defending and Promoting the Right of Access to Information in Europe*. URL: https://www.access-info.org/2013-07-15/constitutional-provisions-for-ati/.

21. Угорська спілка громадянських свобод проти Угорщини ("Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary") : рішення Європейського суду з прав людини у справі № 37374/05 від 14.04.2009 р. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-92171%22]}.

22. «Угорський Гельсінський комітет проти Угорщини» ("Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary") : рішення Європейського суду з прав людини у справі № 18030/11 від 08.1.2016 р. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-167828%22]}/

23. Back to Asia and the Pacific ASIA-PACIFIC 2020. Права человека в современном мире : доклад Amnesty International. 2020/2021. URL: https://www.amnesty.org/en/wp-content/uploads/2021/06/%D1%80%D1%83%D1%81%D1%81%D0%BA%D0%B8%D0%B8%CC%86.pdf.

24. Bouhadana I. The right of Access to Public Information: An Analysis of International Conventions. *Revue Internationale des Gouvernements Ouverts*. 2015. T. 2. URL: https://ojs.imodev.org/index.php/RIGO/article/view/1/67.

25. Constitution of Massachusetts. 1780. URL: http://www.nhinet.org/ccs/docs/ma-1780.htm.

26. Jonason P. Le droit d'accès à l'information en droit suédois : une épopée de 250 ans. *Revue Internationale des Gouvernements Ouverts*. 2016. T. 2. URL: https://ojs.imodev.org/index.php/RIDDN/article/view/137/175.

27. Kaye David. Challenges to Freedom of Information in the Digital Age. URL: https://www.swlaw.edu/sites/default/files/2018-04/JIMEL_V7%2C_N2_-_Challenges_to_Freedom_of_Information_in_the_Digital_Age.pdf.

28. King Robert R. North Koreans Want External Information, But Kim Jong-Un Seeks to Limit Access. Center for Strategic International studies. 2019. 15 may. URL: https://www.csis.org/analysis/north-koreans-want-external-information-kim-jong-un-seeks-limit-access.

29. Manninen Juha. Anders Chydenius and the Origins of World's First Freedom of Information Act. The World's First Freedom of Information Act. Anders Chydenius' Legacy Today. Anders Chydenius Foundation. Kokkola : Art-Print Ltd, 2006. P. 18–53. URL: https://www.chydenius.net/tiedostot/worlds_first_foia.pdf.

30. Mitee L. The Right of Public Access to Legal Information: A Proposal for its Universal Recognition as a Human Right. *German Law Journal*. 2017. Vol. 18, No. 6. P. 1429–1496. DOI: 10.1017/S2071832200022392.

31. Muñoz Jorge Astudillo. Notes regarding transparency in the exercise of public functions and the right of accessto public information. *Revista Facultad de Jurisprudencia*. 2021. No. 9. P. 385–429.

32. Nordin J. The Swedish Freedom of Print Act of 1776 – Background and Significance. URL: https://www.swlaw.edu/sites/default/files/2018-04/Nordin%20Pages%20from%207.2%20FULL%20v7%20%284_13_18%29_.pdf.

33. Pollicino O. The Right to Internet Access: Quid Iuris? *The Cambridge Handbook of New Human Rights: Recognition, Novelty, Rhetoric* / eds. In A. Von Arnauld, K. Von der Decken, M. Susi. Cambridge : Cambridge University Press, 2020. P. 263–275. DOI: 10.1017/9781108676106.021.

34. Posenato N. The protection of the right to freedom of expression: a panorama of the Inter-American Court of Human rights Case Law. *Espaço Jurídico Journal of Law*. 2016. February. P. 51–68. DOI:10.18593/ejjl.v16i3.9770.

35. Salau Aaron Olaniyi. The right of access to information and national security in the African regional human rights system. *African Human Rights Law Journal*. 2017. Vol. 17, No. 2. URL: http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1996-20962017000200003#back_fn63.

36. Twentieth anniversary Joint Declaration: Challenges to freedom of expression in the next decade. 2019. URL: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/JointDeclaration10July2019_English.pdf.

РОЗДІЛ 4.
АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

DOI https://doi.org/10.36059/978-966-397-237-4-10

Грушко М. В.,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри міжнародного та європейського права
Національного університету «Одеська юридична академія»,
м. Одеса

ПЕРЕХІДНЕ ПРАВОСУДДЯ: МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД ТА ЗАСТОСУВАННЯ В УКРАЇНІ

Анотація. *Сучасний світ, як засвідчують події останніх десятиліть, став надзвичайно нестабільним. Дослідження та впровадження перехідного правосуддя допоможе визначити механізми вирішення складних питань та супутніх проблем у суспільстві держави, яка знаходиться в стані переходу від авторитарного ладу до демократії або стані переходу від збройного конфлікту до стану миру. Немає однозначності щодо визначення терміна та механізму перехідного правосуддя, але як інструмент досягнення миру правосуддя перехідного періоду отримало широку міжнародну практику визнання та застосування. Для всебічного і повного розуміння суспільством необхідно досліджувати як теоретичні, так і практичні аспекти зазначеного питання. Це динамічний процес, який змінюється загалом та у рамках конкретної держави, що розвивається. Весь комплекс заходів націлений на період, який характеризується умовністю терміна. Особливістю перехідного правосуддя є його тимчасовий та надзвичайний характер зі своїми складовими елементами. Для України це досить нова тема для суспільства, але яку розглядають як конструктивне рішення в ситуації окупації та збройного конфлікту на сході країни та реальної можливості переходу до стану миру в державі. Національна*

модель перехідного правосуддя хоч наразі знаходиться на доопрацюванні, але, по суті, є частиною стратегії деокупації та реінтеграції наших громадян, та, яку варто продовжувати впроваджувати в Україні: важливо зберегти тенденцію внесення змін у законодавство та прийняття нових нормативно-правових актів відповідно до потреб громадянського суспільства та жертвоцентристського напряму, належно підготувати процес притягнення винних до відповідальності, повернутися до питання ратифікації Римського статуту, створення належних умов для отримання постраждалими від конфлікту фінансової компенсації за моральну та матеріальну шкоду, завдану внаслідок збройного конфлікту, та інше.

Вступ

XX – початок XXI століття виявились складними для всього людства в різних аспектах, зокрема виникнення великої кількості збройних конфліктів, трансформація соціально-політичного устрою, політичного курсу деяких країн, цифрова ера суспільства, спалах пандемії та інші події. Коли держава знаходиться в стані переходу від авторитарного ладу до демократії або стані переходу від збройного конфлікту до стану миру саме перехідне правосуддя є необхідним інструментом реалізації миру в суспільстві та забезпечення дотримання прав людини зокрема. Звісно, це непростий та нешвидкий період змін. Досвід функціонування механізмів перехідного правосуддя в тих країнах, де порушення прав людини призвели до конфлікту або здійснювалися під час збройного конфлікту, потрібен для того, щоб показати мету та завдання механізмів періоду перехідного правосуддя для країн, які того потребують. Перехідне правосуддя вже отримало широку практику застосування деякими країнами – Європа, Молдова, Грузія, Велика Британія, Південна Америка, Африка, Кіпр та інші. Для України це досить нова тема для суспільства, але яку розглядають як конструктивне рішення в ситуації окупації та збройного конфлікту на сході країни та реальної можливості переходу до стану миру в країні. Національна модель перехідного правосуддя хоч знаходиться на доопрацюванні, але, по суті, є частиною стратегії деокупації та реінтеграції наших громадян та її варто нині впроваджувати в Україні. Тематика перехідного правосуддя представлена лише в окремих працях вчених, зокрема М. Гнатовського,

О. Задорожнього, О. Мартиненко, А. Кориневича, О. Уварової, Р. Додонова, О. Семенюка та деяких інших. У правовому полі відсутнє єдине бачення змісту та шляхів реалізації підходів перехідного правосуддя, а також взаємодії елементів перехідного правосуддя на рівні державного управління. Мета публікації вбачається у висвітленні доктринального підходу та правових основ перехідного правосуддя в міжнародному праві, його механізму функціонування в деяких країнах для запровадження можливих підходів державного управління та законодавчої практики в Україні. Тому запровадження напрямів перехідного правосуддя до сфери наукового обговорення, ознайомлення громадського суспільства з його принципами та побудова належного теоретико-правового підґрунтя самого механізму перехідного правосуддя приведе до успішної імплементації заходів перехідного правосуддя в Україні, що нині є важливим.

1. Концептуально-правові основи перехідного правосуддя та його структурні елементи

Наприкінці ХХ ст. поширився процес демократизації у всьому світу, який спричинив своєрідні наслідки, що стало результатом появи та застосування правосуддя перехідного періоду в різних «гарячих точках» світу, яке характеризується низкою особливостей певної держави.

Вживаються різні варіанти терміна «перехідне правосуддя» – «транзитивне правосуддя», «перехідна юстиція», «транзитивна юстиція», «правосуддя перехідного періоду», «постконфліктне правосуддя», що є порівняно новим. Тому для всебічного і повного дослідження варто зупинитися на понятійному дослідженні зазначеного терміна, а також як саме функціонує перехідне правосуддя на практиці.

Існують різні дискусії щодо того, хто вперше сформулював термін «перехідне правосуддя». Проте вважається, що вперше термін «перехідне правосуддя» використовується в науковій роботі Н. Крітца «*Trasitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*» 1995 р. Про його авторство заявляє також американська дослідниця Руті Тайтель «Transitional Justice Globalized». Але є думки, що вперше термін «перехідне правосуддя» було також використаний на початку 90-х рр., коли відбувались важливі події, і одна серед них – завершення диктаторської епохи в Південній Америці, відома всім ситуація в

період 1970–1990 рр. в Аргентині, Чилі, Сальвадорі та інших країнах. До процесу перехідного правосуддя у Південній Африці призвели події в Руанді (1994 р.), а в Західній Африці – в Сьєрра-Леоне (1990-ті рр.).

Ще однією великою зміною світу стало падіння Берлінської стіни (1989 р.) – це була колосальна подія, яка пов'язана з падінням соціалістичного режиму в Центральній та Східній Європі, розпадом СРСР, Чехословацької Республіки і тому в той час було багато дискусій, в яких активно застосовували термін «перехідне правосуддя».

Правосуддя перехідного періоду охоплює юридичні практики та проблеми, з якими стикаються держави та суспільства, що трансформуються, коли право використовують у двох напрямах: як засіб трансформації та як напрям трансформації. За мирної трансформації найважливіше питання – це питання історії, минулого, яке не зводиться суто до залишків або «спадку попереднього режиму. Правосуддя перехідного періоду – це конституційна проблема для нових соціальної, політичної та правової систем, що прийшли на зміну старій ситуації. Різні країни сприйняли різні підходи до правосуддя перехідного періоду, що справило результативний вплив на форму і структуру нових режимів» [1, с. 185].

Аналізуючи згадані вище події, перехідне правосуддя можна оцінити як динамічний процес, який змінюється загалом та в рамках конкретної держави, що розвивається, а тому не можна його зробити єдиним. Передбачається, що за кілька років ситуації змінюються, а з нею і підхід, і бачення ситуації, і ставлення до ситуації також, що є, на нашу думку, дуже важливою характеристикою перехідного правосуддя при подальшому дослідженні вказаного питання.

У міжнародних документах вперше згадки про перехідне правосуддя були використані у Звіті Економічної і соціальної ради ООН, де зазначено було 42 принципи запобігання безкарності осіб, які винні в порушеннях прав людини, а також порушеннях гуманітарного права, який був поданий 26 червня 1997 р. [2].

Згодом значним доробком у розробку концепції перехідного правосуддя стала доповідь Генерального секретаря ООН «Про верховенство права і правосуддя перехідного періоду в конфліктних і постконфліктних суспільствах» у 2004 р.,

де вперше надано визначення концепції: «Увесь комплекс процесів та механізмів, які пов'язані зі спробами суспільства подолати тяжку спадщину великомасштабних порушень законності в минулому з метою забезпечити підзвітність, справедливість і примирення. До числа таких механізмів можуть належати як судові, так і несудові (позасудові) механізми з різним ступенем міжнародної участі (або взагалі за її відсутності), а також окремі дії по судовому переслідуванню, відшкодуванню шкоди, встановленню фактів, інституційній реформі, попередньому огляду і припиненню справ або поєднання вищезазначених дій» [3]. У Звіті також вживаються такі терміни: «понівечене війною суспільство», «постконфліктне суспільство», що безпосередньо вказує, що весь комплекс заходів направлений на постконфліктний період. Проте, на нашу думку, при триваючих конфліктах неактивної фази також можливе застосування, про що йтиметься далі.

Як правило, поняття перехідного правосуддя застосовується в постконфліктних або поставторитарних періодах та є чи не єдиним комплексом механізмів (інструментів), здатним забезпечити перехід від збройного конфлікту до пост-конфліктного середовища (суспільства), подолати наслідки авторитарних режимів й забезпечити його неповторення в майбутньому. Види збройних конфліктів, міжнародного чи неміжнародного характеру, які мають суттєву якісну відмінність, різняться також і гостротою протистояння. Але саме гострота збройного протистояння і визначає фази проходження збройного конфлікту міжнародного та неміжнародного характеру, що є спільним для вказаних видів збройних конфліктів. Фаза протікання збройного конфлікту звичайно є важливою для ефективності функціонування перехідного правосуддя. Конфлікт, як правило, від виникнення до завершення проходить три стадії: стадію зародження, стадію використання сили (практичні дії), стадію врегулювання. А тому ключове значення має період постконфліктних відносин, який і зумовлює міцність досягнутих домовленостей. Проте не завжди цей період є чітко встановлений, а отже, період переходу може бути затяжним. А тому, на нашу думку, варто усвідомити умовність такого переходу, а отже, умовність терміну «перехідне правосуддя», оскільки момент початку такого переходу може бути визначений, хоч і не завжди, а момент завершення також не може бути чітко визначений у часі.

Період перехідного правосуддя може тривати десятки років. Врегулювання конфлікту передбачає, що сторони приходять до висновку про унеможливлення досягти своєї мети силовими засобами, що призводить до необхідності знаходження компромісу. Врегулювання конфлікту можливе, коли сторони прагнуть формувати інший рівень стосунків, який спрямований на встановлення перехідного правосуддя.

Отже, варто виділити ще одну особливість – умовність. З огляду на те, що перехідне правосуддя охоплює різні сфери відносин, тому може завершуватися для одних сфер і продовжуватись для інших. У зв'язку з цим О. Уварова виділяє термін – «постконфліктне правосуддя», відійшовши від необхідності вказувати, до чого «здійснюється перехід і коли такий перехід можна вважати завершеним». Проте такий термін має вузьке значення – «коли йдеться не про збройний конфлікт, а про зміну політичного режиму, зокрема усунення авторитарного правління, наслідками якого є масові репресії та порушення прав людини, такі зміни не можуть охоплюватися поняттям постконфліктного правосуддя» [4, с. 8–9]. Варто зазначити, що з часом використання такого визначення стало недоцільним з огляду на те, що воно не дає відповіді на низку питань, які нині є актуальними в рамках застосування цієї концепції, зокрема практики її застосування лише в постконфліктному середовищі.

У 2006 р. Управління Верховного комісара ООН із прав людини також робить певні заявки щодо напрямів перехідного правосуддя: «Правосуддя перехідного періоду має ставити високу мету – сприяти перетворенню пригнобленого суспільства у вільне суспільство шляхом реагування на допущену раніше несправедливість прийняттям таких заходів, які забезпечать у майбутньому верховенства справедливості» [5]. Важливо реагувати на порушення прав людини, які були здійснені ще до початку конфлікту і стали причиною його. Так, в 2010 р. Генеральний секретар ООН видав свою «Директивну записку про підхід Організації Об'єднаних Націй до правосуддя перехідного періоду», в якій міститься призив ООН «прагнути до забезпечення того, щоб процеси і механізми правосуддя перехідного періоду враховували корінні причини конфліктів і репресивного правління і реагували на порушення всіх прав, включаючи економічні, соціальні і культурні права» [6] Послідуючі Директивні записки [7] деталізували та заохочували до «всеосяжного підходу до

правосуддя перехідного періоду», вказуючи його як один із «ключових компонентів зусиль зі збереження миру». Тому роль ООН як гаранта миру значуща в співробітництві під час розв'язання проблем гуманітарних і політичних, проблем у сфері безпеки, миробудування та прав людини. Комісія з миробудування ООН уповноважена «мобілізувати ресурси і давати рекомендації та пропозиції щодо комплексних стратегій постконфліктного миробудування та поновлення» [8].

У доповіді Генерального Секретаря «Верховенство права та перехідне правосуддя у конфліктних та постконфліктних суспільствах» 2017 р. дається таке визначення правосуддя перехідного періоду – «повний спектр процесів, пов'язаних зі спробами суспільства знайти спільну мову щодо спадщини минулих масштабних зловживань для забезпечення відповідальності, служіння справедливості та досягнення примирення. Це може включати в себе судові та позасудові механізми з різним ступенем міжнародної участі (або взагалі без неї), а також індивідуальне переслідування, відшкодування збитків, встановлення істини, інституційну реформу, перевірку та звільнення або їх поєднання» [9].

Науковці також надають розширений варіант дефініції. Зокрема, заслуговує на увагу визначення Н. Рот-Аріаза та Дж. Маріцкуррена: «набір практик і механізмів, які використовуються після періоду конфлікту, громадянської війни або репресій і які спрямовано безпосередньо на подолання наслідків порушень прав людини та гуманітарного права, що мали місце у минулому» [10, с. 2]. Відповідно до цього визначення, перехідне правосуддя відбудеться тільки тоді, коли конфлікт або репресії закінчились і мають охоплювати усі права людини, а не тільки громадянські та політичні права. Однак ця концепція не отримала широкої підтримки зацікавлених сторін, деякі з яких вважають за необхідне обмежуватись фактами серйозних і систематичних порушень громадянських і політичних прав. Примітно, однак, що згодом ООН прийшла до визнання того, що для усунення першопричин конфлікту також важливо усунути порушення економічних, соціальних та культурних прав [11, с. 3].

Видається, що не існує якоїсь єдиної формули, як здійснювати перехідне правосуддя чи як варто здійснювати перехідне правосуддя. Як зазначала Л. Малліндер, «немає якогось рецепту, як правильно чи неправильно реалізовувати перехідне правосуддя.

Це щось, що вимагає досить великих зусиль з урахуванням особливостей локальної ситуації» [12], а тому, на нашу думку, за природою перехідне правосуддя є певною мірою консенсусом для досягнення поставлених цілей – примирення сторін.

Ще однією особливістю перехідного правосуддя є його тимчасовий та надзвичайний характер. Деякі елементи механізму перехідного правосуддя створюються на основі конкретного мандата і на конкретний термін. Однак досвід показує, що тимчасові і постійні механізми можуть співіснувати, якщо ставиться завдання розібратися з минулими злочинами і не допустити нових. Такі механізми можуть бути міжнародними, регіональними або національними. Наприклад, Міжамериканський суд із прав людини і деякі конституційні суди зробили великий вклад у концепцію правосуддя перехідного періоду. Щодо участі іноземних та міжнародних експертів є різні думки. В. Шабас зазначає, що іноземні та міжнародні експерти в змозі посприяти реалізації перехідного правосуддя, зокрема шляхом створення різних Комісій зі встановлення істини чи примирення [13]. Л. Малліндер стверджує зворотне: «Не вірю в необхідність міжнародних учасників» [12], зазначаючи, що завжди краще, коли комісія складається з представників самої країни, це має бути комбінація людей, які є достатньо репрезентативними, володіють такими якостями, як доброчесність, незалежність, навіть нейтральність (на нашу думку, є надзвичайно складно, навряд є люди, які нейтральні й поза збройним конфліктом). Немає якоїсь формули, щоб суспільства вбачали за можливе знайти осіб, діячів, які б уособлювали в собі консенсус, а тому це питання великої напруги.

Надзвичайно важливо пам'ятати, що потрібно дуже ретельно слухати людей (жертв збройних конфліктів, свідків злочинів, родичів осіб, зниклих безвісти та інших), їхні потреби та дослухатися до них. Генеральний секретар ООН звертає увагу, «для того щоб в процесі державного та інституційного будівництва підвищувалась легітимність шляхом забезпечення загальної участі та уважного вивчення причин для незадоволень» [14]. Як вдало зауважують українські науковці А. Блага, О. Мартиненко, «перехідне правосуддя можна розуміти як концепцію не лише процесу правосуддя під час перехідного періоду, але й справедливого ставлення (*justice*) з боку закону до усіх учасників конфліктних процесів у суспільстві» [15, с. 31].

Сутність концепції перехідного правосуддя розкривається також через аналіз його мети. Варто зазначити, що навколо мети перехідного правосуддя точиться чимало дискусій. Деякі автори акцентують увагу на пріоритетності політичних завдань, тобто перехідне правосуддя є механізмом, який дає змогу перейти від недемократичного правового режиму до демократії [16]. В той час як інші автори розглядають концепцію в контексті права, моралі і історичної правди. Саме на цих двох аспектах, тобто на поєднанні політичної і правової складової частин, і виникають диспути [17, с. 336].

Перехідне правосуддя також включає супутні напрями, які можуть включати створення підзвітних інституцій та відновлення довіри до них, забезпечення поваги до верховенства прав шляхом доступності правосуддя для найбільш уразливих верств населення, що постраждали від правопорушень, створення базису для усунення корінних причин конфліктів, а також подальше мирне сприяння врегулювання постконфліктних ситуацій.

Таким чином, на нашу думку, метою перехідного правосуддя є забезпечення мирного співіснування сторін, які знаходяться в кризовій ситуації, запобігання таким конфліктам у майбутньому, відновлення взаємоповаги сторін і гідності жертв збройного конфлікту шляхом застосування різних важелів, зокрема відшкодування шкоди, реалізації права на правду, притягнення винних до відповідальності, реформування національного законодавства, формування судової практики та інші. Зазначена мета перехідного правосуддя реалізовується через відшкодування шкоди особам як за порушення міжнародно-правових стандартів прав людини та положень національного права, так й визначення передумов цих злочинів. Хоча перехідне правосуддя і включає кримінальну відповідальність, воно підкріплюється також і ширшим розумінням справедливості, що враховує спектр потреб і пріоритетів для людей, які опинилися в конфліктній, постконфліктній чи кризовій ситуаціях, що охоплює різні напрями правовідносин, що й забезпечує правовий захист жертв конфлікту, осіб зниклих під час збройного конфлікту та інших категорій осіб, постраждалих від наслідків кризової ситуації. Поняття перехідного правосуддя може бути максимально широким.

Отже, можна запропонувати такий підхід до перехідного правосуддя: це певний період, коли у відповідь на репресії і/або на наслідки збройного конфлікту (міжнародного або

неміжнародного характеру) чи іншої кризової ситуації, функціонують різні механізми, інструменти, засобів та практики з метою протидії і/або подолання порушень міжнародного права прав людини і/або міжнародного гуманітарного права, які мали місце в минулому на території певної держави. За такого підходу воно охоплює період, коли в державі механізми правосуддя перехідного періоду мають надзвичайний і тимчасовий характер.

Коли ми говоримо про перехідне правосуддя потрібно розуміти, що цей процес залежить від багатьох факторів – соціально-культурних, історичних, фінансових можливостей, політичних, а також тривалого збройного конфліктів та інших. А тому визначення його структурних елементів буде залежати від них.

Загалом немає єдиного підходу структурних елементів перехідного правосуддя. Однією з можливих основ правосуддя перехідного періоду є чотири фундаментальних положення, запропонованих О. Уваровою: 1) обов'язок держави розслідувати передбачувані випадки порушень прав людини та серйозних порушень міжнародного гуманітарного права, включаючи випадки сексуального насильства, піддавати кримінальному переслідуванню осіб, які вчинили такі порушення, та карати тих, хто визнаний винним; 2) право дізнатися правду про минулі злодіяння та долі осіб, зниклих безвісти; 3) право жертв порушень прав людини та серйозних порушень міжнародного гуманітарного права на отримання компенсації; 4) обов'язок держави шляхом прийняття різних заходів не допускати повторення таких злодіянь надалі [18, с. 12].

Для виконання цих чотирьох положень створюються різні механізми та вживаються різні заходи: механізми по встановленню істини, такі як комісії зі встановлення істини; механізми правосуддя (національні, міжнародні або змішані), забезпечення компенсації, а також проведення інституційної реформи, включаючи перевірку на благонадійність. Багато з цих механізмів будуть створюватись на основі певного мандату та мати тимчасовий характер діяльності. Проте, як показує досвід, тимчасові і постійні механізми можуть співіснувати, якщо ставиться завдання розслідування вчинених злочинів та недопущення нових. Такі механізми можуть бути міжнародними, регіональними або національними.

В. Шабас вважає, що ключовими ідеями перехідного правосуддя є такі: 1) правда. Ідея правди чи справедливості глибоко укорінена в перехідне правосуддя; 2) примирення. Вчений вважає, що цей елемент є суперечливим через те, що суперечить контексту

перехідного правосуддя – примирення та правосуддя. Примирення лише тоді може бути ефективним, коли всі сторони розуміють, що жодна сторона не може отримати перемогу над іншою. Має бути ідея того, що примирення є бажаним для всіх сторін, щоб жити далі в мирі, тому примирення вважається важливою частиною процесу перехідного правосуддя. Але, звичайно, примирення порушує питання покарання – третього аспекту. Як показує міжнародна практика, різні держави по-різному реагували на примирення; 3) справедливість (правосуддя, яке застосоване належними судами) [13].

З'ясування правди, історичної правди є надзвичайно важливим. Вважаємо, що варто зосереджуватися саме на індивідуальній правді. На нашу думку, право на правду є складником права на інформацію та, відповідно, складовим елементом процесу перехідного правосуддя – повне та правдиве інформування населення про стан збройного конфлікту, його наслідки та про дотичні йому ситуації, історична правда, право жертв зникнень дізнатися, що сталося з членами їхньої родини, які зникли під час збройних конфліктів.

Сукупність механізмів, які становлять зміст концепції перехідного правосуддя, можна визначити, проаналізувавши документи ООН. Такими механізмами є: 1) судове (кримінальне) переслідування («*justice process*»); 2) відшкодування шкоди («*reparation process*»); 3) встановлення фактів (істини) («*truth process*»); 4) інституційна реформа («*institutional reform*»).

Держави, згідно з принципом *pacta sunt servanta* мають співпрацювати і допомагати компетентним судовим органам у розслідуванні порушень прав людини, воєнних злочинів і відправленні правосуддя [19]. Кримінальне переслідування осіб, які винні у порушенні прав людини при колишньому режимі або в процесі збройного конфлікту, може бути реалізоване як національними, так і міжнародними судами, а також можливий варіант створення змішаних судових органів, про які відомо міжнародній практиці.

У рамках реалізації цього механізму актуальним є питання про запровадження так званих «гібридних судів». Гібридні суди – це суди, де поряд із національними суддями, у відправленні правосуддя беруть участь і судді-іноземці, такі суди зазвичай створюються на постконфліктних територіях із метою притягнення до відповідальності осіб, які винні у скоєнні воєнних

та інших злочинів. До переваг гібридного правосуддя варто зарахувати підвищений авторитет до такого суду в умовах «розділених суспільств», шляхом залучення не заангажованих місцевою елітою іноземців, уміння останніх протистояти «культурі безкарності», можливість адаптувати стандарти міжнародного гуманітарного права до локальних умов. Недоліками гібридного правосуддя можна назвати фінансову уразливість останніх, а також небажання і неготовність національних суддів співпрацювати з іноземними через відсутність такого досвіду в минулому та низку інших причин [20, с. 47, 61].

Запровадження механізму кримінального переслідування часто порушує питання про застосування амністії як дієвого інструменту в процесі функціонування перехідного правосуддя. До амністії є кілька підходів, які мають багато нюансів. Під амністією в міжнародній практиці розуміють відмову від кримінального переслідування і, в певних випадках, цивільних позовів проти особи або групи осіб за певні злочини, вчинені в минулому, а також анулювання раніше встановленої юридичної відповідальності. Це відрізняє амністію від помилування – такого офіційного рішення, яке звільняє засуджену особу або групу засуджених осіб від відбування покарання.

Дебати про застосування амністії в процесі врегулювання конфліктів, як правило, точаться навколо питання справедливості, безкарності. Міжнародне право передбачає зобов'язання держави, на території якої відбувався збройний конфлікт, прагнути до проведення амністії. Інститут амністії передбачений Протоколом II 1977 р. до Женевських конвенцій 1994 р., що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру, де зазначено, що після воєнних дій органи влади «прагнуть надати якомога ширшу амністію особам, які брали участь у збройному конфлікті» [21, ст. 6 (5)].

Постконфліктне правосуддя часто застосовується до усіх, хто якимось чином був причетний до злочинів у конфліктних ситуаціях. Проте застосування широкої амністії з метою припинення конфлікту є небезпечною практикою. Лише ретельно розроблені закони про амністію можуть допомогти країні в поверненні та реінтеграції своїх територій, та їх варто заохочувати. А тому надзвичайно важливо дотримуватися положень ст. 6 «Право на справедливий суд» Європейської конвенції 1950 р.

Амністії не мають універсального визначення ані в міжнародному праві, ані в академічній науці. Науковці можуть по-різному визначати їх у різних контекстах, на це варто звертати увагу, але загалом потрібно розуміти, що сама по собі вона не працює та є надзвичайним заходом, який особливо важливий у період перехідного правосуддя для подолання певних перепон. Виходячи з позиції ООН щодо амністій, можна зазначити, що вона базується на кількох основних принципах. Так, держави мають: а) забезпечити притягнення до відповідальності осіб, які відповідальні за серйозні порушення прав людини та гуманітарного права; б) забезпечити жертвам збройних конфліктів право на правовий захист, зокрема на компенсацію; в) амністія не може заважати жертвам або всьому суспільству дізнатися правду про злочини.

Як бачимо, міжнародне право і ООН не виключають використання в постконфліктному врегулюванні такого інструменту, як амністія, проте встановлюють певні межі його допустимого застосування – в мирних угодах не може міститися положення амністії за геноцид, воєнні злочини, злочини проти людяності або грубі порушення прав людини. Причина вилучення серйозних порушень норм міжнародного гуманітарного права з угод про амністію очевидна – це попередження безкарності винних у найтяжчих злочинах (*erga omnes*), це також суперечило б обов'язку держав, що передбачено нормами міжнародного гуманітарного права, проводити розслідування та притягувати до відповідальності осіб, підозрюваних у вчиненні воєнних злочинів під час збройних конфліктів. Міжнародній практиці відомі такі приклади: громадянська війна у Гватемалі (1960–1996 рр.) між урядом і воєнізованими формуваннями, які складались із представників корінних народів; Законом про національне примирення (*National Reconciliation Law*) 1996 р. було дозволено застосування амністії до всіх осіб, окрім тих, які вчинили найсерйозніші воєнні злочини під час громадянської війни; громадянський конфлікт у Колумбії (з 1964 р. та протягом подальших років) між колумбійськими воєнізованими формуваннями та повстанськими угрупуваннями (такими як Революційні збройні сили Колумбії (*Revolutionary Armed Forces of Columbia, FARC*)) проти колумбійського уряду. Уряд ввів Закон про справедливість і мир (*Justice and Peace Law*) 2005 р. Цей закон передбачав застосування амністії щодо учасників збройних сил,

які вирішили демобілізуватися, але не щодо осіб, які вчинили найсерйозніші порушення прав людини, такі як тероризм, викрадення чи геноцид [22]. У випадку Республіки Македонія амністія не поширювалася на найбільш серйозні порушення гуманітарного права, що мають характер воєнних злочинів. Фактично це означало, що об'єктом кримінального переслідування ставали особи, які несли головну відповідальність, приймали рішення і віддавали накази. У разі Боснії і Герцеговини міжнародне співтовариство також здійснювало тиск на боснійський уряд із метою звільнення від переслідування осіб за злочинні діяння, вчинені під час конфлікту, за винятком серйозних порушень міжнародного гуманітарного права [23].

Міжнародна практика, на жаль, дає підстави навести супротивні приклади – «види амністії, що безпосередньо не передбачають виключення серйозних порушень норм міжнародного гуманітарного права – після громадянської війни в Сьєрра-Леоне (1991–2002 рр.) у 1999 р. була підписана Угода про мир між урядом Сьєрра – Леоне та Об'єднаним революційним фронтом Сьєрра-Леоне, завдяки якій припинилася громадянська війна, від якої Сьєрра-Леоне потерпала майже десять років. Унаслідок підписання цієї угоди Об'єднаний революційний фронт (далі – ОРФ) був визнаний національною політичною партією, і до всіх учасників ОРФ була застосована амністія, включно з тогочасним лідером Фоде Санко (*Foday Sankoh*). Однак ООН додали подальші застереження і відмовилися погоджуватися з амністією, яка поширювалась на серйозні порушення міжнародного гуманітарного права» [24]. Закон про амністію Хорватії 1996 р. передбачав амністію від кримінального переслідування і судового розгляду за злочинні діяння, вчинені під час війни. У той же час хорватський уряд на вимогу міжнародних посередників оприлюднив списки осіб, яких підозрювали в найтяжчих порушеннях прав людини (списки воєнних злочинців), які після цього фактично отримали змогу залишити територію Хорватії.

Міжнародна практика також передбачала і третій сценарій розвитку подій – у рамках мирного процесу в Північній Ірландії, де протистояння тривало три десятиліття, уряд Великобританії погодився на «прискорене звільнення заарештованих», механізм і терміни якого визначалися белфастською мирною угодою. Засуджені відбували частину терміну у в'язниці (залежно від тяжкості скоєних злочинів) і звільнялися під розписку [12].

Міжнародна практика застосування амністії в пост-конфліктному врегулюванні показує різноманітність, тому ці питання заслуговують на окреме наукове дослідження.

Зміст елементу концепції «відшкодування шкоди» включає моральну сатисфакцію, матеріальну компенсацію, відновлення порушених прав. Резолюція Генеральної асамблеї ООН 60/147 «Основні принципи та керівні положення, що стосуються права на правовий захист і відшкодування шкоди для жертв грубих порушень міжнародних норм в області прав людини і серйозних порушень міжнародного гуманітарного права» від 16 грудня 2005 р. передбачає такі форми відшкодування шкоди: реституція, компенсація, реабілітація, сатисфакція, гарантії неповторення [19]. Зокрема, правовий зв'язок між такими елементами, як кримінальне переслідування та відшкодування шкоди, простежується у змісті такої форми, як сатисфакція, яка передбачає судові та адміністративні санкції щодо осіб, які несуть відповідальність за порушення, та гарантії неповторення, які передбачають, що судові процедури мають відповідати міжнародним нормам, які стосуються судочинства, чесності та безсторонності, а також укріплення незалежності судових органів.

Як зазначається в доповіді спеціального доповідача ООН у «Спільному дослідженні з питання вкладу правосуддя перехідного періоду в запобігання грубих порушень і утисків прав людини і серйозних порушень норм міжнародного гуманітарного права…», «відшкодування шкоди сприяє попередженню злочинних діянь завдяки визнанню жертв в якості наділених правами громадян і забезпечення умов, в яких вони можуть більш рішуче вимагати відшкодування за минулі та майбутні порушення. Хоча підставою для відшкодування є порушення, що мали місце в минулому, воно покликане забезпечити, щоб порушення не залишалося без наслідків у момент його вчинення і в майбутньому» [25, с. 5]. Це твердження якнайкраще обґрунтовує важливість такого компонента концепції, як відшкодування шкоди.

Наступний складовий компонент концепції – «встановлення фактів (істини). Право на правду є цілком важливим компонентом, адже порушення прав під час конфлікту та репресії зазвичай супроводжуються таємністю їх здійснення або запереченням, тому сім'ї жертв і суспільство мають право та повинні знати істину. Це твердження знаходить підтримку в міжнародному праві, а саме в Додатковому протоколі до

Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол І): у ст. 32 зазначено, що сторони, які перебувають у конфлікті, у своїй діяльності виходять із права сімей знати долю своїх родичів [26]. У ст. 24 Міжнародної конвенції для захисту усіх осіб від насильницьких зникнень зазначено, що жертвою вважається не лише зникла особа, а й будь-яка фізична особа, якій завдано безпосередню шкоду в результаті насильницького зникнення, кожна жертва має право знати правду про обставини насильницького зникнення, про результати розслідування, про долю зниклої особи. А кожна держава вживає належних заходів із цією метою [27].

Реалізація права на правду можлива завдяки створенню так званих Комісій із відновлення істини. Такі комісії зосереджують свою увагу на розслідуванні таких грубих порушень прав людини, як тортури, зникнення людей, геноцид, злочини проти людяності, вбивства, а також порушень міжнародного гуманітарного права і воєнних злочинів. Вважаємо, що створення Комісії з установлення істини має ґрунтуватися на таких принципах, як національний вибір, потреба у всебічному уявленні суспільства про правосуддя перехідного періоду, на власній моделі, яка прив'язана до конкретної держави, незалежність Комісії та міжнародна підтримка.

Якщо порівнювати роботу таких комісій та судової системи, то можна виділити переваги та недоліки перших. Недоліком діяльності Комісій із правди є неможливість притягнути винних до відповідальності шляхом застосування санкцій, неможливість примусити осіб давати свідчення комісії, що, звичайно, є прерогативою суду. Проте явною перевагою буде виступати ефективність діяльності Комісії, адже у власних розслідуваннях вона має змогу просунутись значно далі, ніж суд. Проголошення правди для багатьох постраждалих є першим офіційним визнанням їхніх претензій і хоча б першим кроком щодо притягнення винних до відповідальності [28, с. 94].

Важке питання щодо оптимальних часових рамок для актуалізації питання про «право на правду»: чи доцільно робити це вже і зараз, або ж доносити правду до населення після примирення. Місії зі встановлення істини можуть виявитися придатними майданчиками для розгляду корінних причин конфлікту або репресій і порушень прав людини, оскільки вони

покликані відновити справжню картину того, що відбулося, і мають повноваження для вивчення причин, наслідків і характеру грубих порушень прав людини. Хоча завдання зі встановлення істини можуть бути або більш обмеженими, або ширшими, відновлення цілісної картини подій, що відбулися, завжди включає виявлення корінних причин порушень прав людини, а також фактів масових порушень таких прав. А тому оптимальні часові рамки для актуалізації питання про «право на правду» кожна країна приймає для себе самостійно.

Що стосується такого елементу, як інституційна реформа, то вона передбачає проведення реформи державного апарату, судової системи, військових та правоохоронних структур, на які покладено функції захисту основних прав людини, підтримання стабільності й безпеки. Надзвичайно складно проводити подібні зміни, програми реформ змушені враховувати реалії і суперечності постконфліктних чи конфліктних періодів (пасивна фаза). Спротив реформам має бути подоланий, оскільки нереформовані інститути створюють загрозу встановленню миру й утвердженню верховенства права.

Інституційні реформи є своєрідними гарантіями неповторення, які своєю чергою реалізують превентивну функцію. На доктринальному рівні гарантії неповторення є найменш опрацьованим елементом концепції, порівняно з іншими елементами, але в практичній площині, а саме в розрізі попередження правопорушень, спостерігається наявність великого об'єму знань та досвіду.

У постконфліктних суспільствах довіра населення до державних органів та їх посадових осіб є вкрай низькою. Для того, щоб забезпечити довіру населення до держави й (ре)легітимізувати державну владу, громадськість має бути поінформована про зміст інституційних реформ і довіряти цим реформам. Також важливим елементом інституційної реформи виступають люстраційні заходи. У міжнародному праві люстрація розглядається як один з інструментів правосуддя перехідного періоду, який «використовується для захисту нових демократичних держав від загроз, пов'язаних із тими, хто був тісно пов'язаний із попереднім тоталітарним режимом, і запобігання поверненню такого режиму і полягає в забороні посадовим особам, які представляють колишній режим, займати впливові державні посади в країні після його зміни» [29, с. 48].

У межах концепції перехідного правосуддя люстрації розглядаються як певна кадрова політика щодо ключових осіб *ancient regime*. Метою люстрації є необхідність захистити державу від її минулих представників (державних діячів, представників сектора безпеки, партійної номенклатури) [30, с. 95].

Варто згадати ще один важливий елемент правосуддя – репарації –відшкодування, які держава відповідно до мирної угоди або інших міжнародних документів виплачує країнам, що стали жертвами нападу з її боку. Практика застосування репарацій дає змогу відновити права жертв збройних конфліктів. Це питання є надзвичайно складним, бо вимагає особливого механізму реалізації, а також фінансових ресурсів. Воєнні злочини не мають терміну давності, виходячи з положень Міжнародної конвенції про незастосування строків давності до воєнних злочинів. А тому часові рамки відсутні щодо моменту припинення реалізації репарацій постраждалою стороною. Для Греції та Польщі питання репарацій за шкоду, завдану під час Другої світової війни, ще не закрите [31].

Наслідки тривалих конфліктів виливалися в певні складнощі у процесі реалізації правосуддя перехідного періоду. Збір доказів (або взагалі не формувалася доказова база або неналежно формувалася), затягування процесу розслідування злочинів, неналежне проведення правосуддя, таємність позасудових заходів, діяльності призводили до того, що жертви збройних конфліктів та їхні рідні самостійно можуть проводити широку компанію звернень до міжнародних інстанцій, зокрема шляхом подачі скарг в ЄСПЛ. При цьому право на отримання соціальних виплат є об'єктом захисту за ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. Втручання у право позивача на мирне володіння своїм майном у вигляді соціальної допомоги Суд у вказаному рішенні вважає таким, що не ґрунтується на законі і є дискримінаційним.

Жертви конфлікту чи насилля фактично домінують у здійсненні правосуддя та відновленні своїх прав. Водночас самі по собі жертви конфлікту не є гомогенною групою, і різновиди та спектр насилля можуть бути різними щодо них. Великі групи родичів тих, хто зникли безвісти, можуть об'єднуватися з невеликими союзами політичних активістів. Крім того, деякі можуть навіть об'єднувати соціальні ролі того, хто здійснював насилля, і жертв, наприклад, діти-солдати [32]. Нормативно

орієнтація на жертв конфлікту підкріплена Резолюцією Генеральної асамблеї ООН від 16 грудня 2005 р. № 60/147. «Основні принципи та керівні положення щодо права на правовий захист і відшкодування збитків» визначають основні засади дотримання, гарантування та заохочення прав жертв насильства, зобов'язання держав щодо прав постраждалих на істину, справедливість і відшкодування збитків.

Таким чином, концепція перехідного правосуддя включає в себе розгалужену систему механізмів та заходів, спрямованих на подолання порушень прав людини і норм міжнародного гуманітарного права, а також забезпечення неповторення таких правопорушень у майбутньому.

2. Права людини та концепція перехідного правосуддя в Україні

Договірні зобов'язання держав, які містяться в міжнародних документах сфери права, сприяють встановленню взаємозв'язків між правосуддям перехідного періоду та правами людини. Права людини є універсальними, неподільними, взаємозалежними та взаємопов'язаними. Громадянські, політичні, соціальні, економічні та культурні права є частиною єдиної системи прав людини, які необхідно «охороняти силою закону з метою забезпечення того, щоб людина не була змушена вдаватися як до останнього засобу до повстання проти тиранії і гноблення» [33]. Держави зобов'язалися сприяти у співробітництві з ООН, загальній повазі і дотриманні прав людини і основних свобод. Загальне розуміння характеру цих прав і свобод має величезне значення для вчасного та належного виконання договірних зобов'язань. Тому кожен член суспільства і кожен державний та недержавний орган «завжди, маючи на увазі Загальну декларацію», мають прагнути «шляхом освіти сприяти повазі цих прав і свобод і забезпеченню шляхом національних і міжнародних прогресивних заходів, загального і ефективного визнання...» [33].

Багато універсальних та регіональних документів, які регулюють громадянські, політичні, соціальні, економічні та культурні права, створюють зобов'язання перед державами щодо їх виконання, заохочують і захищають.

Міжнародні документи з міжнародного гуманітарного права, які встановлюють договірні зобов'язання учасників міжнародного конфлікту або конфлікту неміжнародного характеру щодо прав

людини під час збройних конфліктів. Зокрема, VI Гаазька конвенція про закони та звичаї суходільної війни 1907 р. та чотири Женевських конвенції 1949 р. торкаються опосередкованим чином деяких з основоположних прав людини, наприклад, право поранених і хворих на здоров'я. Додаткові протоколи I і II 1977 р. до Женевських конвенцій забороняють також використовувати голод серед цивільного населення як метод ведення військових дій і забороняють нападати на об'єкти, необхідні для виживання цивільного населення. Додатковий протокол I та звичаєве право забороняють здійснювати напади на цивільні об'єкти, включаючи об'єкти інфраструктури, призначені для обслуговування населення, які відображаються на можливості реалізовувати, зокрема, право на освіту, харчування, здоров'я, житло і воду, а також культурні права.

Ще один блок норм регулює міжнародне кримінальне право та визначає матеріальні склади злочинів і, відповідно, пов'язаний із такими елементами правосуддя перехідного періоду, як кримінальне переслідування винних, зокрема, це Конвенція про попередження злочину геноциду і покарання за нього 1948 р., Римський статут Міжнародного кримінального суду 1998 р.

Для контролю за дотриманням прав людини були створені різні міжнародні та регіональні механізми. Договірні органи та ряд спеціальних процедур ООН є складовими частинами міжнародної системи захисту прав людини, які відіграють важливу роль у тлумаченні норм міжнародного права прав людини. Ці механізми використовуються міжнародними та національними судовими та квазісудовими органами [34]. Тому, на нашу думку, держави, які реалізують напрями перехідного правосуддя, мають керуватися документами таких авторитетних органів, комісій та мандатаріїв спеціальних процедур. Міжнародні органи у сфері прав людини використовують потрійну класифікацію зобов'язань – держави-учасники зобов'язані поважати, захищати і здійснювати права, передбачені в відповідних міжнародних договорах. Обов'язок вживати цілеспрямовані заходи щодо здійснення прав та забезпечення економічних, соціальних і культурних прав саме вразливих груп населення є особливо важливим аспектом зобов'язання щодо дотримання цих прав. Можна звернутись до практики ЄСПЛ. У рішенні по справі «Пічкур проти України» від 7 лютого 2014 р. [35] йдеться про те, що громадянин, який багато років працював у своїй країні та сплачував внески до системи

пенсійного забезпечення, якому призначена пенсія, має необмежене право на її отримання, незалежно від місця постійного проживання: на території України або за її межами. А це означає, що право на пенсію та соціальні виплати та їх одержання не може бути пов'язане з місцем проживання людини. Такий підхід можна поширити не тільки на громадян, які виїхали на постійне місце проживання до інших держав, а й на внутрішньо переміщених осіб, які мають постійне місце проживання на непідконтрольній уряду України території. Подібна практика важлива для вразливих груп населення в процесі застосування перехідного правосуддя.

Звичайно, вимога поваги, захисту та дотримання стосується й громадянських та політичних прав, зокрема, наприклад, проводити розслідування обставин насильницьких зникнень. Сам факт такого зникнення становить порушення ст. 3 і ст. 4 Загальної декларації прав людини 1948 р. та ст. 1 Конвенції про захист усіх осіб від насильницьких зникнень 2006 р. У зв'язку з цим варто виділити ще одне право – право жертв збройних конфліктів або зникнень дізнатися, що сталося з членами їхньої родини, які зникли під час збройних конфліктів. Право на правду – одна з ключових цілей перехідного правосуддя, яке передбачає документування подій, які стосуються збройного конфлікту, та встановлення об'єктивної картини. Такі зникнення отримали розгляд деякими механізмами ООН – Радою з прав людини, спеціальними процедурами та ЄСПЛ. У практиці ЄСПЛ відома справа щодо зникнень, які мали місце під час конфлікту на Кіпрі в 1994 р. [36]. Право на правду можна розглядати як індивідуальне право кожного на правду, так і колективне право знати правду, яка може бути відображене у практиці правосуддя, що стосується прав людини. Але, звичайно, ця ситуація стає складнішою, тому що це не завжди просто отримати консенсус. На нашу думку, в деяких контекстах, деяких ситуаціях буває складно досягти будь-якої згоди щодо правди. І це стає перешкодою щодо такого переходу, тому що завжди є дві сторони в історичному конфлікті або навіть більше, і тому дуже складно досягти згоди, щоб вони усі погодилися на те, що є спільною правдою.

Продовжуючи говорити про систему захисту прав людини, варто виділити Європейський Союз (далі – ЄС), що також займається питанням перехідного правосуддя, зокрема у своєму «Плані дій зі сприяння правам людини та демократії на 2015–

2019 роки». До того ж також зазначені важливі умови щодо участі ЄС у подоланні наслідків серйозних порушень прав людини та міжнародного гуманітарного права («Рамкова політика ЄС щодо підтримки перехідного правосуддя [2015]»). Мандат Європейської служби зовнішніх справ із 2015 р. полягає в «координації цілісного підходу між усіма відповідними установами ЄС та державами-членами у сфері перехідного правосуддя» [37].

Правосуддя перехідного періоду як модель переходу суспільства до миру є нині найбільш сучасним підходом вирішення тієї ситуації, в якій опинилася Україна з кінця 2013 р. Перехідне правосуддя – це важлива частина безпечної реінтеграції і стійкого миру. Тому Україна формує власну Концепцію перехідного правосуддя, а для громадського суспільства тема правосуддя перехідного періоду з кожним днем ставатиме актуальнішою.

Отже, події останніх років, пов'язані з Революцією гідності, збройною агресією Російської Федерації на сході України та анексією Криму, зумовлюють необхідність пошуку шляхів подолання такої кризи. Сьомий рік збройного конфлікту став причиною величезної кількості порушень прав людини, скоєння численних воєнних злочинів. Наша держава втратила контроль над частиною своїх територій, зазнала величезних матеріальних збитків. За весь цей час державна політика була спрямована на вирішення певних ситуативних проблем, спричинених конфліктом, проте не на комплексне його подолання. Застосування концепції перехідного правосуддя в умовах нинішнього збройного конфлікту супроводжується певними складнощами, адже світова практика та деякі фахівці наголошують на можливості запровадження таких заходів лише в постконфліктному середовищі. Саме тому була невпевненість із боку міжнародних фахівців щодо формування концепції перехідного правосуддя в Україні. О. Мартиненко зазначає, що вчені різних держав мають різні погляди щодо перехідного правосуддя. Так, «нідерландські та американські вчені у своїх пропозиціях роблять акцент на найскорішому запровадженні механізмів проведення місцевих виборів та амністії на деокупованих територіях за умови активної співпраці уряду з міжнародними миротворчими місіями ООН/ЄС різних форматів». А спеціалісти зі Швейцарії та Польщі більш схильні до «роботи з цивільним населенням по обидва боки лінії розмежування вже сьогодні, використовуючи стратегію медіації та гуманітарного

діалогу як основу для тривалого пошуку примирення в українському суспільстві». Представники організації з Великої Британії та Німеччини ставлять основний акцент на роботі з українською стороною, яка виражається, перш за усе, «у відновленні історичної правди, причин конфлікту, об'єктивному висвітленні хиб минулого» [38]. Після тривалої роботи та дискусій щодо українського контексту практика перехідного правосуддя почала розвиватися та передбачати певну підготовчу активність у період, коли соціальний/збройний конфлікт у країні триває. Стало очевидним, що Україна вже може здійснювати певні інституційні реформи, врегулювання питання переслідування воєнних злочинців, законодавчо закріплювати механізми надання компенсації жертвам конфлікту [39]. Формування державної політики на майбутнє та розробка досконалої моделі перехідного правосуддя має здійснюватися вже нині, тим паче що для цього є можливість – Україна може консолідувати міжнародний досвід і «навчитись на помилках» інших країн.

Вже досить тривалий час в Україні активно розробляється власна концепція перехідного правосуддя. Державна політика щодо перехідного правосуддя знаходить своє вираження в низці нормативно-правових актів. 11 січня 2021 р. Міністерство з питань реінтеграції тимчасово окупованих територій України оприлюднило проєкт закону «Про державну політику перехідного періоду», що, по суті, є першим документом, який більш-менш чітко окреслює мету, коло завдань та зміст перехідного правосуддя в Україні. Якщо аналізувати законопроєкт за елементами і механізмами перехідного правосуддя, то ним передбачено: невідворотність покарання за найсерйозніші злочини, відповідальності за правопорушення, вчинені під час тимчасової окупації; розшук осіб, зниклих безвісти, вшанування пам'яті жертв збройної агресії Російської Федерації; визначено коло осіб, які підлягають люстрації; забезпечення права на правду, яке частково буде реалізовано шляхом створення Центру документування наслідків міжнародного збройного конфлікту; заходи, спрямовані на неповторення окупації [40].

Попри численні новели, законопроєкт є недосконалим. Заключний висновок стосовно законопроєкту був зроблений УГСПЛ, яка зазначила такі основні недоліки: 1) не зазначено, як Україна буде виконувати свої зобов'язання за міжнародним гуманітарним правом та міжнародним правом прав людини,

немає чіткого розмежування між наведеними в документі поняттями «конфліктний», «постконфліктний» і «перехідний період»; 2) у законопроєкті відсутній чіткий алгоритм дій державних органів із моменту деокупації; 3) в законопроекті застосований вибірковий підхід щодо гарантування державою здійснення прав і свобод громадян – зазначені гарантії здійснення свободи совісті та сповідування релігії, таким чином, гарантії щодо інших прав відсутні; 4) неузгодженість законопроєкту з проектом Концепції державної політики захисту прав людини в умовах подолання наслідків збройного конфлікту, який, на відміну від цього законопроекту, узгоджений із документами ООН і базується на їхніх засадах [41].

Крім того, законопроєкт може знівелювати деякі зобов'язання України. Зокрема, в питанні компенсації шкоди жертвам конфлікту. Документом передбачено, що «відповідальність за матеріальну чи нематеріальну шкоду, завдану Україні, юридичним та фізичним особам внаслідок збройної агресії Російської Федерації, покладається на Російську Федерацію відповідно до принципів і норм міжнародного права», а отже, відповідальність за компенсацію шкоди з України як держави знімається – закріплення такої норми в національному законодавстві не матиме жодних юридичних наслідків для держави-окупанта, адже це порушує принцип суверенної рівності держав, таке питання вирішується на базі міжнародного права [42].

Враховуючи міжнародний досвід та напрацювання українських фахівців, можна запропонувати модель перехідного правосуддя в Україні, яка буде ґрунтуватися на «класичних» елементах перехідного правосуддя.

По-перше, це кримінальне переслідування. У цьому контексті мають бути реалізовані такі заходи: збір матеріалів для Міжнародного кримінального суду; розроблення механізму амністії; ініціювання судових процесів щодо воєнних злочинців; створення законопроєктів про протидію колабораціонізму; розробка й адвокація законопроєктів порівняно прозорих механізмів звільнення заручників [43, с. 350]; розроблення та впровадження дієвих програм захисту свідків злочину; впровадження ефективних механізмів розшуку осіб, зниклих безвісті внаслідок збройного конфлікту; забезпечення посилених заходів фізичної безпеки фахівців, які працюють із жертвами збройного конфлікту (це, зокрема, юристи, адвокати,

правозахисники) [44]; створення органів, діяльність яких спрямована на відшукування місцезнаходження решток жертв збройних конфліктів.

Окремо в рамках цього питання доречно було б розробити спеціальні реєстри або бази даних, що містили б інформацію про осіб, які вчинили воєнні злочини. Окрім цього, вдаючись до практики інших держав, варто розглянути можливість створення гібридних судів із залученням іноземних суддів.

Відповідно до ст. 5 Римського статуту Міжнародного кримінального суду, воєнні злочини належать до міжнародних злочинів, до яких, зокрема, ще включають злочин геноциду, злочини проти людяності, злочини агресії. Крім того, у ст. 8 визначений перелік діянь, які кваліфікуються як воєнні злочини [45]. Незважаючи на те, що Україна визнала юрисдикцію Міжнародного кримінального суду (далі – МКС), це не звільняє її від обов'язку кримінального переслідування осіб за воєнні злочини і необхідності співпрацювати в цьому напрямі з іншими країнами. Такий обов'язок передбачений ст. 49, ст. 50, ст. 129, ст. 146 відповідно I, II, III і IV Женевських конвенцій, а також ст. 88 Додаткового протоколу I («Взаємна допомога в питаннях кримінального переслідування»). Таке положення забезпечує реалізацію принципу aut dedere aut judicare («або видати, або судити»), тобто держава має переслідувати таких осіб або передати іншій державі.

Україна подала дві декларації до МКС, перша з яких спрямована на цілі виявлення, переслідування та засудження порушників та співучасників за злочини, скоєні на території України з 21 листопада 2013 р. до 22 лютого 2014 р., а друга визнає юрисдикцію Суду для цілей виявлення, переслідування та засудження порушників та співучасників за злочини, скоєні на території України з 20 лютого 2014 р. Ці дві декларації визнають юрисдикцію МКС стосовно злочинів, наведених у ст. 5 Статуту МКС, про які повідомляють громадяни будь-якої держави на території України з 21 листопада 2013 р. [46].

11 грудня 2020 р. прокурор МКС оголосила закінчення попереднього розслідування у справі «Ситуація в Україні». Прокурор зазначила, що «широкий діапазон діянь, скоєних у контексті ситуації в Україні, становлять воєнні злочини та злочини проти людяності в межах юрисдикції Міжнародного кримінального суду». Крім цього, як зазначила прокурор, ці

злочини були здійснені різними сторонами конфлікту, були достатньо серйозними як із кількісної, так і з якісної позиції, для того, щоб вимагати їх розслідування Канцелярією МКС, проте уповноважені органи України та/або Російської Федерації не проводять активних дій у напрямі розслідування [47].

Слід зазначити, що серед причин незадовільного стану притягнення до відповідальності за злочини, які вчинені в Україні в період збройного конфлікту, є, зокрема, недосконалість чинного законодавства України щодо регулювання відповідальності за міжнародні злочини, «брак досвіду правоохоронців та суддів у притягненні до відповідальності за порушення норм міжнародного гуманітарного права» [48, с. 158–162], відсутність доступу до території, що ускладнює процес збору доказів [49, с. 164]. Відповідно до статистичних даних, за 7 років війни на сході України було винесено лише 1 вирок суду за ст. 438 Кримінального кодексу України «Порушення законів та звичаїв війни», що, звичайно, свідчить про неефективність кримінального переслідування [50]. Це говорить про необхідність вдосконалення українського законодавства.

На цей момент потрібне ухвалення Верховною Радою України закону, який передбачає імплементацію положень міжнародного кримінального і гуманітарного права. Відповідний законопроєкт № 2689 «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексу України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права» [51] спрямований на забезпечення повноти імплементації положень міжнародного кримінального і гуманітарного права щодо кримінально-правового переслідування за міжнародні злочини, а також забезпечення виконання міжнародних зобов'язань щодо запобігання юридичній та фактичній безкарності за вчинення таких злочинів. Зокрема, зміни до ст. 8 Кримінального кодексу передбачають запровадження принципу універсальної юрисдикції щодо конкретних злочинних діянь – агресії, геноциду, злочинів проти людяності та воєнних злочинів, тобто такої дії законодавства про кримінальну відповідальність, яка не пов'язана з місцем вчинення злочину, громадянством, постійним місцем проживання підозрюваного чи потерпілого або шкодою національним інтересам держави.

На окупованих територіях України з 2014 р. вчинялися різні правопорушення прав людини, які підпадали під категорію «воєнні

злочини», «злочини проти людяності», винним у їх вчиненні вдалось уникати належного кримінального переслідування, що, зокрема, зумовлено було невідповідністю законодавства України про кримінальну відповідальність положенням міжнародного кримінального і гуманітарного права. Кримінальний кодекс не передбачав кримінальної відповідальності за злочини проти людяності та за воєнні злочини, що являють собою порушення звичаєвого та договірного міжнародного гуманітарного права. Зміни в кримінальному законодавстві, звісно, ситуацію покращать, але як бути щодо притягнення до відповідальності за злочини, вчинені до їх прийняття, коли загальний принцип права говорить: «Закон зворотної сили немає»? Так, чинним Кримінальним кодексом України відповідальність за воєнні злочини передбачена ст. 438, але норми цієї статті не містять повного переліку тих діянь, які можна кваліфікувати як «воєнний злочин», що є порушенням принципу правової визначеності, та інших уточнень складів злочинів відповідно до ст. 8 Римського статуту 1998 р., Женевських конвенцій про захист жертв війни 1949 р. та Додаткових протоколів до них 1977 р. Тому наголошуємо, що в умовах міжнародного збройного конфлікту з Російською Федерацією, узгодження положень законодавства України про кримінальну відповідальність із вимогами міжнародного кримінального права і позитивною практикою його імплементації в національну правову систему України є надзвичайно нагальною потребою.

Нині точаться дискусії з приводу того, яка саме категорія осіб має бути притягнена до відповідальності, а яка може бути амністована. Розробники Концепції інформують, що амністія не може стосуватися осіб, які скоїли воєнні злочини і порушили норми міжнародного гуманітарного права, що й відповідає міжнародній практиці. Але зустрічаються радикальні пропозиції – притягати до кримінальної відповідальності. Цей процес можна було б удосконалити завдяки ратифікації Римського статуту, який надав би Україні більше прав у міжнародних інстанціях. Але робляться й позитивні кроки – Генпрокурор та керівники Міністерства внутрішніх справ, Служби Безпеки України і Нацполіції домовились про створення спеціалізованих підрозділів із розслідування злочинів, вчинених в умовах збройного конфлікту [52].

По-друге, відшкодування шкоди. В рамках реституції є певні позитивні напрацювання, зокрема, на законодавчому рівні був прийнятий Закон України «Про забезпечення прав і свобод

внутрішньо переміщених осіб» від 20.10.2014 р. № 1706-VII, який спрямований на вирішення широкого кола проблем внутрішньо переміщених осіб. Варто наголосити, що також вживаються заходи у сфері соціального забезпечення: 22 травня 2018 р. внесені зміни у п. 4 ч. 2 ст. 7 Закону України «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту», де зафіксовано, що до осіб з інвалідністю внаслідок війни належать й ті, хто отримав поранення чи ушкодження внаслідок поранень чи інших ушкоджень здоров'я, одержаних від вибухових речовин, боєприпасів і військового озброєння на території проведення антитерористичної операції, здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримуванні збройної агресії Російської Федерації в Донецькій та Луганській областях. При цьому встановлено обмеження щодо часу отримання поранення на територіях, де органи державної влади не здійснюють свої повноваження, – з 1 грудня 2014 року.

По-третє, встановлення істини. Класичним у цьому випадку є створення комісій із правди, але Україна презентувала дещо новий підхід – створення Центру документування порушень прав людини під час збройного конфлікту [53], який займається документуванням подій збройного конфлікту на сході України. Завдяки діяльності Центру забезпечується встановлення історичної правди. А тому в цьому напрямі наша держава значно просунулась.

Окрім цього, є необхідність забезпечення публічного доступу до фактів гибелі як мирного населення, так і комбатантів усіх сторін конфлікту, що було б можливим завдяки створенню так званої «мапи пам'яті», яка дає змогу відновлювати достовірну картину військового конфлікту, одночасно запобігаючи маніпуляціям історією в політичних інтересах. У рамках сатисфакції необхідно забезпечити публічне вибачення з боку влади, повне оприлюднення правди, вшанувати пам'ять загиблих шляхом встановлення пам'ятників, перейменування вулиць.

По-четверте, інституційні реформи. Це, насамперед, реформа сектора безпеки, судової влади, правоохоронних органів, а також реформа освіти, зокрема правничої. У цьому аспекті влучно запропонувати ідею Ж. Балабанюк, що «одним із важливих елементів налагодження взаємодії та ефективного громадського контролю є необхідність створення в Україні єдиного координаційного центру громадського контролю за збройними силами та силами безпеки, який би став єдиним аналітичним,

методичним та координаційним центром взаємодії між органами влади та громадським сектором у сфері безпеки та оборони» [54, с. 426].

Вартий особливої уваги один нормативно-правовий акт, який розглядається в рамках одного з елементів перехідного правосуддя – компенсації. Указом Президента України № 117/2021 Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 11 березня 2021 року «Про Стратегію деокупації та реінтеграції тимчасово окупованої території Автономної Республіки Крим та міста Севастополя» [55] Україна запроваджує заходи у сфері перехідного правосуддя, зокрема щодо відшкодування шкоди, завданої у зв'язку зі збройною агресією Російської Федерації, збройним конфліктом, тимчасовою окупацією території України, захисту та відновлення порушених прав, притягнення до відповідальності винних осіб, забезпечення права на правду про збройний конфлікт, недопущення виникнення збройного конфлікту в майбутньому. Відповідно до Указу Україна відстоює принцип денуклеаризації і демілітаризації Кримського півострова, перетворення Чорноморського регіону на територію миру і безпеки. Ще одним напрямом України є формування доказової бази щодо міжнародних злочинів, які вчиняють Російська Федерація та її окупаційна адміністрація на тимчасово окупованій території, зокрема порушень прав людини, воєнних злочинів та злочинів проти людяності, норм міжнародного гуманітарного права та міжнародного кримінального права, а також забезпечує збір інформації про моральну і матеріальну шкоду та збитки, заподіяні державі Україна, її громадянам і юридичним особам у зв'язку зі збройною агресією Російської Федерації, збройним конфліктом, тимчасовою окупацією території України. Стратегія визначає, що Україна вживає всіх законних заходів для повернення майна держави Україна, її громадян і юридичних осіб, яке незаконно захоплене у зв'язку зі збройною агресією Російської Федерації, збройним конфліктом, тимчасовою окупацією території України, чи компенсації вартості такого майна та втраченої вигоди внаслідок його незаконного відчуження, що надзвичайно важливо для зростання рівня соціальної стійкості та згуртованості українського суспільства.

У цьому плані механізми правосуддя перехідного періоду мають трансформувати особистість постраждалих, сприяти

загоєнню індивідуальних травм та знаходженню нової соціальної ідентичності, яка була втрачена чи пошкоджена в процесі збройного конфлікту.

Висновки

Таким чином, підсумовуючи український досвід запровадження концепції перехідного правосуддя, варто сказати, що наша країна в деяких напрямах уже запровадила необхідний комплекс заходів, а в деяких цей процес знаходиться ще на стадії розробки. Крім врахування міжнародного досвіду, важливо будувати своє перехідне правосуддя – зберегти тенденцію внесення змін у законодавство та прийняття нових нормативно-правових актів відповідно до потреб громадянського суспільства та жертво-центристського напряму, наприклад, включити в концепцію перехідного правосуддя відновлення прав кримськотатарського народу як корінного народу в Україні. В Україні має бути належно підготовлений процес притягнення винних до відповідальності, а для цього варто повернутися до питання ратифікації Римського статуту. Держава має створити належні умови для отримання постраждалими від конфлікту фінансової компенсації за моральну та матеріальну шкоду, завдану внаслідок збройного конфлікту. Всезагальне сприяння з боку громадського суспільства функціонуванню перехідного правосуддя стане запорукою успішного та ефективного переходу миробудування в Україні. І що не менш важливо – пошук та промовляння правди забезпечить гарантування неповторення конфлікту в майбутньому.

Список використаних джерел:

1. Чарнота А. Про яскравий випадок невизначеності, або Правосуддя перехідного періоду і верховенство права. *Філософія права і загальна теорія права.* 2013. № 2. С. 185–193

2. Отправление правосудия и права человека задержанных лиц. Экономический и социальный совет E/CN.4/Sub.2/1997/20. URL: https://undocs.org/ru/E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 (дата звернення: 5.06.2021 р.).

3. Доклад Генерального секретаря о господстве права и правосудии переходного периода в конфликтных и пост-конфликтных обществах (S/2004/616). URL: https://undocs.org/ru/S/2004/616 (дата звернення: 5.06.2021 р.).

4. Уварова О. Характеристика перехідного періоду. Базове дослідження із застосування правосуддя перехідного періоду в Україні : монографія / за заг. ред. А.П. Бущенка, М.М. Гнатовського. Київ : «РУМЕС», 2017. С. 8–11.

5. Ежегодный доклад Верховного комиссара по правам человека. Организация Объединённых Наций. Доклады Управления Верховного Комиссара и Генерального секретаря. Аналитическое исследование по вопросам прав человека и правосудия переходного периода: обзор аспектов, связанных с правами человека и правосудием переходного периода в заключенных в последнее время мирных соглашениях. URL: https://undocs.org/ru/A/HRC/12/18/Add.1 (дата звернення: 5.06.2021 р.).

6. Содействие установлению истины, правосудию, возмещению ущерба и гарантиям недопущения нарушений 2018 р. URL: https://undocs.org/pdf?symbol=ru/A/73/336 (дата звернення: 5.06.2021 р.).

7. Оказание содействия установлению истины, правосудию, возмещению ущерба и гарантиям недопущения нарушений 2013 р. A/68/345. URL: https://undocs.org/ru/A/68/345; Доклад Специального докладчика по вопросу о содействии установлению истины, правосудию, возмещению ущерба и гарантиям недопущения нарушений 2018 р. A/HRC/39/53. URL: https://undocs.org/ru/A/HRC/39/53 (дата звернення: 5.06.2021 р.).

8. Что делает ООН для обеспечения мира. Миросторительство. URL: https://www.un.org/ru/aboutun/uninbrief/peacebuilding.shtml (дата звернення: 5.06.2021 р.).

9. Верховенство права та правосуддя у перехідних суспільствах: Доповідь Генерального Секретаря, 23 серпня 2017 р., A/HRC/36/50, ГА ООН з прав людини. URL: https://undocs.org/ru/A/HRC/36/50 (дата звернення: 5.06.2021 р.).

10. Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice. 1st Edition / ed. by Naomi Roht-Arriaza, Javier Mariezcurrena. Cambridge University Press, 2006. 358 p.

11. Transitional Justice: Key Concepts, Processes and Challenges. URL: https://core.ac.uk/download/pdf/9590211.pdf (дата звернення: 10.06.2021 р.).

12. Малліндер Л. Робота з минулим у Північній Ірландії та міжнародна практика амністій. Міжнародна школа «Перехідне правосуддя: світовий досвід і український контекст». URL: http://transitionaljustice.online/#rec315168152 (дата звернення: 17.05.2021 р.).

13. Шабас В. Виклики перехідного правосуддя та відповідальність за міжнародні злочини. Міжнародна школа «Перехідне правосуддя: світовий досвід і український контекст». URL: http://transitionaljustice.online/#rec315168152 (дата звернення: 17.05.2021 р.).

14. Глава II: B. Поддержание международного мира и безопасности. URL: https://www.un.org/sg/ru/content/chapter-ii-b-maintenance-international-peace-and-security (дата звернення: 5.06.2021 р.).

15. Блага А., Мартиненко О. Концепція перехідного правосуддя в Україні: введення у площину юридичної науки. *Юридичний вісник.* 2019. № 4. С. 30–35

16. What is Transitional Justice? International Center for Transitional Justice. URL: https://www.ictj.org/about/transitional-justice (дата звернення: 5.06.2021 р.).

17. Plotnikov O. Defining transitional justice: scholarly debate and UN precision. Lex portus. 2017. № 1. С. 50–63. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/LP_2017_1_7 (дата звернення: 5.06.2021 р.).

18. Уварова О. Виникнення концепції перехідного правосуддя: основні віхи. Базове дослідження із застосування правосуддя перехідного періоду в Україні: монографія / за заг. ред. А.П. Бущенка, М.М. Гнатовського. Київ : «РУМЕС», 2017. С. 12–17

19. Основные принципы и руководящие положения, касающиеся права на правовую защиту и возмещение ущерба для жертв грубых нарушений международных норм в области прав человека и серьезных нарушений МГП, резолюция Генеральной Ассамблеи A/RES/60/147 от 16 декабря 2005 г. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_e53#Text (дата звернення: 17.04.2021 р.).

20. Евсеев А. Гибридные суды как институт транзитивного правосудия. *Международное правосудие.* 2017. № 3(23). С. 47–61

21. Додатковий Протокол II до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру від 8 червня 1977 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_200#Text (дата звернення: 5.06.2021).

22. Питання амністії у міжнародному гуманітарному праві та його вирішення в Україні. URL: https://www.ukrainepravo.com/international_law/public_international_law/pytannya-amnistiyi-u-mizhnarodnomu-gumanitarnomu-pravi-ta-yogo-vyrishennya-v-ukrayini/ (дата звернення: 14.06.2021 р.).

23. Амністія бойовиків та її умови: що підказує Україні світовий досвід. URL: https://www.eurointegration.com.ua/articles/2016/04/5/7047255/#:~:text=%D0%A3%20%D0%B2%D0%B8%D0%BF%D0%B0%D0%B4%D0%BA%D1%83%20%D0%A0%D0%B5%D1%81%D0%BF%D1%83%D0%B1%D0%BB%D1%96%D0%BA%D0%B8%20%D0%9C%D0%B0%D0%BA%D0%B5%D0%B4%D0%BE%D0%BD%D1%96%D1%8F%20%D0%B0%D0%BC%D0%BD%D1%96%D1%81%D1%82%D1%96%D1%8F,%D1%83%D1%85%D0%B2%D0%B0%D0%BB%D1%8E%D0%B2%D0%B0%D0%BB%D0%B8%20%D1%80%D1%96%D1%88%D0%B5%D0%BD%D0%BD%D1%8F%20%D1%82%D0%B0%20%D0%B2%D1%96%D0%B4%D0%B4%D0%B0%D0%B2%D0%B0%D0%BB%D0%B8%20%D0%BD%D0%B0%D0%BA%D0%B0%D0%B7%D0%B8. (дата звернення: 05.06.2021)

24. Питання амністії у міжнародному гуманітарному праві та його вирішення в Україні. URL: https://www.ukrainepravo.com/international_law/public_international_law/pytannya-amnistiyi-u-mizhnarodnomu-gumanitarnomu-pravi-ta-yogo-vyrishennya-v-ukrayini/ (дата звернення: 10.06.2021 р.).

25. Совместное исследование по вопросу вклада правосудия переходного периода в предотвращение грубых нарушений и ущемлений прав человека и серьезных нарушений норм международного гуманитарного права. Совет по правам человека. URL: https://undocs.org/pdf?symbol=ru/A/HRC/37/65 (дата звернення: 17.04.2021 р.).

26. Додатковий Протокол I до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру від 8 червня 1977 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text (дата звернення: 10.06.2021 р.).

27. Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/disappearance.shtml (дата звернення: 14.06.2021 р.).

28. Hayner Priscilla B. Unspeakable truths: Transitional justice and the challenges of truth commissions. New York, London : Routledge, 2011. P. 91–109.

29. Хлабистова К.В. Підходи до розуміння сутності люстрації: правовий аспект. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2016. № 8. С. 46–52.

30. Мінєнкова Н. Люстрація як наукова проблема сучасних зарубіжних та вітчизняних досліджень. *Evropský politický a právní diskurz*. 2016. Sv. 3, Vyd. 4. С. 90–97

31. Репарації за війну: від Німеччини хочуть більше грошей. URL: https://www.dw.com/uk/%D1%80%D0%B5%D0%BF%D0%B0%D1%80%D0%B0%D1%86%D1%96%D1%97-%D0%B7%D0%B0-%D0%B2%D1%96%D0%B9%D0%BD%D1%83-%D0%B2%D1%96%D0%B4-%D0%BD%D1%96%D0%BC%D0%B5%D1%87%D1%87%D0%B8%D0%BD%D0%B8-%D1%85%D0%BE%D1%87%D1%83%D1%82%D1%8C-%D0%B1%D1%96%D0%BB%D1%8C%D1%88%D0%B5-%D0%B3%D1%80%D0%BE%D1%88%D0%B5%D0%B9/a-45845606 (дата звернення: 10.06.2021 р.).

32. Engstrom Par. Transitional Justice and Ongoing Conflict (November 1, 2011). URL: https://ssrn.com/abstract=2004313 (дата звернення: 11.06.2021 р.).

33. Загальна декларація прав людини 1948 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text (дата звернення: 11.06.2021 р.).

34. Правосудие переходного периода и экономические, социальные и культурные права. Организация Обьединенных Наций. Управление Верховного комисара. Нью-Йорк 2014 г. URL: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-13-05_RU.pdf (дата звернення: 14.06.2021 р.).

35. Справа «Пічкур проти України» від 7 лютого 2014 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_984#Text (дата звернення: 14.06.2021 р.).

36. European Court of Human Rights, Cyprus v. Turkey, Application No. 25781/94, Judgement of 10 May 2001, paras. 155–158

37. Ґрунтовне дослідження експертів ЄС щодо прогалин у безпеці у перехідний період в українському перекладі УГСПЛ. URL: https://helsinki.org.ua/articles/pidhody-es-do-pravosuddya-u-period-konfliktu-ta-perehidnyj-period/ (дата звернення: 13.06.2021 р.).

38. Мартиненко О. Україна як плацдарм для перехідного правосуддя: погляд міжнародних фахівців. URL: https://helsinki.org.ua/blogs/ukrajina-yak-platsdarm-dlya-perehidnoho-pravosuddya-pohlyad-mizhnarodnyh-fahivtsiv/ (дата звернення: 13.06.2021 р.).

39. Грушко М.В., Мануїлова К.В. Концепція перехідного правосуддя в умовах збройного конфлікту в Україні. *Підприємництво, господарство і право.* 2021. № 3. С. 312–316.

40. Державна політика перехідного періоду. URL: https://minre.gov.ua/project/derzhavna-polityka-perehidnogo-periodu(дата звернення: 13.06.2021 р.).

41. Узагальнений висновок УГСПЛ на проект Закону України «Про державну політику перехідного періоду», розроблений Міністерством з питань реінтеграції ТОТ України. URL: https://helsinki.org.ua/articles/uzahalnenyy-vysnovok-uhspl-na-proiekt-zakonu-ukrainy-pro-derzhavnu-polityku-perekhidnoho-periodu-rozroblenyy-ministerstvom-z-pytan-reintehratsii-tot-ukrainy/ (дата звернення: 14.06.2021 р.).

42. Аналіз проекту закону України «Про державну політику перехідного періоду». URL: https://vostok-sos.org/analiz-proєktu-zakonu-ukraïni-pro-derzhavnu-politiku-perehidnogo-periodu/ (дата звернення: 14.06.2021 р.).

43. Мацко А.С., Циганов О.Г. Правові засади міжнародної судової юрисдикції забезпечення безпеки і правопорядку на тимчасово окупованих територіях Донбасу. *Izdevniecїba Baltija Publishing*. 2020. С. 346–361.

44. Відновлення правосуддя на окупованих територіях: що планує зробити держава. URL: https://sud.ua/ru/news/publication/155556-vidnovlennya-pravosuddya-na-okupovanikh-teritoriyakh-scho-planuye-zrobiti-derzhava (дата звернення: 14.06.2021 р.).

45. Римський статут Міжнародного кримінального суду. URL: http://www.un.org/ru/law/icc/rome_statute(r).pdf. (дата звернення: 14.06.2021).

46. Запитання та відповіді: Україна / МКС. URL: http://khpg.org/1601009743#_ftn4 (дата звернення: 13.06.2021 р.).

47. Заява Прокурора Міжнародного кримінального суду пані Фату Бенсуди щодо закінчення попереднього розслідування у справі «Ситуація в Україні». URL: https://www.icc-cpi.int//Pages/item.aspx?name=201211-otp-statement-ukraine&ln=Ukrainian (дата звернення: 13.06.2021 р.).

48. Червякова О.В. Відповідальність за воєнні злочини: через перехідне правосуддя до сталого миру та безпеки України. *Проблеми законності*. 2020. Випуск 150. С. 161–172.

49. Броневицкая О.М., Рогальская В.В., Тетерятник А.К. Психическое расстройство как обстоятельство, которое влияет на привлечение лица к уголовной ответственности, согласно норм международного уголовного права и законодательства Украины.

Georgian medical news. 2020. № 3. С. 158–162. URL: https://cdn.website-editor.net/480918712df344a4a77508d4cd7815ab/files/uploaded/V300_N3_March_2020.pdf (дата звернення: 14.06.2021 р.).

50. Заґратувати воєнного злочинця. Про шляхи покарання винних. URL: helsinki.org.ua/articles/zagratuvaty-voiennoho-zlochyntsia-pro-shliakhy-pokarannia-vynnykh-rozpovila-kandydatka-iurydychnyy-nauk-oksana-senatorova (дата звернення: 14.06.2021 р.).

51. Прийнято Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права» Інформаційне управління Апарату Верховної Ради України. Опубліковано 20 травня 2021 р. URL: https://www.rada.gov.ua/news/Povidomlennya/208710.html (дата звернення: 14.06.2021 р.).

52. Генпрокурор та керівники МВС, СБУ і Нацполіції домовились про створення спеціалізованих підрозділів з розслідування злочинів, вчинених в умовах збройного конфлікту. URL: https://www.gp.gov.ua/ua/news?_m=publications&_t=rec&id=299644&fp=10(дата звернення: 15.07.2021 р.).

53. Презентація Центру документування Української Гельсінської спілки з прав людини. URL: https://www.ukrinform.ua/rubric-presshall/2106030-prezentacia-centru-dokumentuvanna-ukrainskoi-gelsinskoi-spilki-z-prav-ludini.html (дата звернення: 14.06.2021 р.).

54. Балабанюк Ж. Ефективний громадський контроль за збройними силами та силами безпеки. Базове дослідження із застосування правосуддя перехідного періоду в Україні : монографія / за заг. ред. А.П. Бущенка, М.М. Гнатовського. Київ : «РУМЕС», 2017. С. 424–427.

55. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 11 березня 2021 р. «Про Стратегію деокупації та реінтеграції тимчасово окупованої території Автономної Республіки Крим та міста Севастополя». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/117/2021#Text (дата звернення: 14.06.2021 р.).

DOI https://doi.org/10.36059/978-966-397-237-4-11

Музика В. В.,
асистентка кафедри міжнародного та європейського права
Національного університету «Одеська юридична академія»,
м. Одеса

КІБЕРАТАКИ ТА МІЖНАРОДНЕ ПРАВО: ПРИРОДА Й АНАЛІЗ OPINIO JURIS ДЕРЖАВ ЩОДО ЗАСТОСОВУННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА В КІБЕРПРОСТОРІ

Анотація*. Кібернетичні атаки є серйозним викликом для міжнародної спільноти, з огляду на їх постійне збільшення, відсутність lex specialis та практики притягнення до відповідальності за такі атаки. Оскільки opinio juris може компенсувати недостатньо розвинуту або непослідовну практику держав щодо формування міжнародних звичаїв, метою дослідження є виявлення того, наскільки позиція держав, виражена в різних формах opinio juris, є узгодженою щодо застосування конкретних норм міжнародного права в кіберпросторі. Це дасть змогу встановити розуміння та очікування держав щодо інтерпретації та застосування наявних норм до кібератак, а також ідентифікацію юридичних підстав для притягнення держав до відповідальності за кібератаки, що їм атрибутуються.*

Здійснено аналіз офіційних заяв, декларацій, воєнних доктрин, національних стратегій та інших форм вираження opinio juris, в процесі якого встановлено різні підходи до норм міжнародного права, які, на думку держав, застосовуються чи не застосовуються до кібератак. Також встановлено, що наявне opinio juris нині не дозволяє зробити висновок про формування універсальних звичаєвих норм міжнародного кіберправа через різне розуміння того, які норми, за яких умов та як застосовуються в кіберпросторі.

Вступ

Стрімкий розвиток інформаційно-комунікаційних технологій (далі – ІКТ) створив низку можливостей для міжнародної спільноти загалом та для окремих держав загалом. Такий розвиток ІКТ сприяв тому, що паралельно до звичних для

людства просторів (суша, повітряний, морський та космічний простори) виникає ще один – кіберпростір, який фактично є віртуальним інформаційно-комунікаційним простором.

Станом на квітень 2021 року близько 4,72 мільярдів осіб постійно користуються можливостями Інтернету, що становить більш ніж 60% населення Землі [22]. З огляду на те, що використання кіберпростору значною частиною людей здійснюється із метою встановлення та реалізації політичних, економічних та соціальних зв'язків (участь у прийнятті політичних рішень, доступ до публічних послуг, комунікація тощо), можна з впевненістю стверджувати, що кіберпростір став невід'ємною та важливою частиною життя у XXI столітті. На думку низки вчених, кіберпростір охоплюється концепцією «спільна спадщина людства»; крім того, доступ до тих можливостей та переваг, які він надає, захищається на міжнародному та національному рівнях [15, с. 89–90].

Саме кіберпростору ми завдячуємо виникненням нетрадиційних для людства атак – кібератак, адже він є середовищем для їх реалізації та забезпечує їх необхідними засобами здійснення – технічними можливостями кіберпростору [10, с. 341]. На відміну від «фізичного» світу з його «кінетичними» атаками, кіберпростір та здійснювані в межах нього кібератаки характеризуються низкою особливостей. Згідно з Талліннським керівництвом 2.0, що представляє собою найбільш авторитетне доктринальне дослідження щодо застосування міжнародного права до кібероперацій, *кіберпростір* – це «середовище, утворене фізичними та нефізичними компонентами для зберігання, модифікації та обміну даними за допомогою комп'ютерних мереж» [48, с. 564]. Схоже розуміння цього поняття міститься в ст. 1 Закону України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» від 5 жовтня 2017 року, де зазначається, що під кіберпростором варто розуміти «середовище (віртуальний простір), яке надає можливості для здійснення комунікацій та/або реалізації суспільних відносин, утворене в результаті функціонування сумісних (з'єднаних) комунікаційних систем та забезпечення електронних комунікацій із використанням мережі Інтернет та/або інших глобальних мереж передачі даних» [7, ст. 1].

Аналіз вищезгаданих понять дає змогу встановити, що кіберпростір – це не лише віртуальне середовище. Він складається з трьох різних рівнів (пластів) – фізичного, логічного

та соціального [48, с. 12], – *в межах яких або проти яких можна здійснювати кібератаки*. Важливо, що в будь-який момент «функціонально релевантні компоненти кожного пласту знаходяться десь на земній кулі, як правило, на суверенній території або підконтрольній принаймні одній державі» [16, с. 9].

Фізичний пласт кіберпростору складається з фізичних компонентів мережі, а також географічної складової частини. Фізичні компоненти мережі включають всі елементи – від оптоволоконних кабелів до стільникових вишок, комп'ютерів та серверів, що необхідні для зберігання, обробки та передачі інформації в кіберпросторі. Знаходження цих елементів у фізичному просторі є відправною точкою для встановлення географічного розташування, а отже, становить географічну складову частину фізичного пласту кіберпростору [48, с. 9].

Логічний пласт кіберпростору можна розглядати як центральну нервову систему кіберпростору. Цей пласт відповідає за маршрутизацію пакетів даних до їх кінцевих пунктів призначення [45, с. 41–42]. Отже, він є абстрактним та стосується систем доменних імен, Інтернет-протоколів, браузерів, програмного забезпечення, через які передаються дані, та покладається на згадані вище компоненти фізичного пласту.

Зрештою, соціальний пласт охоплює всіх акторів, що беруть участь у кіберактивності. Іноді його ще називають компонентом «кіберперсона», оскільки він охоплює процес ідентифікації особи або персони в мережі (електронна адреса, IP-адреса комп'ютера, номер мобільного телефону та інші) [30, с. 121–122]. При цьому індивід може мати кілька кіберперсон (зокрема, за рахунок наявності кількох облікових записів на різних комп'ютерах), а одна кіберперсона може використовуватися кількома користувачами (особами).

У Талліннському керівництві 2.0 підкреслюється, що «фізичний, логічний та соціальний пласти кіберпростору підпадають під сферу охоплення принципу суверенітету» [48, с. 12]. Разом із тим кіберпростір – це глобальний вимір, позбавлений фізичних кордонів, який *de facto* має транснаціональний характер. Він доступний для всіх і кожного, що робить його системи тісно взаємопов'язаними і часто призводить до кваліфікації таких систем як систем подвійного використання. Отже, для того щоб, наприклад, нападнику обірвати військовий зв'язок, швидше за все, доведеться зруйнувати всю мережу, яка

використовується не лише військовими, а й цивільними. Такий тісний взаємозв'язок вже нині змушує задуматись над тим, як гарантувати відповідальне використання кіберпростору в мирний та воєнний час, враховуючи високу залежність від об'єктів критичної інфраструктури, функціонування яких залежить від стійкості ІКТ.

З огляду на природу кібероперацій і можливість їх легко «замаскувати», кіберпростір також дає змогу зберегти анонімність і передбачає складний процес атрибуції для встановлення кола осіб, причетних до кібероперацій. А вторинні чи навіть третинні наслідки кібератак є більш значимими, ніж їх первинні наслідки, що значно виділяє кібератаки на фоні звичайних атак [46, с. 534]. Всі ці особливості створюють серйозний виклик для міжнародного права, якому потрібно швидко адаптуватись до розвитку технологій, що завжди на крок випереджає кодифікацію норм міжнародного права.

У доктрині є багато визначень того, що входить у поняття «кібератака». Більшість вчених сходяться на тому, що кібератака – це діяльність, яка спрямована на використання, спотворення, підміну або знищення інформації в комп'ютерній мережі або пов'язаній системі [5, с. 29]. З позиції міжнародно-правової доктрини, на особливу увагу заслуговує визначення, надане експертами Талліннського керівництва. Згідно з ним, *кібератака* – «це кібероперація, наступальна або оборонна, що цілком очікувано може призвести до завдання трав чи смерті осіб або шкоди чи знищення об'єктів» [48, с. 415]. Приклади включають маніпуляції та знищення даних або коду в комп'ютерній системі для управління або відключення електромережі, з метою обривання (чи іншого порушення) військового зв'язку або для деградації надійності банківських даних.

Необхідно також відмежовувати кібератаки від *кібер-експлуатації*, що за своєю природою також входить у поняття «кібероперація». Фундаментальна відмінність між двома категоріями полягає в тому, що вони призводять до різних юридичних, політичних та юрисдикційних наслідків. Випадки кіберексплуатації, хоч і мають вплив на міжнародні відносини між державами, але, як правило, підпадають під виключну сферу регулювання національного права. Кіберексплуатація є актом спостереження (моніторингу) та пов'язаного з ним шпигунства за комп'ютерними системами, а також копіювання (і, отже,

крадіжки) даних у цих системах. Приклади кіберексплуатації включають викрадення військових таємниць, об'єктів інтелектуальної власності, номерів кредитних карток тощо [44, с. 9–12, 32]. На відміну від кібератаки, кіберексплуатація не спрямована на порушення звичного функціонування комп'ютера або мережі.

У межах цього дослідження увага приділятиметься виключно кібератакам, що передбачають втручання та мають потенціал до завдання кінетичних наслідків. Проте на практиці кіберексплуатація передує здійсненню кібератаки, оскільки успішна кібератака залежить від ефективного спостереження за комп'ютерними системами та встановлення вразливостей таких систем. Як уже зазначалося, середовищем реалізації кібератак є кіберпростір, а засобами здійснення – технічні можливості кібернетичного простору, зокрема розробка або пошук вразливостей систем управління (активів) [10, с. 341]. Тому, на противагу кіберексплуатації, в процесі кібератак використовують можливості вірусів-шифрувальників та/чи ботнетів задля розгортання розподілених атак проти операційних систем (DDoS-атак), активації багатофункціонального шкідливого програмного забезпечення, хмарних ланцюгів тощо.

З першого погляду може здатися, що є загальне розуміння того, що собою представляють кібератаки задля колективного реагування на можливі наслідки та їх попередження в майбутньому. Проте в теорії і ще більше на практиці виникає ряд питань до атак у кіберпросторі, зокрема: що є об'єктом кібератаки; в який момент конкретна кібероперація може кваліфікуватися як кібератака; чи застосовується міжнародне право до кібератак і, якщо так, то в якому об'ємі. Усі ці питання є логічним наслідком того, що відсутнє спеціальне правове регулювання кібероперацій, яке б містило юридично обов'язкове поняття та норми, що застосовуються до них. Це зумовлює необхідність дослідження позиції держав та міжнародних установ щодо застосування міжнародного права в кіберпросторі.

1. Кібератаки та міжнародне право

Експерти Талліннського керівництва зробили значний внесок у розуміння того, як міжнародне право застосовується до кіберпростору, але, як зазначив професор Женевського університету Марко Сассолі, «воно [Талліннське керівництво]

не зуміло представити нові правила там, де це було потрібно, і часто критикується за те, що було розроблено в основному експертами НАТО» [46, с. 541]. Він також зазначив, що сучасна міжнародна атмосфера не сприяє і не буде сприяти розробці нових правил, допоки міжнародна спільнота не засвідчить кібератаку з катастрофічними наслідками [46, с. 542]. Але навіть якщо спеціальні норми будуть розроблені, існує високий ризик того, що через швидкий розвиток технологій вони застаріють до моменту вступу в силу [58, пар. 24].

Проте беззаперечним залишається те, що чинне міжнародне право застосовується до кібероперацій. У Доповіді групи урядових експертів щодо досягнень у сфері інформатизації та телекомунікацій і контексті міжнародної безпеки від 24 червня 2013 року зазначається: «*Міжнародне право, зокрема Статут Організації Об'єднаних Націй, застосовується* і має важливе значення для підтримки миру і стабільності і створення відкритого, безпечного, мирного і доступного інформаційного середовища… [М]іжнародні норми і принципи, що випливають із принципу державного суверенітету, поширюються на поведінку держав у межах діяльності, пов'язаної з використанням ІКТ, а також на юрисдикцію держав над ІКТ-інфраструктурою на їх території» [4, пар. 19–20; 3, пар. 24–26]. У Доповіді урядових експертів від 2015 року, яка підтверджує висновок про застосування Статуту та міжнародного права до ІКТ, вказується, що «найважливіше значення» мають такі зобов'язання, як «суверенна рівність держав; вирішення міжнародних суперечок мирними засобами таким чином, щоб не ставити під загрозу міжнародний мир і безпеку і справедливість; відмова в міжнародних відносинах від погрози силою або її застосування як проти територіальної недоторканності або політичної незалежності будь-якої держави, так і будь-яким іншим чином несумісним із цілями Організації Об'єднаних Націй; повага прав людини і основних свобод; невтручання у внутрішні справи інших держав» [3, пар. 26].

У Консультативному висновку 1996 року про законність погрози ядерною зброєю або її застосування Міжнародний Суд ООН підкреслив, що міжнародне гуманітарне право «застосовується до всіх форм воєнних дій та всіх видів зброї минулого, сьогодення і майбутнього» [6, с. 36]. У межах роботи групи урядових експертів експерти від Російської Федерації та

Китаю заперечували можливість застосування МГП до кібератак, оскільки, на їх думку, це може призвести до виправдання ворожого застосування кіберпростору проти військових об'єктів [34]. Позиція Куби, яка є у відкритому доступі, також зводилась проти визначення того, як *jus ad bellum* та *jus in bello* застосовуються до використання ІКТ з огляду на побоювання щодо потенційної мілітаризації кіберпростору, яке може «легітимізувати <...> односторонні каральні силові дії, включаючи застосування санкцій і навіть збройної сили державами, які заявляють, що є жертвами незаконного використання ІКТ» [20]. Насправді такі побоювання не позбавлені раціонального зерна, але, незважаючи на таку риторику, застосування міжнародного гуманітарного права до кібероперацій, незалежно від того, розглядаються вони як засіб чи метод ведення військових дій, є беззаперечним [46, с. 534].

У своїй Декларації представник Куби також виразив позицію щодо неможливості розглядати зловмисне використанням ІКТ як «збройна атака», що згадується в ст. 51 Статуту ООН, та наділяє постраждалу державу *правом на самооборону* відповідно до *jus ad bellum.* Такий підхід він обґрунтував тим, що оновлена інтерпретація положень Статуту призведе до нав'язування «законів джунглів», де інтереси найсильніших держав матимуть перевагу над інтересами найбільш вразливих. Разом із тим у Декларації містився заклик до необхідності «прийняти міжнародний юридично обов'язковий інструмент, щоб на основі співпраці ефективно реагувати на значні існуючі правові прогалини в контексті кібербезпеки та зростаючі виклики та загрози, з якими ми стикаємось у цій галузі» в межах діяльності Організації Об'єднаних Націй [20].

Беручи до уваги той факт, що в роботі групи урядових експертів приймали представники лише 25 держав світу, можна допустити те, що ряд країн світу, зокрема латиноамериканських, схиляються до позиції, вираженої представником Куби. Пояснити це можна реальними побоювання щодо потенційних маніпуляцій і помилкової атрибуції, що є наслідком спуфінгу – маскування з ціллю фальсифікації даних щодо особи чи програми. В українському контексті також не варто виключати зловживання з боку Російської Федерації через активність Головного управління розвідки Збройних (далі – ГРУ) Сил РФ. Разом із тим цю проблему можна вирішити шляхом розробки

юридично обов'язкового інструменту, який передбачав би створення спеціального правового режиму для здійснення міжнародно-правової кваліфікації та атрибуції кібератак на міжнародному рівні. Інакше складно собі уявити, як Рада Безпеки ООН може надавати рекомендації чи приймати рішення щодо застосування заходів, які не передбачають чи передбачають використання збройних сил відповідно до ст. 40 та ст. 41 Статуту, «зацікавленим сторонам» чи щодо них, коли відсутнє розуміння того, хто ці сторони (як правило, складнощі існують щодо ідентифікації саме держави-правопорушниці). Ще один висновок, який випливає з цієї позиції, – відсутність загальної підтримки положень Талліннського керівництва з боку всіх держав, принаймні на цей момент.

Що стосується активації *jus in bello,* важливо, щоб кібератака кваліфікувалася як збройна атака. Оскільки юридично встановлене визначення того, що таке кібератака, відсутнє, звернемося до традиційного поняття «атака» (або «напад» відповідно до офіційного перекладу поняття «attack», що є синонімами у цьому випадку), яке міститься в ст. 49 (1) Додаткового Протоколу I до Женевських Конвенцій 1949 року. Згідно з ним, поняття «атака» охоплює «акти насильства щодо противника, незалежно від того, здійснюються вони під час наступу чи під час оборони» [2, ст. 49(1)], а також представляє собою військові дії «на суші, в повітрі або на морі» [2, ст. 49(3)]. При цьому «акти насилля» не обмежені кінетичними засобами [23, с. 84; 46, с. 5]. Як зазначає професор М. Сассолі, воно є проблематичним та надмірно інклюзивним [46, с. 535]. Отже, можна погодитись із підходом експертів Талліннського керівництва, які встановили, що вирішальним фактором для кваліфікації кібератаки є очікувані наслідки від такої атаки, незалежно від того, є вони вторинними чи третинними за своєю природою [48, с. 415]. Саме операції, які здійснюються проти осіб чи об'єктів, розглядаються як атака, якщо ціллю останніх було завдання шкоди або знищення. Аналогічний підхід, зокрема, застосовується до використання ядерної, хімічної та біологічної зброї, яке також не передбачає застосування фізичної сили [31, пар. 120, 124]. Крім того, потрібно розуміти, що завдання шкоди системам, які використовується для здійснення кібератаки, не є необхідною умовою. Так, наприклад, за допомогою маніпуляцій системи управління SCADA водних дамб,

можна спричинити викид вод, а отже, втрати серед цивільного населення і знищення цивільних об'єктів. При цьому в подальшому сама система може продовжити своє нормальне функціонування і не зазнати кінетичних наслідків (пошкодження або знищення) [48, с. 416].

Суперечливим є момент щодо того, чи можуть *дані* бути об'єктом атаки. У Талліннському керівництві зазначається, що «операція проти даних, на яку покладається функціональність фізичних об'єктів, іноді може становити атаку». Разом із тим відкритим залишається питання: в яких саме випадках? Припустимо, що йдеться про *нейтралізацію* даних як об'єкта атаки, коли сторона отримує військову перевагу шляхом видалення даних, а не знищення систем. Ст. 52(2) Додаткового протоколу I до Женевських Конвенцій встановлює, що військовими є об'єкти «... повне або часткове руйнування, захоплення або *нейтралізація* яких при існуючих в даний момент обставинах надає очевидну військову перевагу» [2, ст. 52(2)]. Як випливає з поняття «нейтралізація», знищення об'єкта не є обов'язковою умовою [26, с. 4]. Тому, повертаючись до Талліннського керівництва, можна зробити висновок, що дані можуть стати об'єктом атаки. І хоча можна сперечатись щодо того, в яких ситуаціях військові операції проти даних становитимуть атаку, такі випадки, наприклад, як знищення даних, що забезпечують функціонування фінансового ринку країни, дозволяють маніпулювати системами управління повітряним рухом противника, системами потоків нафтопроводів або атомними станціями тощо, очевидно, розглядатимуться як кібератака.

Нарешті, кібератаки, які не досягли мінімального рівня застосування сили, призвели до порушень міжнародних зобов'язань. Вони розглядатимуться як порушення основних принципів міжнародного права – принципу суверенної рівності держав, заборони втручання у внутрішні справи держав тощо, або порушення договірних чи звичаєвих норм окремих галузей міжнародного права (міжнародного права прав людини, міжнародного повітряного права, міжнародного економічного права та ін.) залежно від конкретного контексту. У будь-якому разі, вважаємо, що держави мають максимально утриматися від реагування на кібератаки, що здійснюється на підставі односторонньої кваліфікації та атрибуції. Такий підхід є логічним

з огляду на обмежені технічні та людські ресурси більшості держав, оскільки в разі помилкової атрибуції вірогідним є настання серйозних наслідків (наприклад, невиправдане застосування права на самооборону фактично є актом застосування сили проти держави та становить міжнародно-протиправне діяння).

Таким чином, зважаючи на природу та наслідки кібератак, можна виділити три групи кібератак, які запускають різні правові режими та зобов'язання:

1) кібератаки, які досягають рівня збройного нападу (атаки) та наділяють державу правом на самооборону відповідно до *jus ad bellum;*

2) кібератаки, які можна кваліфікувати як збройну атаку, здійснені в процесі збройного конфлікту або такі, що активують *jus in bello*;

3) кібератаки, які не досягли мінімального рівня застосування сили, але призвели до порушень міжнародних зобов'язань (зокрема основних принципів міжнародного права).

2. Opinio juris держав щодо ключових питань застосування міжнародного права до кібератак

Пандемія COVID-19 – перше, що спадає на думку, коли мова йде про 2020 рік. Але пройдешній рік також увійшов в історію як рік кіберпандемії. Через те, що значна частина соціальних, економічних та політичних взаємодій відбувались у кіберпросторі, вдалось уникнути перебоїв у роботі основних секторів та серйозних наслідків для близько 80 відсотків економіки. Це спровокувало значний скачок у кібердіяльності. З одного боку, кіберпростір вирішив виклики, спричинені COVID-19, які не могли подолати, наприклад, під час пандемії у 1918 році, з іншого – прискорив зловмисну кібердіяльність різних акторів [35]. На фоні всіх акторів на особливу увагу заслуговують саме ті, чиї дії відповідно до міжнародного права можуть атрибутуватися державі для цілей притягнення держав до відповідальності.

Притягнення держави до відповідальності являє собою правовий режим, основні правила якого зав'язані на наявності двох елементів. Згідно зі ст. 2 Статей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння, міжнародна відповідальність держави настає у разі наявності протиправної поведінки, яка «(a) атрибутується державі відповідно до

міжнародного права; (б) представляє собою порушення державою свого міжнародного зобов'язання» [27, ст. 2]. Тобто відповідальність держав настає за наявності юридичних та фактичних підстав для такої відповідальності.

Під юридичними підставами відповідальності держав слід розуміти міжнародно-правові зобов'язання держави, незалежно від їх походження, що містять вимогу щодо поведінки держави, порушення якої дозволяє кваліфікувати діяння як міжнародне правопорушення [9, с. 153]. Як неодноразово вказував Міжнародний суд ООН, «зобов'язання можуть покладатись на державу в силу договору і в силу дії звичаєвої норми, або в силу договору і в силу одностороннього акта» [42, пар. 63].

У випадку з кіберпростором, щодо застосування якого відсутнє *lex specialis*, виникає необхідність встановити, як чинні міжнародні зобов'язання повинні тлумачитись та застосовуватись до конкретних кібероперацій. Вважається, що *opinio juris* може компенсувати недостатньо розвинуту або непослідовну практику держав щодо формування міжнародних звичаїв [14, с. 111–112]. Звісно заяви, декларації та воєнні доктрини мають орієнтуючий, а не визначальний характер, але на стадії формування норм (можливо, навіть і галуззі міжнародного кібернетичного права), що діють у кіберпросторі, аналіз *opinio juris* дає змогу встановити «межі» відповідальної поведінки в кіберпросторі, розуміння того, якими держави бачать наявні зобов'язання та що вкладають в їх зміст. Крім того, такі позиції демонструють переважаюче непогодження щодо таких аргументів, як необхідність нового правового інструменту, щоб заповнити «правовий вакуум» (із позиції Куби, вираженої в ході роботи групи урядових експертів) або «прогалину некерованих територій» (позиція Індонезії, яка виступала від імені Руху неприєднання) [11].

Вироблення і узгодження таких позицій у майбутньому сприятиме загальній практиці, а значить, формуванню звичаєвих норм міжнародного права. Цілком справедливо можна зауважити, що саме у сфері регулювання діяльності держав у кіберпросторі норми звичаєвого права переживуть своє відродження як основне джерело міжнародного права, оскільки розробка міжнародного інструменту швидше стане ще одним «проєктом статей» з огляду на інтенсивний розвиток інформаційних технологій, які завжди, принаймні на крок, випереджають позитивне міжнародне право.

З позицій держав, які опублікували офіційні заяви щодо того, як міжнародне право застосовується до кіберпростору, загальну підтримку має ідея того, що *воно застосовується*. Коли ж йдеться про конкретні зобов'язання, держави не завжди спроможні виробити чітку позицію. Так, наприклад, опублікована у 2021 році промова заступника генерального прокурора Ізраїлю, яка стосувалась поглядів Ізраїлю щодо ключових правових та практичних питань застосування міжнародного права до кібероперацій, містить більше питань, ніж відповідей [49, с. 395]. Включення її до бази НАТО [55] підтверджує юридичний характер такої заяви, а не виключно доктринальну природу. Своєю чергою позиція Ліхтенштейну від 10 лютого 2020 року зводиться до визнання того, що Статут ООН загалом та інші джерела міжнародного права, зокрема в галузі міжнародного гуманітарного права, права людини та міжнародного кримінального права застосовуються в кіберпросторі. Нині Ліхтенштейн єдина держава, яка безпосередньо згадала міжнародне кримінальне право у своїй заяві. Що ж стосується інших держав, то їх позиція зводиться до відповідальності держав, а згадка про можливу відповідальності індивідів відсутня (за винятком відповідальності за національним правом). Ліхтенштейн також закликав розглянути питання щодо встановлення того, як Римський Статут Міжнародного кримінального суду застосовується до кібервоєн [50].

Аналіз позицій різних держав демонструє зацікавленість у встановленні та конкретизації того, як певні норми застосовуються в кіберпросторі. В першу чергу, на увагу заслуговує інтерпретація *принципу суверенної рівності держав*. Одні держави ігнорують його або наголошують на його абстрактному характері, інші – розкривають його зміст у кіберконтексті.

Класичне визначення того, що представляє «суверенітет», було надано в арбітражному рішенні щодо острову Пальмас (США проти Нідерландів). Арбітр М. Губер вказав: «Суверенітет у відносинах між державами означає *незалежність*. Незалежність щодо частини земної кулі являє собою право здійснювати там, за винятком будь-якої іншої держави, функції держави. Розвиток національної організації держав протягом кількох останніх століть і, як наслідок, розвиток міжнародного права встановив цей принцип *виключної компетенції держави* щодо її власної території <…>» [56, с. 838].

У класичному варіанті нормативний зміст принципу суверенної рівності держав розкрито в Декларації про принципи міжнародного права 1970 р., а також Заключному акті НБСЄ від 1975 р. Відповідно до положень Декларації 1970 р., поняття «суверенна рівність» включає шість елементів:

1) держави є юридично рівними;

2) кожна держава користується правами, властивими повному суверенітету;

3) кожна держава зобов'язана поважати правосуб'єктність інших держав;

4) територіальна цілісність і політична незалежність держави є недоторканними;

5) кожна держава має право вільно вибирати й розвивати свої політичні, соціальні, економічні та культурні системи;

6) кожна держава зобов'язана виконувати добросовісно та в повному обсязі свої міжнародні зобов'язання, жити в мирі з іншими державами [1].

Найбільш послідовно та виважено, як видається, до інтерпретації принципу суверенітету підійшла Німеччина у своїй позиції щодо застосування міжнародного права в кіберпросторі від 5 березня 2021 року [43]. Пояснюється те, як Німеччина бачить порушення політичної незалежності (втручання в хід виборів), а також територіальної цілісності. Щодо останнього зазначається, що «кіберпростір не є детериторізованим простором» [43, с. 3]. У кіберпросторі відсутні традиційні кордони між державами, але, як зазначив Уряд Німеччини, «не існує незалежних «кіберкордонів», які не узгоджуються з фізичними кордонами держави, обмежуючи або нехтуючи територіальною сферою охоплення суверенітету». Тобто в межах своїх фізичних кордонів держави, з одного боку, мають право в повній мірі здійснювати свої повноваження щодо захисту кібернетичної діяльності осіб, які в ній беруть участь, а також кіберінфраструктури від втручання (включаючи кібер-втручання) з боку іноземних держав, з іншого – зобов'язані не дозволяти використовувати свою територію для дій, що суперечать правам інших держав [43, с. 3].

Німеччина також висловила підтримку правилу 4, запропонованому в Талліннському керівництві 2.0, яке говорить, що кібероперації, які атрибутуються державі та призвели до фізичних наслідків і шкоди на території іншої держави, є порушенням територіального суверенітету цієї держави [43, с. 4]. У контексті

цього дослідження важливим є і той факт, що, на думку Німеччини, кібероперарації в прцесі яких постраждали об'єкти критичної інфраструктури, можуть розглядатися як порушення територіальної цілісності. Поряд із критичною інфраструктурою згадуються і «компанії, що становлять особливий суспільний інтерес» [43, с. 4]. Логічно допустити, що таке формулювання викликане відсутністю загальноприйнятого поняття «критична інфраструктура». Це випливає з того, що позиція щодо цього принципу завершується твердженням про те, що кібероперації, спрямовані проти інших об'єктів чи компаній, що не кваліфікуються як «критична інфраструктура» або «компаній, що становлять особливий суспільний інтерес», також можуть призвести до порушення принципу територіальної цілісності як одного з конститутивних елементів принципу суверенної рівності [43, с. 4].

Досить схожою є позиція Франції, виражена в 2019 році. Згідно з нею, Франція наголошує, що здійснює свій суверенітет над інформаційними системами, розташованими на її території, а також вимагає слідування принципу *due diligence*, який випливає із суверенітету. Як зазнає французька сторона, держави мають: (1) використовувати кіберпростір відповідно до міжнародного права, зокрема, не використовувати третіх осіб (проксі) для вчинення дій, які за допомогою ІКТ порушують права інших держав, та (2) гарантувати, що їх територія не використовується для таких цілей, у тому числі недержавними суб'єктами [33, с. 6].

Що ж стосується принципу суверенітету, то зазначається, що він може бути порушений виключно державою, яка діє через офіційні органи, *de facto* органи, які виконують елементи урядових повноважень, або через приватних осіб, що діють за вказівками або під керівництвом чи контролем держави. Отже, виключається можливість розглядати спорадичні кібератаки автономних хакерів як порушення суверенітету держави. Призвести до порушення суверенітету можуть будь-які кібератаки, спрямовані проти цифрових систем Франції, або наслідки, що є результатом використання цифрових систем у межах території Франції [33, с. 7]. З цього робимо висновок, що підхід держави полягає в тому, що будь-яке несанкціоноване проникнення в інформаційно-комунікаційні системи Франції є порушенням цього принципу.

В офіційній позиції Чеської Республіки прослідковується досить чітка конкретизація того, що, на думку держави, є порушенням принципу суверенної рівності держав за умови, що

здійснені проти Чехії кібероперації атрибутуються іноземній державі. Справедливим буде зазначити, що Чехія відходить від підходу щодо необхідності «проникнення». Уже в першому пункті («A») виділяються кібероперації, що призводять до смерті або поранення людей або завдають значну фізичну шкоду. Нині Чехія – єдина держава, що пов'язує такі ситуації з принципом суверенної рівності держав. Як видається, таким чином держава хоче посилити свою позицію щодо того, що принцип суверенітету є «самостійним правам», повага до якого становить «самостійне зобов'язання» [19, с. 3]. Загалом кібероперації, що спричиняють смерть (чи поранення) людей або значний фізичний збиток кваліфікуються як застосування сили, якщо на це вказуватиме тест на «масштаб та наслідки» («*scale and effects*»), що є досить популярним серед держав та використовується задля порівняння кібератак із використанням сили у «фізичному» світі. Прикрим упущенням цієї заяви є те, що в позиції Чехії відсутні висновки щодо того, коли кібератаки кваліфікуються як застосування сили. Проте відсутність таких положень може розглядатись як свідчення загальної підтримки положень та висновків, до яких дійшли експерти урядової групи ООН та НАТО.

У другому пункті («B») згадуються кібероперації, що спричиняють пошкодження або порушують функціонування кіберінфраструктури чи іншої інфраструктури, що суттєво впливає на національну безпеку, економіку, охорону здоров'я чи навколишнє середовище. Кібероперації, що передбачають втручання в дані або надання послуг, необхідні для здійснення невід'ємних функцій уряду («C»), також розглядаються як порушення принципу суверенної рівності держав. У заяві наводиться приклад останніх кібероперацій: поширення програм-шантажистів, що шифрують комп'ютери, які використовуються урядом, коли воно призводить до затримки виплати пенсій [19, с. 3].

У розріз із позицією більшості держав та експертів Талліннського керівництва йде останній пункт («D»), який, на жаль, не супроводжується поясненням із боку Уряду Чехії. Так, кібероперації проти держави, державних органів чи агентів, що знаходяться в межах її території, включаючи міжнародні організації, є порушенням принципу суверенітету, якщо здійснюються органами іншої держави, що фізично присутні на території Чехії. Незрозуміло, чому акцент робиться на фізичній присутності агентів іноземної держави, а не на наслідках

кібероперації. Виходить, що кібероперації, які здійснюються з території держави-порушниці, незалежно від наслідків, не розглядаються як порушення суверенітету Чехів, в той час, як такі ж операції здійснювані з території останньої є порушенням суверенітету. Як видається, наслідки в обох випадках можуть бути ідентичними, але їх юридична кваліфікація – різна.

Цей пункт також змушує задуматись над кібероперaціями, здійснюваними недержавними акторами. У пункті «D» чітко зазначається «органами іншої держави» («*organ of another State*»), і під це формулювання однозначно не можуть підпадати проксі, які діють відповідно до вказівок або під контролем чи керівництвом держави. Враховуючи те, що цей пункт використовує формулювання з Талліннського керівництва щодо реалізації елементів внутрішнього суверенітету в кіберконтексті, можна зробити висновок, що виключення частини «та інших, чия поведінка атрибутується державі» [48, с. 19] із заяви Чехії було свідомим вибором.

У липні 2020 року свою офіційну позицію щодо застосування міжнародного права в кіберпросторі опублікував Генеральний штаб Збройних Сил Ісламської Республіки Іран [21]. Декларація складається лише з преамбули і чотирьох статей, які в досить стислому вигляді висвітлюють позицію Ірану з ключових питань: принципу суверенітету, заборони інтервенції та заборони використання сили. Відповідно до статті II(4) неправомірне проникнення в публічну чи приватну кіберструктуру може розглядатися як порушення суверенітету держави, що стала жертвою такого проникнення [21, ст. II(4)]. Цікаво, що в параграфі 5 цієї ж статі зазначається, що принцип суверенітету підпорядковується принципу рівності, і «суверенітет будь-якої держави не вище суверенітету інших держав. Отже, будь-які обмежувальні та заморожувальні заходи, включаючи санкції, є порушенням суверенітету незалежних держав через недотримання суверенітету держав-мішеней» [21, ст. II(5)]. Беззаперечним є те, що держави мають поважати суверенітет одна одної, але санкції не є порушенням суверенітету. Це лише форма дозволеного примусу, що є реакцією на міжнародно-протиправне діяння. Тому допускаємо, що така позиція держави є наслідком того, що Іран тривалий час знаходився під односторонніми та багатосторонніми санкціями.

Позицію Сполучених Штатів Америки щодо принципу суверенної рівності держав конкретизував Головний Радник

Департаменту оборони Пол Ней: «Щодо кібероперацій, які не є забороненим втручанням чи застосуванням сили, Департамент вважає, що відсутня загальна і послідовна практика держав, яка б випливала з усвідомлення юридичного обов'язку, що міжнародне звичаєве право загалом забороняє такі несанкціоновані кібероперації на території іншої держави» [25]. На думку Департаменту оборони США, публічне мовчання багатьох держав щодо низки публічно відомих кіберпроникнень в іноземні мережі виключає висновок про те, що держави об'єдналися навколо спільної думки про те, що існує міжнародна заборона на всі подібні операції (хоча й такі операції, як правило, забороняються національним правом та передбачають відповідне покарання). Також було зазначено, що, незважаючи на те, що США не розглядає «всі порушення суверенітету в кіберпросторі» як порушення міжнародного права, Департамент продовжить вивчення цього питання [25]. Отже, США відкидає підхід щодо того, що будь-яке несанкціоноване втручання (проникнення) є порушенням суверенітету, але залишає за собою змогу визначити «поріг» втручання для констатації порушення суверенітету.

Проте не можна погодитись із такою позицією США. Те, що багато держав мовчать щодо того, що стали жертвами несанкціонованого проникнення, не означає, що вони таким чином виражають позицію щодо відсутності юридичних зобов'язань, які випливають із принципу суверенної рівності держав. Як зазначала Комісія з міжнародного права, мовчання має значення в процесі формування звичаєвого права, коли воно має місце з боку постраждалої держави і за умови, що така держава могла відреагувати [28, с. 142–143]. Реальність кіберпростору полягає в складнощах здійснення фактичної атрибуції кібератак, тому більшість держав, не маючи необхідних технічних та людських ресурсів, просто не знаходять себе «в позиції для реагування». Що ж до тих, хто має необхідні можливості, то їх практика демонструє зворотне. Так, наприклад, у вербальній ноті до Генерального Секретаря ООН Постійне представництво Венесуели при ООН від імені держав МЕРКОСУР засудило акти шпигунства з боку США, підкресливши, що такі дії «є неприйнятною поведінкою, яка порушує наш *суверенітет* і шкодить нормальним відносинам між народами» [29]. Таким чином, Грузія, яка зазнала широкомасштабної кібератаки з боку Головного управління розвідки Російської Федерації у жовтні

2019 року, засудила таку атаку як таку, що «йде в розріз із міжнародними нормами і принципам, ще раз порушивши *суверенітет* Грузії» [54]. Вірогідність того, що кібератаки були здійснені ГРУ, відповідно до позиції Національного Центру Кібербезпеки Великобританії, який допомагав у питаннях атрибуції, становила більш ніж 95 відсотків [57]. Отже, коли постраждалі держави знаходяться «в позиції для реагування», тобто мають відповідні знання щодо того, хто стоїть за конкретною кібератакою, вони впевнено вдаються до політичної атрибуції поведінки іноземній державі та наголошують на порушенні принципу суверенної рівності, коли це дійсно доцільно.

Доволі однозначною і не узгодженою з власною практикою є позиція Великобританії, озвучена 23 травня 2018 року. Генеральний прокурор Джеремі Райт зазначив, що, попри фундаментальне значення суверенітету для міжнародно-правової системи, нині неможливо екстраполювати із цього загального принципу конкретне правило або додаткову заборону для кібердіяльності, окрім заборони втручання. Отже, «<…> позиція уряду Великобританії полягає в тому, що не існує такої норми в межах сучасного міжнародного права» [18, с. 402]. Нині лише Великобританія зайняла таку позицію публічно, в той час як інші держави, що висловились із цього приводу, характеризують суверенітет як принцип і норму міжнародного права (наприклад, Німеччина, Франція, Чехія, Фінляндія, Іран, Нідерланди, Болівія, Китай, Гватемала, Гайана, Нова Зеландія, Республіка Корея та Швейцарія, а також НАТО – за винятком Великобританії). Інтерес привертає Кіберстратегія Великобританії на 2016–2021, де наголошується, що кіберпростір є сферою, в якій «… ми мають захищати свої інтереси та суверенітет» [38, с. 47]. Таке твердження порушує досить важливе і частково схоластичне питання: чи дійсно треба захищати те, що, згідно з офіційною позицією уряду, не може бути порушеним?

Існує ще один «табір» держав, позиція яких не містить визначеності. Так, наприклад, у позиції Ізраїлю відсутнє роз'яснення того, чи принцип суверенної рівності розглядається як норма міжнародного права, що застосовується в кіберпросторі та передбачає відповідальність у разі її порушення. З одного боку, Ізраїль визнає те, що принцип суверенітету є «наріжним каменем міжнародного права та міжнародних відносин». З іншого боку, проводиться розмежування між «суверенітетом

як загальним поняття» (незалежність) та «територіальним суверенітетом, який є міжнародно-правовою нормою». Виходить, що позиція Ізраїлю зводиться до того, що, посилаючись на захист своєї політичної волі та автономії, держави «не обов'язково» посилаються на норму права. Свою позицію щодо принципу суверенітету представник Ізраїлю завершує твердження про злиття двох розумінь суверенітету та застереження про те, що «нам слід бути дуже обережними, роблячи юридичні висновки» [49, с. 402]. Таким чином, не зрозуміло, чи з ремарки щодо злиття можна зробити висновок про те, що Ізраїль не розглядатиме втручання чи узурпацію невід'ємних урядових функцій як порушення суверенітету постраждалої держави, як це роблять експерти Талліннського керівництва відповідно до правила 4.

Фінляндія у своїй позиції застерігає: «Погодитись із тим, що ворожа кібероперація, яка не досягає порогу забороненої інтервенції, не становить міжнародно-протиправне діяння, означає залишити такі операції поза рамками правового регулювання та позбавити постраждалу державу важливої можливості захищати свої права». Відповідно, фіни розгадають принцип суверенної рівності як основну норму міжнародного права, порушення якої є міжнародно-протиправним актом та тригером для притягнення держави до відповідальності, а також підтверджують свою переконаність у тому, що ця норма повністю застосовується в кіберпросторі [32, с. 3]. *B opinio juris* Фінляндії підкреслюється, що вирішення питання щодо того, чи несанкціоноване кіберпроникнення призведе до порушення суверенітету держави, яка стала об'єктом кібератаки, залежить від характеру такої атаки та її наслідків і підлягає оцінці в кожному конкретному випадку [32, с. 3].

Поряд із принципом суверенної рівності держав згадується заборона інтервенції. Згідно з правилом 66 Талліннського керівництва, «[д]ержава не може здійснювати інтервенцію (прим. – *анг*. «intervene»), в тому числі за допомогою кіберзасобів, у внутрішні або зовнішні справи іншої держави» [48, с. 312]. Враховуючи непослідовність у використанні таких термінів, як «інтервенція» та «втручання», підкреслимо, що йдеться саме про інтервенцію в розумінні інструментів, прийнятих у рамках ООН (зокрема, Декларації про заборону інтервенції та втручання у внутрішні справи держав) та Міжнародного Суду ООН. Держави

досить часто використовують поняття «втручання» замість поняття «інтервенція», але вони мають різне юридичне наповнення.

Під «втручанням» варто розуміти дії держав, позбавлені примусової сили, які вдираються у справи, що належать до суверенної прерогативи іншої держави. Натомість поняття «інтервенція» обмежується таким втручанням у справи іноземної держави, що має примусовий ефект [48, с. 313]. Як зазначає Міжнародний Суд ООН «інтервенція є неправомірною, коли вона передбачає використання методів примусу щодо такого вибору, який має залишатися вільним» [36, пар. 205]. Тобто обов'язковою характеристикою інтервенції є *примус*.

Що стосується принципу заборони інтервенції, то всі держави, які висловили свою офіційну позицію щодо застосування міжнародного права в кіберпросторі, зійшлись на тому, що цей звичаєвий принцип безсумнівно застосовується. Серед основних прикладів інтервенції, більшість держав згадували інтервенцію у виборчий процес, яка є втручанням у внутрішні справи держави та характеризується наявністю примусу (маніпулювання результатами голосування), втручання у фундаментальну діяльність парламенту або стабільність фінансових систем держав (Франція, США, Німеччина, Ізраїль, Австралія) [12, с. 5].

Як і у випадку з принципом суверенної рівності держав, принцип заборони інтервенції застосовується виключно у відносинах між державами. Отже, порушення цього принципу матиме місце, якщо за міжнародно-протиправними діями стояли агенти держави або приватні особи, дії яких атрибутуються державі відповідно до норм міжнародного права [48, с. 313–314].

У Декларації Ісламської Республіки Іран від липня 2020 року підтверджується звичаєвий характер принципу заборони інтервенції [21]. Під порушенням цього принципу в кіберпросторі держава розглядатиме ситуації політичного силового втручання (маніпулювання результатами виборів або формування громадської думки перед виборами як приклади *грубої інтервенції*), призупинення роботи вебсайтів із метою спровокувати внутрішню напруженість і конфлікти або масове надсилання повідомлень виборцям із ціллю впливу на результати [21, ст. III(1)]. У ст.. III окрема увага приділяється військовій інтервенції.

Під інтервенцією збройні сили також розглядатимуть всі ситуації, що передбачають застосування явних та «вишуканих» форм і прийомів примусу, повалення чи вираження обурення

(образ) задля «інтриг у політичному, соціальному чи економічному порядку» чи «дестабілізації урядів, що прагнуть лібералізації власних економічних, політичних та культурних систем» (форм контролю, що існують у таких системах). Втручання іноземців є незаконним відповідно до цієї статті щодо заборони інтервенції [21, ст. III(3)]. Така згадка про втручання іноземців без посилання на атрибуцію викликає низку питань, зокрема, чи це випадковість, а якщо ні, то яким чином поведінка приватних осіб може призвести до порушення одного з основних принципів міжнародного права, що застосовується у відносинах виключно між державами. У будь-якому разі відсутні офіційні пояснення з приводу вираженої позиції щодо втручання іноземців.

Доволі деталізованою є позиція Німеччини щодо принципу заборони інтервенції. Німеччина резервує за собою можливість розглядати поширення дезінформації через Інтернет як порушення, якщо воно здійснюється з ціллю підбурення до насильницьких політичних переворотів, заворушень та/або громадянських міжусобиць у чужій країні, тим самим суттєво перешкоджаючи нормальному проведенню виборів та підрахунку бюлетенів. На думку Уряду Німеччини, за своїми масштабами та наслідками така діяльність близька до підтримки повстанців, тому містить елемент примусу. У виборчому контексті інтервенцією у внутрішні справи держави також є виведення з ладу виборчої інфраструктури та технологій (зокрема електронних бюлетенів), «якщо це компрометує або навіть перешкоджає проведенню виборів, або якщо результати виборів тим самим суттєво модифіковані [43, с. 5].

Як уже зазначалося, офіційне висловлення позиції щодо застосування міжнародного права в кіберпросторі відіграє вагому роль у процесі формування практики держав та для подальшого притягнення до відповідальності. З одного боку, *opinio juris* у всіх своїх формах сприяє формуванню звичаєвих норм, оскільки є одним із двох елементів такої норми, а з іншого – у подальшому э важливим для практичної реалізації норм про відповідальність держав. Наприклад, 3 жовтня 2018 року Національний центр кібербезпеки (далі – НЦКБ) Великобританії на своєму офіційному сайті розмістив заяву про «невибіркові та безвідповідальні» кібератаки Головного розвідувального управління РФ. У заяві цитується позиція міністра закордонних

справ, в якій наголошується, що дії ГРУ «є безвідповідальними та невибірковими: вони намагаються зірвати та втрутитися у вибори в інших країнах; вони навіть готові завдати шкоди російським компаніям та громадянам Росії. Така модель поведінки демонструє їх бажання діяти, ігноруючи міжнародне право чи встановлені норми, діяти з почуттям безкарності та без наслідків». Наголошується на тому, що Великобританія разом із своїми союзниками готова реагувати на таку поведінку.

У заяві Національного центру кібербезпеки міститься перелік кібератак із відповідною оцінкою. Щодо чотирьох нових кібератак, які атрибутуються в цій заяві, зазначається наступне: «НЦКБ із високим ступенем впевненості (*high confidence*) встановив, що ГРУ майже напевно (*almost certainly*) відповідальне» [37]. Така атрибуція, очевидно, є значною перемогою в боротьбі за правомірне використання кіберпростору. Проте відсутність конкретизації того, які норми міжнародного права були «грубо» порушені з боку ГРУ, дещо нівелюють отримані результати.

Що стосується першої категорії атрибутованих кібератак, то саме з нею пов'язана найбільша складність щодо встановлення того, які норми міжнародного права були порушенні. Національний центр кібербезпеки випустив з уваги наявність збройного конфлікту в Україні, оскільки він ніде не згадується і відсутнє розмежування з іншими країнами, які не знаходяться в стані збройного конфлікту. Отже, робимо висновок про те, що йдеться не про порушення норм міжнародного гуманітарного права.

Шифрування жорстких дисків, що призвело до неоперабельності систем київського метро, одеського аеропорту, Російського центрального банку та ряду російських ЗМІ [37], які перераховуються в першій категорії, становить перманентну втрату функціональності. Відповідно до позиції деяких експертів Талліннського керівництва, серйозні наслідки (які не призвели до людських втрат чи знищення) можуть кваліфікуватися як порушення заборони незастосування сили. Проте, беручи до уваги позицію Великобританії, де було зазначено, що кваліфікуватися як порушення цього принципу будуть кібератаки проти ядерних реакторів та систем управляння повітряним рухом, що мали *летальний ефект*, можна з впевненістю відкинути імовірність того, що, на думку Великобританії, мало місце порушення цього принципу.

Що стосується принципу заборони інтервенції, досить складно (якщо можливо) встановити та довести намір Російської Федерації змінити прийняте Україною рішення, що входить у коло суверенних прерогатив щодо «свободи вибору власної політичної, соціальної, економічної та культурної системи». І ось тут починається найцікавіше, оскільки найбільш очікуваним є твердження про порушення принципу суверенної рівності держав. На противагу принципу незастосування сили чи заборони інтервенції, він не містить важко досяжних вимог (щодо наслідків та примусу відповідно), а також є очевидно порушеним. Виникає логічне запитання: чи може держава, яка не визнає, що з принципу суверенної рівності витікають юридичні зобов'язання, наполягати на його порушенні? Подібним чином, менше ніж через два тижні після публікації заяви на сайті Національного центру кібербезпеки міністр закордонних справ із питань кібербезпеки наголошує на відповідальності ГРУ за кібератаку NotPetya, підкреслюючи, що така кібератака «свідчить про тривалу зневагу *суверенітету* України», що проявляється в кібератаках проти уряду, енергетичного та фінансового секторів [51].

Зі свого боку, Україна нині не представила свою офіційну позицію щодо застосування міжнародного права в кіберпросторі. Проте із Стратегії кібербезпеки на 2021–2025 роки, затвердженої 14 травня 2021 року, випливає, що Україна підтримує тезу про повне застосування міжнародного права в кібердомені. Зокрема, в Стратегії зазначається, що «Україна продовжить активну участь у міжнародному діалозі з питань відповідальної поведінки держав у кіберпросторі на основі дотримання принципів міжнародного права, Статуту ООН, а також добровільних необов'язкових норм, правил та принципів відповідальної поведінки держави», а також «Україна буде сприяти подальшому дотриманню міжнародного права та стандартів у галузі прав людини» [8, с. 24–25].

Крім того, в Законі України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» згадується реалізація «невід'ємного права держави на самозахист відповідно до норм міжнародного права у разі вчинення агресивних дій у кіберпросторі» [7, ст. 7(5)]. Таким чином, виводячи приватне із загального, позиція України проявляється у повному застосуванні норм міжнародного права до кібератак. Це могло б означати те, що Україна вправі притягнути Російську Федерацію до відповідальності

за порушення суверенітету, але, з огляду на наявний збройний конфлікт, виникає питання, яке виходить за межі цього дослідження, – життєздатність заборони застосування сили та інтервенції у внутрішні справи, а також обов'язку поважати суверенітет між протиборчими воюючими сторонами.

У другій категорії кібератак, присвоєних Головному розвідувальному управлінню РФ, міститься кібератака проти Всесвітнього антидопінгового агентства (*далі* – ВАДА), в результаті якої були оприлюднені конфіденційні медичні справи ряду міжнародних спортсменів. ВАДА публічно заявила, що поширені дані було отримано шляхом зламу її антидопінгової системи адміністрування та управління. За прикладом своїх партнерів у Сполученому королівстві, міністерство закордонних справ Канади опублікувало заяву щодо відповідальності ГРУ [53]. Але, на відміну від заяви Великобританії, заява Канади, на території якої знаходиться штаб-квартира ВАДА, звучить досить узгоджено із внутрішньою позицією держави щодо застосування міжнародного права в кіберпросторі, оскільки Уряд Канади визнає принцип суверенної рівності держав нормою, що покладає на державу конкретні зобов'язання.

Аналогічним чином міністр оборони Нідерландів атрибутував кібероперацію ГРУ, спрямовану проти Організації із заборони хімічної зброї, яка базується в Нідерландах, зауваживши, що ця кібероперація ГРУ підриває міжнародне верховенство права [39]. На своєму офіційному вебсайті міністерство оборони досить детально описало те, як їм вдалося зірвати кібероперацію, яка могла б скомпрометувати висновки щодо Солсберівської атаки – отруєння Сергія Скрипаля речовинами нервово-паралітичної дії сімейства «Новичок». Служба розвідки та безпеки Нідерландів не тільки зірвала операцію ГРУ, але й випроводила їх із країни. Наявна інформація щодо їх переміщення напередодні та спорядження, яке активно використовувалося проти Бразилії, Швейцарії та Малайзії, дозволили з впевненістю встановити, що агенти ГРУ перебували в Нідерландах із ціллю виконати вказівки Уряду Російської Федерації, а не провести в Нідерландах вікенд.

Зауважимо, що в офіційному листі міністерства безпеки, міністерства іноземних справ та міністерства юстиції до Палати представників Нідерландів відсутнє посилання на те, що Російська Федерація порушила суверенітет Нідерландів [24]. Разом із тим, відповідно до Талліннського керівництва,

здійснення кібероперацій органами держави або особами, поведінка яких може атрибутуватися державі, що перебувають на території іншої держави, проти держави або утворених там осіб є порушення суверенітету цієї держави [48, с. 19]. У керівництві надається приклад, коли агент однієї держави використовує флеш-накопичувач USB для введення шкідливого програмного забезпечення в кіберінфраструктуру, розташовану в іншій державі. На думку експертів, такі дії порушують суверенітет держави [48, с. 19]. Оскільки агенти ГРУ намагалися зламати мережу Wi-Fi задля проникнення в мережу Організації із заборони хімічної зброї, така поведінка може розглядатися як проникнення в кіберструктуру Нідерландів, а отже, становить порушення суверенітету. Такий висновок випливає із спільної статті професора Університету Редінга Майкла Шмітта, що є основним розробником та автором Талліннського керівництва, та підполковника Джеффрі Біллера з Центру вивчення міжнародного права Військово-морського коледжу США [13].

Попри це, офіційна позиція Нідерландів полягає в тому, що поведінка ГРУ розцінюється як «підрив цілісності міжнародної організації». Також зазначається, що «як приймаюча країна, Нідерланди несуть особливу відповідальність за те, щоб міжнародні організації могли виконувати свої обов'язки як вільно, так і безпечно» [24]. Так, йдеться швидше про порушення норм дипломатичного права міжнародних організацій, ніж суверенітету. Хоча, зважаючи на те, що ВАДА не має власної кібернетичної інфраструктури, а використовує інфраструктуру держави, на території якої перебуває, вважаємо, що Нідерланди мали право кваліфікувати такі дії як порушення власного суверенітету.

Чимало можуть сказати кібератаки проти приватних осіб. Зокрема, підходи свідчить про те, що такі атаки не розглядаються як порушення норм міжнародного права. Так, наприклад, Великобританія та США не згадували про порушення норм міжнародного права щодо кампанії цільового фішингу, спрямованої проти приватних університетів, приватних компаній та неурядових організацій, яку ці держави атрибутували Ірану в березні 2018 року [52]. Фактично обидва уряди розглядали кіберпроникнення як злочинну діяльність відповідно до свого внутрішнього законодавства, тому США висунули звинувачення проти дев'яти іранців, які діяли в ім'я Корпусу вартових ісламської революції [41].

Такі заяви проводять чітку межу між діяльністю, яка впливає на здатність держави забезпечувати нормальне функціонування своїх «систем» (наприклад, функціонування парламенту; фінансового сектору; енергетики; транспорту), та діяльністю, спрямованою на забезпечення інтересів приватних осіб або приватних компаній. Принципу розмежування такої діяльності також слідує Європейський Союз, що випливає із прийнятого рішення про застосування обмежувальних заходів у випадку кібератак, що загрожують ЄС або його країнам-членам. У ст. 4, де міститься перелік кібератак, які розглядаються як загрози та підпадають під сферу дії рішення Ради ЄС, згадуються кібератаки. спрямовані проти: 1) критичної інфраструктури; 2) сфер, що забезпечують соціальну та/або економічну діяльність; 3) критичних функцій держави; 4) зберігання або обробки секретної інформації; 5) урядових груп реагування на надзвичайні ситуації [17, ст. 4]. Отже, кібератаки, що спрямовані проти приватних індивідів та компаній, виключаються – акцент робиться на цілих секторах.

У своїх заявах держави також згадують різні варіанти реагування на поведінку іншої держави в кіберпросторі, які міжнародне право їм надає. Варіанти, доступні в конкретному випадку, залежать від конкретних обставин. Різні форми *opinio juris* свідчать про те, що держави в разі потреби можуть вдаватися до реторсій, контрзаходів, самооборони та застосування принципу необхідності (як для підстави, що виправдовує загалом неправомірні дії).

Ст. 51 Статуту ООН гарантує невід'ємне право держав на самооборону. У своїх документах, що містять правову позицію, держави беззаперечно підтримують застосовність цього права в кіберконтексті. Щоправда, думки розходяться щодо того, коли його можна застосувати, та чи існує в кібердомені право на превентивну самооборону (*preventive self-defence*) чи самооборону на випередження *(pre-emptive self-defence*). Так, наприклад, у процесі аналізу позиції Великобританії стає очевидним, що держава не виключає використання права на самооборону на випередження, зазначаючи, що «кібероперації, що призводять до або *становлять безпосередню загрозу* смерті та знищення в масштабі, еквівалентному збройному нападу, породжуватимуть невід'ємне право вживати заходів для самооборони, як це визнано у статті 51 Статуту ООН» [18, с. 402]. Тобто така позиція, *inter alia*, є посиланням на тест, розроблений у справі про судно

«Caroline» (Великобританія проти США), де серед критеріїв на самозахист вказувались *необхідність, пропорційність і невідкладність.* Зазначимо, що підхід Міжнародного Суду ООН до вирішення цієї справи і нині знаходить критику серед противників концепції превентивної самооборони чи самооборони на випередження, які стверджують, що ці концепції суперечать ст. 51 Статуту ООН.

Що ж до інших держав, то їх позиція також не виключає можливість застосування концепції превентивної самооборони або самооборони на випередження. Так, наприклад, Франція висловлює рішучу позицію щодо застосування концепцій самооборони на випередження та/або колективного реагування (відповіді), що передбачається інструментами кібердипломатії ЄС, але не визнає превентивну самооборону [33, с. 9].

На увагу заслуговує позиція Нідерландів, яка містить чи не найжорсткіші умови, що мають бути виконані до того, як держава вдасться до реалізації свого права на самооборону. Так, Нідерланди встановили досить високий поріг для характеристики кібератаки як збройної атаки. Лише *серйозна, організована* кібератака *проти основних функцій* держави може кваліфікуватися як «збройна атака» у значенні ст. 51 Статуту ООН, якщо така операція могла привести або призвела до серйозних порушень функціонування держави або серйозних і довготривалих наслідків для стабільності держави [40, с. 23]. Для прикладу, кібератака, спрямована проти всієї фінансової системи, або така, що перешкоджає уряду виконувати важливі завдання (охорона навколишнього середовища, оподаткування), буде розцінюватися як збройний напад і, отже, наділяти державу правом на самооборону [40, с. 23].

З метою припинення міжнародно-протиправного діяння держави можуть вдаватися до реторсій. Загалом аналіз *opinio juris* свідчить про відсутність модифікації основних правил щодо їх застосування (Німеччина, Нідерланди, Австралія, Фінляндія). Держави мають право на власний розсуд вибирати вид реторсій, який, хоч і є недружнім, не становить порушення міжнародних зобов'язань. Окрім визнання дипломата персоною *non grata*, застосування економічних чи інших заходів впливу, держави також можуть обмежити чи закрити доступ до своєї цифрової інфраструктури (за умови відсутності договірних зобов'язань щодо надання спільного доступу на території двох країн).

На відміну від реторсій, певні процедурні правила щодо застосування контрзаходів, швидше за все, потребуватимуть коригування, як влучно підкреслив Уряд Фінляндії. Так, наприклад, атрибуція зловмисної кібероперації можлива лише після того, як вона завершена (адже на практиці потрібен час для розслідування кіберінциденту та ідентифікації відповідальних осіб), тоді як контрзаходи, як правило, слід вживати, поки триває міжнародно-протиправне діяння [32, с. 5]. Виділяється і позиція Німеччини щодо контрзаходів, яка нині єдина виразила публічну підтримку правилу 20 Талліннського керівництва у своїй офіційній позиції від березня 2021 року, зазначивши, що у разі порушень, які пов'язанні чи не пов'язані з кіберпростором, держави можуть вдаватися як до звичайних контрзаходів, так і до кіберконтрзаходів [43, с. 13].

Висновки

Аналіз наявних форм *opinio juris* (заяв, декларацій, воєнних стратегій, доктрин тощо), з одного боку, свідчить про загальний консенсус щодо застосування міжнародного права в кіберпросторі, а з іншого – про не завжди узгоджене розуміння того, *які* норми міжнародного права застосовуються до кібератак, *як* та *за яких умов*.

Зважаючи на постійне збільшення кібератак, зокрема проти об'єктів критичної інфраструктури, що забезпечують нормальне функціонування держави та суспільства, виникає гостра необхідність в узгодженні позицій із ключових питань. Лише нормативна чіткість офіційних позицій здатна посилити стійкість та мінімізувати ескалацію кібернетичних атак шляхом формування відповідної практики, а, отже, звичаєвих норм міжнародного права. Нині ж позиції держав іноді свідчать про формування певних політичних блоків держав, які намагаються пріоритезувати власні інтереси в питаннях, пов'язаних із кіберпростором. Тому на практиці виходить, що позиція держави щодо застосування конкретних принципів та норм міжнародного права в кіберпросторі визначається політичними інтересами держави (наприклад, позиція Росії та Китаю щодо неможливості застосування норм міжнародного гуманітарного права в кіберпросторі). Встановлено також, що практика в деяких випадках не узгоджена з офіційною позицією держави (офіційна позиція Великобританії щодо абстрактного характеру принципу суверенної рівності держав та

заяви про серйозні порушення міжнародного права в силу порушення суверенітету іноземних держав).

Попри те, що існують норми, застосування яких у кіберпросторі викликає низку дискусій серед держав (принцип суверенної рівності, заборони інтервенції та погрози чи застосування сили), уже нині можна говорити про формування певного консенсусу. Держави реагують на доктринальні розробки та обговорення експертів (ООН, НАТО тощо) та розробляють власні позиції, що надалі визначають їх практику. Це дає змогу не лише визначити очікування держав від поведінки в кіберпросторі, а й конкретизувати зміст нинішніх норм міжнародного права з метою їх застосування до кібератак та компенсувати відсутність договірних норм.

Список використаних джерел:

1. Декларація про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин та співробітництва між державами відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй : Декларація ООН від 24.10.1970., прийнята резолюцією ГА ООН 2625 (XXV). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_569#Text.

2. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів : Протокол ООН від 8 червня 1977 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text.

3. Доклад Группы правительственных экспертов по достижениям в сфере информатизации и телекоммуникаций в контексте международной безопасности» A/70/174. 22 липня 2015. URL: https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/70/174.

4. Доклад Группы правительственных экспертов по достижениям в сфере информатизации и телекоммуникаций в контексте международной безопасности. ГА ООН. A/68/98*. 24 июня 2013. URL: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/68/98&referer=/english/&Lang=R.

5. Климчук О. Кіберпростір як нова арена воєнних дій. *Актуальні проблеми управління інформаційною безпекою держави* : збірник мат-лів наук.-практ. конф., 22 берез. 2011 р.: [у 2 ч.]. Ч. 2. К. : Наук.-вид. відділ НА СБ України. 2011. С. 29–33.

6. Консультативное заключение Международного Суда ООН относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения. 8 июля 1996 г. URL: https://www.icj-cij.org/public/files/advisory-opinions/advisory-opinions-1996-ru.pdf.

7. Про основні засади забезпечення кібербезпеки України : Закон України від 05.10.2017. 2163-VIII. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2017. № 45. Ст. 403. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2163-19#Text.

8. Стратегія кібербезпеки України на 2021-2025 роки, затверджена Радою Національної безпеки та оборони України 14 травня 2021 року. *Безпечний кіберпростір – запорука успішного розвитку країни*. 27 с. URL: https://www.rnbo.gov.ua/files/2021/STRATEGIYA%20KYBERBEZPEKI/proekt%20strategii_kyberbezpeki_Ukr.pdf.

9. Циверенко Г. Фактичні підстави для виникнення міжнародно-правової відповідальності. *Актуальні проблеми держави і права*. 2014. С. 152–157.

10. Шеломенцев В. Поняття та сутність кібернетичної атаки. *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)*. 2011. № 25. С. 337–344.

11. 1st Meeting of the first substantive session of the Open-Ended Working Group (OEWG). *DIGWATCH website*. URL: https://dig.watch/resources/1st-meeting-first-substantive-session-open-ended-working-group-oewg.

12. 2019 International Law Supplement. Annex B: Australia`s position on how international law applies to State conduct in cyberspace. 2019. URL: https://www.internationalcybertech.gov.au/our-work/annexes/annex-b.

13. Biller J., Schmitt M. Un-caging the Bear? A Case Study in Cyber Opinio Juris and Unintended Consequences. *EJIL: Talk!* URL: https://www.ejiltalk.org/un-caging-the-bear-a-case-study-in-cyber-opinio-juris-and-unintended-consequences/.

14. Brian L.D. Customary international law: a new theory with practical applications. Cambridge University Press. 2010. 795 p.

15. Buttigieg J. The common heritage of mankind: from the law of the sea to the human genome and cyberspace*. Symposia Melitensia*. 2012, Vol. 8, p. 81–92.

16. Corn G. Cyber National Security: Navigating Gray Zone Challenges In and Through Cyberspace. *Complex Battlespaces: The Law of Armed Conflict and the Dynamics of Modern Warfare.* 2018. 71 p. URL: https://ssrn.com/abstract=3089071.

17. Council Decision concerning restrictive measures against cyber-attacks threatening the Union or its Member States. 14 May 2019. URL: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7299-2019-INIT/en/pdf.

18. Cyber and International Law in the 21st Century, From Attorney General`s Office and The Rt Hon Jeremy Wright QC MP. Published 23 May 2018. URL: https://www.gov.uk/government/speeches/cyber-and-international-law-in-the-21st-century.

19. Czech Republic, Statement by Mr. Richard Kadlčák, Special Envoy for Cyberspace Director of Cybersecurity Department, dated 11 February 2020. 4 p.

20. Declaration by Miguel Rodriguez, Representative of Cuba, at the Final Session of Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security. New York, June 23, 2017. URL: https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2017/06/Cuban-Expert-Declaration.pdf.

21. Declaration of General Staff of the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran Regarding International Law Applicable to the Cyberspace. Armed Forces Cyberspace Center. July, 2020. URL: https://nournews.ir/En/News/53144/General-Staff-of-Iranian-Armed-Forces-Warns-of-Tough-Reaction-to-Any-Cyber-Threat.

22. Digital Around the World. *Datareportal website*. 7 July 2021. URL: https://datareportal.com/global-digital-overview.

23. Dinstein Y. The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict. Cambridge University Press. 2004. 341 p.

24. Disruption of a GRU cyber operation in The Hague. Letter of 4 October 2018 from the Minister of Defence Ank Bijleveld-Schouten, Minister of Foreign Affairs Stef Blok and Minister of Justice and Security Ferdinand Grapperhaus, to the House of Representatives, regarding the disruption of a GRU cyber operation in The Hague. URL: https://english.defensie.nl/downloads/parliamentary-documents/2018/10/04/disruption-of-a-gru-cyber-operation-in-the-hague.

25. DOD General Counsel Remarks at U.S. Cyber Command Legal Conference, March 2, 2020, remarks By Hon. Paul C. Ney, Jr. URL: https://www.defense.gov/Newsroom/Speeches/Speech/Article/2099378/dod-general-counsel-remarks-at-us-cyber-command-legal-conference/.

26. Dörmann K. Applicability of the Additional Protocols to Computer Network Attacks. *ICRC website*. 2004. URL: http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/68lg92.htm.

27. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, November 2001, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1. URL: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.

28. Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries. 2018. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf.

29. General Assembly, Note verbale dated 22 July 2013 from the Permanent Mission of the Bolivarian Republic of Venezuela to the United Nations addressed to the Secretary-General. URL: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/411/07/PDF/N1341107.pdf?OpenElement.

30. Gioe D., Goodman M., Wanless A. Rebalancing cybersecurity imperatives: patching the social layer. *Journal of Cyber Policy*. 2019. № 4(1). P. 117–137.

31. ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic´*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal, 2 October 1995.

32. International law and cyberspace, *Finland's national positions*, 2020. 8 p. URL: https://um.fi/documents/35732/0/KyberkannatPDF_EN.pdf/12bbbbde-623b-9f86-b254-07d5af3c6d85?t=1603097522727.

33. International Law applied to cyber operations. French official position. 2019. URL: https://www.defense.gouv.fr/content/download/567648/9770527/file/international+law+applied+to+operations+in+cyberspace.pdf.

34. Korzak E. UN GGE on Cybersecurity: The End of an Era? *The Diplomat*. 31 July 2017. URL: https://thediplomat.com/2017/07/un-gge-on-cybersecurity-have-china-and-russia-just-made-cyberspace-less-safe/.

35. Lohrmann D., Lohrmann D. 2020: The Year the COVID-19 Crisis Brought a Cyber Pandemic. *Government technology website*. URL: https://www.govtech.com/blogs/lohrmann-on-cybersecurity/2020-the-year-the-covid-19-crisis-brought-a-cyber-pandemic.html.

36. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 392. URL: https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19841126-JUD-01-00-EN.pdf.

37. National Cyber Security Centre, *Reckless Campaign of Cyber Attacks by Russian Military Intelligence Exposed*. 3 October 2018. URL: https://www.ncsc.gov.uk/news/reckless-campaign-cyber-attacks-russian-military-intelligence-service-exposed.

38. National Cyber Security Strategy 2016-2021. *HM Government website*. URL: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/567242/national_cyber_security_strategy_2016.pdf.

39. Netherlands Defence Intelligence and Security Service disrupts Russian cyber operation targeting OPCW. *Government of the Netherlands website.* 4 October 2018. URL: https://www.government.nl/latest/news/2018/10/04/netherlands-defence-intelligence-and-security-service-disrupts-russian-cyber-operation-targeting-opcw.

40. Netherlands` Cyber Warfare. No 77, AIV/ No 22, CAVV. Dec. 2011. 46 p. URL: https://www.advisorycouncilinternationalaffairs.nl/binaries/advisorycouncilinternationalaffairs/documents/publications/2011/12/16/cyber-warfare/Cyber_Warfare_AIV-Advisory-report-77_CAVV-Advisory-report-22_ENG_201112.pdf.

41. Nine Iranians Charged With Conducting Massive Cyber Theft Campaign On Behalf Of The Islamic Revolutionary Guard Corps. *US Department of Justice website*. 2018. URL: https://www.justice.gov/usao-sdny/pr/nine-iranians-charged-conducting-massive-cyber-theft-campaign-behalf-islamic.

42. North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3. URL: http://www.icj-cij.org/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-00-EN.pdf.

43. On the Application of International Law in Cyberspace Position Paper. March 2021. The Federal Government of German Federation. 17 p. URL: https://ccdcoe.org/uploads/2018/10/Germany_on-the-application-of-international-law-in-cyberspace-data_English.pdf.

44. Owes W.O., Kenneth W.D., Herbert S.L. Committee on Offensive Information Warfare, National Research Council; The Basic Technology of Cyberattack. *Technology, Policy, Law, and Ethics Regarding U.S. Acquisition and Use of Cyberattack Capabilities*. 2009. 390 p.

45. Russell A. The Logic Layer. In Strategic A2/AD in Cyberspace (pp. 40-52). Cambridge: Cambridge University Press. 2017. 108 p.

46. Sassoli M. International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare. Edward Elgar Publishing. 720 p.

47. Schmitt M. Cyber operations and the jus in bello: key issues. *Naval War College International Law Studies*. Vol. 87. 2011. P. 89–110.

48. Schmitt M. Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations (2nd ed.). Cambridge: Cambridge University Press. 2017. 598 p.

49. Schöndorf R. Practical Issues Concerning the Application of International Law to Cyber Operations. International Law Studies. *International Law Studies Series*. № 97. 2021. 395–406. URL:

https://digital-commons.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2957&context=ils.

50. Statement by Georg Sparser, Deputy Permanent Representative Permanent Mission of the Principality of Liechtenstein to the UN. 2020. URL: https://ccdcoe.org/uploads/2020/04/Statement-on-International-Law-by-Liechtenstein-at-2nd-session-of-OEWG.pdf.

51. Statement of Foreign Office Minister, Lord Ahmad. *Foreign Office Minister condemns Russia for NotPetya attacks*. 15 October 2018. URL: https://www.gov.uk/government/news/foreign-office-minister-condemns-russia-for-notpetya-attacks.

52. Statement of Foreign Office Minister, Lord Ahmad. F*oreign Office Minister condemns criminal actors based in Iran for cyber-attacks against UK universities*. 2018. URL: https://www.gov.uk/government/news/foreign-office-minister-condemns-criminal-actors-based-in-iran-for-cyber-attacks-against-ukuniversities.

53. Statement of Global Affairs Canada*. Canada identifies malicious cyber-activity by Russia*. 2018. URL: https://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2018/10/canada-identifies-malicious-cyber-activity-by-russia.html.

54. Statement of the Ministry of Foreign Affairs of Georgia. 2019. URL: https://mfa.gov.ge/News/Statement-of-the-Ministry-of-Foreign-Affairs-o-(7).aspx?CatID=5.

55. Strategy and governance. *NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence website*. URL: https://ccdcoe.org/library/strategy-and-governance/?category=intl-law-statements.

56. The Island of Palmas Case (or Miangas). USA v. The Netherlands. Award of The Tribunal. Permenent Court of Arbitration. Reports of International Arbitral Awards. Volume. II pp. 829–871. 4 April 1928. URL: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/829-871.pdf.

57. UK condemns Russia`s GRU over Georgia cyber-attacks, Press release Foreign & Commonwealth Office, National Cyber Security Centre, and The Rt Hon Dominic Raab MP, published on 20 February 2020. *UK Government website*. URL: https://www.gov.uk/government/news/uk-condemns-russias-gru-over-georgia-cyber-attacks.

58. Woltag J.C. Cyber Warfare. 2015. *Max Planck Encyclopedias of Public International Law*. URL: https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e280?rskey=eCCfoY&result=7&prd=EPIL&print.

DOI https://doi.org/10.36059/978-966-397-237-4-12

Сурілова О. О.,
доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри міжнародного та європейського права
Національного університету «Одеська юридична академія»,
м. Одеса

ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ АДАПТАЦІЇ ДО ГЛОБАЛЬНОЇ ЗМІНИ КЛІМАТУ В УМОВАХ ПАНДЕМІЇ COVID-19

Анотація. *Сьогодні кліматичні зміни та пандемія COVID-19 визнані екзистенційними загрозами людству. Пандемія, з одного боку, ускладнила ситуацію у сфері адаптації до змін клімату, оскільки увага людства переключилась на противоепідемічну безпеку, а з іншого боку, надала безпрецедентні можливості переходу до екологодружньої економіки. Ситуація вимагає посилення роботи з адаптації до зміни клімату, а запроваджені та заплановані заходи мають бути узгоджені із заходами відновлення після пандемії та стосуватися всіх сфер політики. Ефективні заходи розробляються в рамках кліматичної дипломатії, яка вирішує завдання з узгодження дій світового співтовариства у протидії цим небезпечним загрозам. Дороговказом для України має стати досвід ЄС, зокрема Стратегія ЄС з адаптації до зміни клімату 2021 р., Стратегія «Від ферми до виделки: за справедливу, здорову та екологічно безпечну систему харчування», які комплексно вирішують ці найактуальніші завдання.*

Вступ

Незважаючи на всі заходи з попередження зміни клімату, прийняті людством із середини XX ст., серед яких слід назвати розроблення програм дослідження глобальних атмосферних процесів (1967 р., Шапперхольм), прийняття декларації про недопущення потенційної антропогенної зміни клімату (1979 р., Женева) прийняття Рамкової конвенції зі зміни клімату (1992 р., Ріо-де-Жанейро), підписання Кіотського протоколу до Рамкової конвенції зі зміни клімату (1997 р., Кіото), підписання Паризької угоди (2015 р., Париж), точка неповернення пройдена. Попри всі зусилля, спрямовані на скорочення викидів парникових газів,

запровадження сучасних енергетичних технологій та підвищення енергоефективності, зміна клімату перетворилась на один із найскладніших викликів XXI ст. Про це свідчать результати 25-ї конференції ООН зі зміни клімату, що відбулася у 2019 р. в Мадриді[1]. Конференція констатувала, що навіть зупинка всіх викидів парникових газів все одно не усуне катастрофічні наслідки, які триватимуть десятиліттями, навіть якщо глобальні та європейські зусилля щодо скорочення викидів парникових газів виявляться ефективними, тому сьогодні актуальною є проблема адаптації до зміни клімату.

1. Адаптація до зміни клімату: поняття та наукові підходи

Адаптація до зміни клімату позиціонується як виклик, що постає перед усіма у місцевому, субнаціональному, національному, регіональному та міжнародному вимірах, тобто являє собою глобальний виклик і є ключовим компонентом довгострокового глобального реагування на зміну клімату задля захисту людей, засобів до існування загалом та екосистем зокрема з огляду на невідкладні й термінові потреби країн, що розвиваються та є особливо вразливими до негативних наслідків зміни клімату[2].

Адаптація до глобальної зміни клімату являє собою процес пристосування природних чи антропогенних систем у відповідь на фактичні або очікувані кліматичні впливи, що дасть змогу знизити їх негативні наслідки та скористатися сприятливими можливостями. Сьогодні в цій сфері акцентується необхідність розроблення правових інструментів адаптації та впровадження ефективного екологічного менеджменту на основі екосистемного підходу[3]. Адаптація до змін клімату на основі екосистем пропонує актуальний та перспективний підхід задля збереження функціональності екосистем, зменшення негативних

[1] Конференція ООН з питань клімату COP26, яка мала відбутися в Глазго в листопаді 2020 р., була перенесена через COVID-19 на 2021 р.

[2] Витрати на глобальну адаптацію до зміни клімату становлять 70–100 млрд. євро щорічно до 2050 р. [1].

[3] Значний внесок у розвиток цього підходу був зроблений у програмі «Оцінка екосистем на порозі тисячоліття»; за результатами проведених досліджень було визначено, що оцінка екосистем сприяє поглибленню розуміння зв'язків між ними та добробутом людей; сприяє оцінюванню ефективності та сумісності політичних та управлінських рішень; створює комплексний екосистемний менеджмент [2].

антропогенних впливів та відновлення екологічних структур і процесів для підвищення загальної продуктивності та здоров'я системи [3, с. 229]. Крім того, цей підхід має бути спрямований на усунення негативних антропогенних впливів екосистем на життя, здоров'я та добробут людини. Необхідною умовою є запровадження системи менеджменту стану екосистем та соціальних систем, що до них вбудовані, а також впливів на екосоціальні системи та оцінка відповідності правових механізмів установленим міжнародним вимогам щодо сталого управління адаптацією до зміни клімату.

Сьогодні найбільш амбітні міжнародно-правові механізми з адаптації до зміни клімату запроваджені Паризькою кліматичною угодою, сторони якої визнали, що наявна потреба в адаптації до зміни клімату є значною, а вищі рівні пом'якшення наслідків зміни клімату можуть зменшити потребу у додаткових зусиллях з адаптації до зміни клімату, значніші потреби в адаптації можуть спричинити більші витрати на адаптацію.

Рамкова конвенція ООН зі зміни клімату проголошує кінцеву мету Конвенції і всіх пов'язаних з нею правових документів, які може прийняти Конференція Сторін. Це досягнення стабілізації концентрацій парникових газів в атмосфері на такому рівні, який не допускав би небезпечного антропогенного впливу на кліматичну систему, який має бути досягнутий у строки, необхідні для природної адаптації екосистем до зміни клімату, що дасть можливість не ставити під загрозу виробництво продовольства і сприятиме забезпеченню подальшого економічного розвитку на стійкій основі.

Зобов'язання з адаптації до зміни клімату закріплює ст. 3 Конвенції, що встановлює принципи діяльності з охорони кліматичної системи Землі, до яких, зокрема, належить вжиття попереджувальних заходів задля зведення до мінімуму причин зміни клімату й пом'якшення його негативних наслідків. Політика й заходи, спрямовані на боротьбу зі зміною клімату, повинні бути економічно ефективними для забезпечення глобальних благ за найменших можливих витрат. Задля цього політика й заходи повинні враховувати різні соціально-економічні умови, бути всеосяжними, охоплювати всі відповідні джерела, поглиначі і нагромаджувачі парникових газів, заходи з адаптації, а також включати всі економічні сектори [4]. Враховуючі це, держави-члени угоди взяли на себе зобов'язання

щодо розроблення та посилення адаптаційної політики, а саме формулювання та здійснення національних планів у сфері адаптації; оцінювання результатів змін клімату задля формулювання визначених на національному рівні пріоритетних дій; моніторинг та оцінювання планів, політик, програм та дій у галузях адаптації та навчання на їх основі; підвищення сталості соціально-економічних та екологічних систем, зокрема шляхом диверсифікації економіки та стійкого управління природними ресурсами. Кожна Сторона зобов'язалася у разі необхідності брати участь у розробленні або покращенні відповідних планів, стратегій та/або внесків, які можуть включати таке:

1) реалізація дій, ініціатив та/або зусиль з адаптації до зміни клімату;

2) процес визначення та реалізації національних планів з адаптації до зміни клімату;

3) оцінювання наслідків зміни клімату та вразливості задля запровадження пріоритетних дій з огляду на вразливі верстви населення, місця та екосистеми;

4) моніторинг та оцінювання, а також навчання за допомогою адаптаційних планів, стратегій, програм та дій;

5) розбудова стійкості соціально-економічних та екологічних систем, у тому числі шляхом економічної диверсифікації та сталого управління природними ресурсами.

Особлива увага приділяється потребам країн, що розвиваються. Повідомлення з адаптації до зміни клімату потрібно реєструвати у публічному реєстрі, який ведеться секретаріатом [5].

Заходи з адаптації мають бути науково обґрунтованими. Задля надання світовому співтовариству об'єктивної наукової інформації, що стосується зміни клімату, її природних, політичних та економічних наслідків і ризиків, а також розроблення заходів з адаптації до зміни клімату у 1988 р. Всесвітньою метеорологічною організацією і Програмою ООН з навколишнього середовища була створена Міжурядова група експертів з питань зміни клімату. Доповіді МГЕЗК охоплюють наукову, технічну та соціально-економічну оцінку ризиків та можливих наслідків антропогенної зміни клімату, а також можливостей до адаптації та запобігання негативним змінам. Організація не займається власними дослідженнями, але аналізує наявні наукові публікації та надає поштовх для подальших наукових досліджень з питань клімату [6]. Ініціатива глобальної адаптації Нотр-Дам (ND-GAIN),

запроваджена Університетом Нотр-Дам, має на меті проведення досліджень задля визначення глобального індексу адаптації (ND-GAIN) країн світу з урахуванням вразливості до змін клімату та можливостей вжиття адаптаційних заходів в усіх економічних та соціальних секторах [7].

Одним із найбільш ефективних інструментів екологічного менеджменту в цій сфері є стандартизація управління. Саме зважені управлінські рішення є запорукою успішного вирішення проблеми.

Міжнародною організацією зі стандартизації (ISO) розроблені стандарти ISO 14090: 2019 «Адаптація до зміни клімату – Принципи, вимоги та керівні принципи» [8]. Відповідно до стандарту, адаптація до змін клімату є процесом коригування під реально наявний клімат або прогнозований стан клімату та його впливи. У середовищі існування людини процес адаптації спрямований або на пом'якшення (запобігання) наслідків зміни клімату, або на використання сприятливих можливостей, пов'язаних зі зміною клімату[4].

Стандарт визначає основні принципи, вимоги та рекомендації, пов'язані з адаптацією до змін клімату, що стосуються питання інтеграції процесів адаптації в діяльність організацій (а також між організаціями), розуміння наслідків, невизначеності й засобів адаптації для прийняття важливих екологічних рішень. Стандарт застосовується до будь-яких організацій незалежно від їх типу, розміру та характеру, зокрема до місцевих, регіональних, міжнародних організацій, бізнес-структур, груп компаній, окремих галузей промисловості, адміністративно-господарських підрозділів, що займаються управлінням природними ресурсами[5]. Стандарт має бути врахованим під час розроблення галузевих та корпоративних стандартів адаптації до змін клімату. Для досягнення намічених цілей, кращого розуміння,

[4] Під час розроблення необхідних заходів враховується адаптивна здатність систем, установ, структурних підрозділів і людей компенсувати можливі збитки від зміни клімату, реагувати на його наслідки або використовувати сприятливі можливості, пов'язані з його зміною.

[5] Адаптивне управління розглядається як процес ітеративного планування, застосування та зміни стратегії управління ресурсами в умовах суттєвості її невизначеності та змін, передбачає корегування підходів, що використовуються за результатами аналізу їх впливу та змін у системі з використанням зворотних зв'язків та інших параметрів.

більш якісного прийняття рішень та прискорення впровадження методів адаптації (від поступового вдосконалення до вжиття більш радикальних заходів) застосовується інтерактивний підхід, який підтримує процеси безперервного навчання і вдосконалення, орієнтується на організації будь-якого рівня, що працюють у державному, приватному та інших секторах.

Стандарт охоплює етапи попереднього планування; оцінювання екологічних впливів, зокрема оцінювання сприятливих можливостей; планування заходів з адаптації організації до змін клімату; реалізації плану адаптації організації до змін клімату; моніторингу та оцінювання результатів адаптації; обміну інформацією про результати адаптації. Адаптація до змін клімату інтегрується в основну діяльність організацій (їх екологічну політику, плани, процедури й програми), які повинні використовувати відповідні методологічні підходи та джерела інформації, що стимулюють активні заходи щодо прийняття рішень щодо адаптації до змін клімату. ISO 14090 дає змогу організаціям оцінювати кліматичні впливи й готуватися до них, а також сприяє виявленню потенційних можливостей для максимального використання ресурсів та залучення нових джерел фінансування адаптивних заходів.

В цій сфері були розроблені стандарти ISO 14091 «Адаптація до зміни клімату. Настанови щодо оцінки вразливості, впливу і ризику» та ISO 14092 «Адаптація до змін клімату – Вимоги та вказівки щодо планування адаптації для місцевих органів влади та громад».

ISO 14091 впроваджує методику виявлення вразливості організації, розроблення та впровадження процедури оцінки як нинішніх, так і майбутніх ризиків, пов'язаних зі зміною клімату. Оцінка ризиків, згідно з цим документом, забезпечує планування, впровадження, моніторинг та оцінювання змін клімату для будь-якої організації. Стандарт містить вказівки з використання скринінгових оцінок і ланцюжків впливу, що дає змогу проводити як якісний, так і кількісний аналіз. Наявність такої інформації і можливість її документального підтвердження на міжнародному рівні сприяє прийняттю ефективних рішень [9].

ISO 14092 визначає вимоги та надає вказівки щодо планування адаптації до зміни клімату для місцевих органів влади та громад, підтримує органи місцевого самоврядування та громади в адаптації до кліматичних змін на основі вразливості, наслідків

та оцінки ризиків. Працюючи з відповідними зацікавленими сторонами, стандарт підтримує встановлення пріоритетів, розроблення та подальше оновлення планів адаптації [10].

У стадії розроблення перебуває стандарт ISO 14093 «Механізм фінансування адаптації до кліматичних змін на місцевому рівні: гранти на забезпечення адаптації до зміни клімату, засновані на показниках ефективності» [11].

Зазначимо, що впровадження адаптаційних кліматичних стандартів є досить складним та довготривалим процесом. Водночас не викликає сумнівів, що введення наведених всеосяжних стандартів управлінськими структурами та організаціями всіх рівнів сприяє досягненню цілей у сфері сталого розвитку.

Глобальна мета адаптації полягає в укріпленні адаптаційних можливостей, підвищенні супротиву змінам клімату задля сталого розвитку та забезпечення адекватного адаптаційного реагування. Така діяльність повинна спиратись на ініціативу країн, враховувати гендерні аспекти, потреби громад та екосистем, бути повністю прозорою, ґрунтуватись на найсучасніших наукових знаннях. Адаптація до змін клімату є важливою складовою частиною розвитку будь-якої країни. Паризькою кліматичною угодою була встановлена глобальна ціль з адаптації та посилення адаптаційної спроможності, зміцнення опірності та зниження вразливості до зміни клімату задля сталого розвитку та адекватного адаптаційного реагування.

Заходи зі сприяння адаптації на міжнародному рівні здійснюються за допомогою обміну інформацією та ефективною практикою з адаптації; зміцнення інституціональних механізмів; поглиблення наукових знань про клімат; ефективної співпраці з країнами, що розвиваються, у виявленні ефективної адаптаційної практики, адаптаційних потреб та пріоритетів; підвищення ефективності та довготривалості дій у сфері адаптації.

2. Адаптація до зміни клімату: виклики пандемії COVID-19

Ситуація в сфері адаптації до зміни клімату була ускладнена пандемією COVID-19. Як зміна клімату, так і пандемія мають екзистенційні ризики для людства, входять до переліку основних загроз миру й стабільності на планеті. Їх наслідки є руйнівними як щодо кількості жертв, так і стосовно конфліктів, що виникають внаслідок цього. Слід відзначити, що низка дослідників пов'язує виникнення нового вірусу саме зі змінами клімату. Ймовірним зоонозним походженням коронавірусів (CoV), зокрема SARS-CoV-1

та SARS-CoV-2, обидва з яких спричинили масштабні епідемії, є кожани. Кількість CoV, присутніх на території, суттєво корелює з багатством місцевих видів кажанів, на що, в свою чергу, впливають кліматичні умови, що обумовлюють географічний розподіл видів. Китайська провінція Хубей становить глобальну точку приросту різноманіття кажанів, зумовленого зміною клімату, що призвело до виникнення пандемії COVID-19[6].

Зміна клімату, як зазначають Р. Байер та інші дослідники, зіграла ключову роль в еволюції або передачі SARS-CoV-2 [13]. Спалах коронавірусу – це частина кліматичної кризи, підкреслює В. Коліндживаді [14]. Потреба у більшій кількості природних ресурсів змушує людей вторгатись у різні природні ареали та наражати себе на дію досі невідомих патогенів. За оцінками Центрів контролю і запобігання захворюванням США, три з чотирьох нових інфекційних захворювань виникають внаслідок контакту людини з твариною в порушених природних ареалах [16]. Антропогенні впливи на природу призводять до порушення балансу екосистем та є причиною поширення інфекційних хвороб, зокрема COVID-19. Таким чином, як зміна клімату, так і пандемія COVID-19 пов'язані з порушеннями екосистем внаслідок негативних антропогенних впливів на довкілля, тому забезпечення санітарно- епідемічної безпеки має розглядатися як одна з цілей адаптації до зміни клімату.

Хоча судити про масштаб впливу COVID-19 на глобальні процеси адаптації поки що занадто рано, гостра потреба в подоланні впливу пандемії на сферу охорони здоров'я та згладжування її економічних наслідків призвела до того, що завданням, пов'язаним з адаптацією до зміни клімату, в політичному порядку дня на всіх рівнях приділяється все менше уваги, а ресурси, призначені для планування, фінансування і вжиття адаптаційних заходів, перерозподіляються на боротьбу з пандемією. Це приводить до того, що соціально-економічні наслідки пандемії здійснюватимуть довгостроковий вплив на процеси адаптації, оскільки економічний спад стає фактором додаткового навантаження на фінанси, що може привести до коригування пріоритетів дій з боротьби зі зміною клімату. Так, на боротьбу з пандемією було залучено додаткові 1,2 млрд. дол. США для 91 країни з Глобального екологічного фонду, Зеленого кліматичного фонду та Адаптаційного фонду [17].

[6] Перші виявлені випадки захворювання пов'язують з ринком морепродуктів в Ухані [12].

Згідно зі звітом, складеним Всесвітньою метеорологічною організацією (ВМО) та розгалуженою мережею партнерів, нинішня глобальна рецесія, спричинена пандемією COVID-19, може викликати ускладнення щодо впровадження політики, необхідної для адаптації до змін клімату. Водночас вона надає безпрецедентні можливості для спрямування економіки на більш екологічний шлях. За умови належної реалізації пакети стимулюючих заходів, прийнятих в рамках боротьби з COVID-19, могли б сприяти кліматично більш стійкому відновленню економіки, зниженню рівня викидів парникових газів шляхом збільшення інвестицій у зелені та сталі галузі економіки. Однак здебільшого ця можливість не використовується [18]. Структурні зміни в економіці, які можуть бути результатом пандемії, наприклад, менша кількість авіаперевезень, перевезень іншими видами транспорту, зменшують об'єми використання викопного палива. Однак фахівці відзначають, що вони навряд чи можуть здійснити значний внесок у глобальні зусилля щодо досягнення довгострокових кліматичних цілей Паризької угоди [5].

Економічне уповільнення, пов'язане з пандемією, не змогло загальмувати фактори зміни клімату та мінімалізувати наслідки. Водночас ситуація не безнадійна. Окрім заходів у відповідь на пандемію в галузях охорони здоров'я, податків та фінансів, заходи реабілітації від наслідків COVID-19 дають можливість ініціювати трансформаційне і «зелене» відновлення із створенням «зелених» робочих місць. Особливе значення для трансформаційного «зеленого» відновлення матиме вжиття заходів у рамках довгострокового порядку денного щодо проблем зміни клімату, недопущення втрат біорізноманіття та фрагментації середовища існування, скорочення забруднення, вдосконалення управління відходами та інфраструктури.

Вирішення проблеми має спиратись на масштабний міжнародно-правовий механізм адаптації до зміни клімату, елементом якого має бути посилення співпраці між країнами та координація заходів, що впроваджуються. Створення такого механізму є складним завданням, що пов'язано з особливостями зміни клімату у різних регіонах Земної кули, різними економічними, фінансовими та технологічними можливостями держав щодо реагування на такі зміни й вжиття адаптаційних заходів. Зволікання ж із вирішенням проблеми, бездіяльність щодо впровадження заходів з адаптації до зміни клімату можуть дорого коштувати людству, оскільки зміни

клімату можуть стати незворотними, а світове співтовариство буде непідготовленим до такого розвитку подій.

Зі зміною клімату тісно пов'язані права людини, оскільки такі зміни впливають не тільки на екосистеми, але й на благополуччя та добробут людей, Зміни клімату ускладнюють реалізацію права на життя, охорону здоров'я та інших фундаментальних прав людини[7]. Зміни клімату та їх наслідки, зокрема підвищення рівня моря, повені, урагани, температурні аномалії, перетворюють середовище існування на непридатне для життя, змушують людей залишати місця свого постійного проживання та є основною причиною появи кліматичних біженців[8].

Від екосистемних послуг залежить задоволення фундаментальних потреб людини в середовищі існування й необхідних ресурсах, тобто рівень добробуту людей.

Отже, дуже важливим є розвиток кліматичної дипломатії задля забезпечення прав людини та врахування потреб країн, що розвиваються[9].

---

[7] Поняття «екосистемні послуги» було введено у науковий обіг Е. Шумахером у 1973 р. [20]. У звіті ООН «Оцінка екосистем тисячоліття» [21] екосистемні послуги розуміються як прямий та непрямий внесок екосистем у добробут людини. Сьогодні цей термін широко застосовується для позначення природних ресурсів, які становлять природні основи життя суспільства та кожної людини й задовольняють фундаментальні потреби людини. Існує чотири групи екосистемних послуг, такі як ресурсні, забезпечувальні; регулюючі (водорегулювання, зв'язування вуглецю, запобігання посухам тощо); культурні (духовні); підтр муючі, які створюють підґрунтя перших трьох.

[8] Міжнародно-правовий статус кліматичних біженців досі не визначений, хоча ще 21 січня 2020 р. Комітет з прав людини ООН постановив, що кліматичних біженців не можна позбавляти права на притулок, якщо їхнє життя у небезпеці [22]

[9] Кліматична дипломатія є одним з напрямів екологічної дипломатії. Розвиток екологічної дипломатії як такої бере початок з 1972 р., коли відбулася Стокгольмська конференція ООН з навколишнього середовища, хоча сам термін «екологічна дипломатія» був введений у науковий обіг Дж. Е. Керролом у 1988 р. та отримав широке застосування з 2008 р. завдяки Державному департаменту США, який його визначає таким чином: «практика ведення міжнародних відносин шляхом сприяння та просування спільних зобов'язань щодо збереження природних ресурсів шляхом стійких операцій та відповідального екологічного управління». Він стоїть на трьох основних наріжних каменях, таких як екологічна політика, яка визначає спільне зобов'язання; зелені будівлі, які виступають як відчутні демонстрації та майданчики для спілкування; операційні результати, що фіксують досягнення в роботі [23; 24].

У розвитку кліматичної дипломатії значних успіхів досяг Європейський Союз[10]. У 2015 р. Радою ЄС було прийнято висновки щодо кліматичної дипломатії, де було зазначено, що зміна клімату є головною глобальною проблемою, яка, якщо не буде невідкладно вирішуватися, загрожує не тільки навколишньому середовищу, але й світовому економічному добробуту, сталому розвитку та в широкому розумінні миру, стабільності та безпеці. Крім того, підкреслено рішучу зацікавленість у співпраці з країнами, що розвиваються, щодо адаптації та пом'якшення наслідків зміни клімату. ЄС також відзначив рішучість у галузі фінансування необхідних заходів, зокрема, через Зелений кліматичний фонд, а також своє зобов'язання приділити особливу увагу потребам країн з недостатніми можливостями. Задля цього Рада забезпечує розбудову кліматичної дипломатії як невід'ємної частини своєї зовнішньої політики [26].

Кліматична дипломатія реалізується через різноманітні кліматичні комунікативні програми, які, як слушно зауважують фахівці, є одним з важливих інструментів адаптації до глобальних змін клімату та забезпечують інформування широкої громадськості про стан проблеми. Кліматичні комунікації можуть сприяти глибшому розумінню актуальності загрози, що спричинить зміну світогляду й поведінки кожного жителя Землі: від політичного лідера до окремого громадянина. Зміна клімату та адаптація до неї набуває все більшого значення, що вимагає дій та синергії усього суспільства. Чітке, регулярне, якісне та відкрите спілкування є необхідною умовою для успішної боротьби зі зміною клімату та адаптації до неї [27]. Громадськість повинна мати можливість інтерпретувати наукову, технологічну та економічну інформацію, а також реагувати на неї, усвідомлюючи виклики та труднощі, які виникають.

[10] Дії ЄС щодо зміни клімату базуються на ст. 191 ДФЄС, яка проголошує цілі політики Союзу щодо довкілля, такі як збереження, захист і підвищення якості довкілля; захист здоров'я людей; виважене та раціональне використання природних ресурсів; заходи зі сприяння на міжнародному рівні для вирішення регіональних та всесвітніх проблем довкілля, зокрема боротьба зі зміною клімату. Хоча адаптація до зміни клімату не зазначається як ціль, можна говорити про опосередковане визнання як такої, адже політика Союзу щодо довкілля, зокрема клімату, націлена на високий рівень захисту та ґрунтується на принципах перестороги та попередження, принципі відшкодування екологічної шкоди та на принципі «забруднювач платить». На нашу думку, адаптаційні заходи спрямовані на втілення всіх цих принципів екологічної політики ЄС [25].

Впровадження комунікаційних механізмів є надважливим у новітню еру цифрової трансформації[11]. За системного підходу «цифрові» технології здатні сприяти розвитку відкритого інформаційного суспільства як фактору розвитку демократі, економічного зростання, а також підвищення рівня життя громадян. Вони дають можливість приватним особам, фірмам та співтовариствам, що займаються підприємницькою діяльністю, більш ефективно та творчо вирішувати економічні та соціальні проблеми, слугують досягненню взаємодоповнюючих цілей забезпечення стійкого економічного зростання [29], тому ми розглядаємо цифрову трансформацію як важливий інструмент адаптації до зміни клімату на всіх рівнях. Перш за все цифрові технології сприятимуть підвищенню рівня правосвідомості громадян, представників бізнесу та урядів, адже більшість людей не відчуває особисту відповідальність за зміну клімату та адаптацію до таких змін. Вони усвідомлюють це, можуть навіть класифікувати це як проблему, але не сприймають як найближчий пріоритет на рівні з економічним спадом, необхідністю реформ охорони здоров'я або з подоланням пандемії COVID-19 та її наслідків. Сучасні цифрові технології дають змогу створити не тільки моделі зміни клімату для прогнозування наслідків та вироблення заходів реагування, але й моделі поширення відповідного знання та налагодження комунікації і діалогу між громадськістю, бізнесом та урядами на основі формування належної правосвідомості усіх зацікавлених гравців на всіх її рівнях (від побутового до професійного та наукового) як обов'язкової умови юридично значущої поведінки особи, зокрема у сфері адаптації до зміни клімату[12].

[11] Цифрову трансформацію слушно розуміти як зміну форм діяльності, перебудову організаційної структури, застосування нових бізнес-моделей, нових джерел та форм отримання доходу, залучення ширшого кола споживачів, виведення обслуговування клієнтів на новий рівень, змішування сфер функціонування у нових форматах, в тому числі у вигляді цифрових платформ [28].

[12] Так, однією з найсуттєвіших загроз зміни клімату для України та всього світу, яка має враховуватися під час розроблення адаптаційних заходів, є зміна рівня Чорного та Азовського морів. Серед адаптаційних заходів слід назвати удосконалення карт морського узбережжя, розроблення детальної цифрової моделі рельєфу для районів, що знаходяться у зоні потенційного затоплення, підвищення обізнаності фахівців, що приймають управлінські рішення щодо планування розвитку регіонів, про можливі ризики у зв'язку з підвищенням рівня моря внаслідок глобальної зміни клімату [30].

Діалог з використанням сучасних цифрових технологій доцільно налагоджувати в рамках кліматичної дипломатії. Значний досвід у використанні цього механізму, як вже відзначалося, має Європейський Союз.

Дії з питань кліматичної дипломатії тісно пов'язані з іншими основними напрямами діяльності ЄС, такими як оцінка Радою ЄС результатів 21-ї Конференції зі зміни клімату (COP21), Глобальна стратегія ЄС «Спільне бачення, Спільна дія: Сильніша Європа». Сфера подальшого синергізму повинна бути вивчена та розроблена з такими галузями, як економічна дипломатія, торгівельна політика, політика розширення та розвитку, гуманітарна допомога. ЄС також заохочує субнаціональний, національний та регіональний підходи до адаптації шляхом підтримки міжнародної кліматичної стійкості та взаємодіє з міжнародними партнерами у сфері адаптації. Союз підтримує треті країни в управлінні природними ресурсами, оцінюванні кліматичних ризиків та підготовці адекватних відповідей. У самому Європейському Союзі відбувається вжиття необхідних заходів задля адаптації до змін клімату у відповідь на виклики.

3. Адаптація до зміни клімату в умовах пандемії COVID-19 в Європейському Союзі

Вжиття перших заходів у сфері адаптації до зміни клімату здійснювалося з 2007 р., коли був прийнятий перший комплексний програмний документ – Зелена книга «Адаптація до зміни клімату в Європі – варіанти дій ЄС» [31], де Комісія надала широкий огляд заходів Співтовариства, яких слід було вжити для адаптації ЄС до змін клімату, та порушила низку питань, щоб зацікавлені сторони могли визначити, чи вважають запропоновані Комісією напрями задовільними, висловити свої побажання щодо Пріоритетів ЄС та надати пропозиції щодо подальших дій. У масштабах співтовариства було вирішено зосередитись на таких напрямах, як отримання достатніх знань для наукового обґрунтування намічених заходів, інтеграція адаптації до зовнішніх зв'язків ЄС, удосконалення знань там, де є прогалини, залучення всіх зацікавлених сторін до підготовки стратегій адаптації. Стратегія адаптації розумілась як комплекс заходів для боротьби з наслідками кліматичних змін і прогнозування можливих змін у майбутньому. Адаптація мала включати національні та регіональні стратегії. Передбачалося вжиття

заходів для інтеграції адаптації до зміни клімату в законодавство та низку політик. Передусім інтеграція передбачалась у сектори, які серйозно постраждали від змін клімату, такі як сільське та лісове господарство, транспорт, охорона здоров'я, води, рибальство, екосистеми та біорізноманіття, а також наскрізні питання, такі як оцінка впливу та цивільний захист. Зазначалося також, що адаптація має створити нові технологічні можливості та можливості розвитку у промисловості, сферах послуг та енергетичних технологіях.

У Білій книзі, представленій Комісією у квітні 2009 р., визначаються фази стратегічного підходу в адаптації до наслідків зміни клімату в ЄС. Адаптацію необхідно було включити до всіх політик ЄС. Адаптаційні заходи мали ґрунтуватись на надійному науково-економічному аналізі, розроблялися для кожного сектору політики ЄС та забезпечувалися необхідним фінансуванням. Вбачалося, що адаптація є тривалим і безперервним процесом, який працюватиме на всіх рівнях і вимагатиме координації із зацікавленими сторонами. ЄС також мала намір підтримувати міжнародну та національну адаптацію, зусилля із забезпечення належних ресурсів для ефективної та економічно ефективної адаптації, дії щодо забезпечення стійкої та надійної економічної бази для майбутніх поколінь. Комісія мала регулярно перевіряти прогрес у впровадженні дій, визначених в Білій книзі, задля розроблення всебічної стратегічної платформи адаптації до 2013 р. [32]. Подальшим кроком було розроблення Стратегії Європейського Союзу з адаптації до зміни клімату. Ця Стратегія містила перелік заходів та дій з адаптації до зміни клімату на рівні ЄС та країн-членів, встановлювала механізми підвищення готовності ЄС до поточних та майбутніх наслідків зміни клімату шляхом заохочення та підтримки дій держав-членів ЄС щодо адаптації за допомогою обґрунтованого прийняття рішень стосовно адаптації в майбутньому. Як найбільш ефективний інструмент її запровадження були зазначені національні стратегії з адаптації, які визнавалися головними аналітичними документами для інформування і визначення пріоритетних заходів та інвестицій [33]. Країни ЄС на виконання цих настанов ухвалили національні стратегії адаптації, що включали технологічні рішення, екосистемну адаптацію, а також управлінські й політичні підходи. Адаптаційні дії, зокрема, включали створення спільних систем управління ризиками

стихійних лих; впровадження методики управління попитом на воду задля пом'якшення наслідків посух; захист від повеней; збалансоване управління землекористуванням.

Подальшим кроком було ухвалення 24 лютого 2021 р. Європейською Комісією Стратегії ЄС з адаптації до зміни клімату, яка спирається на Стратегію адаптації до зміни клімату 2013 р., що сприяла розумінню проблеми. Стратегія 2021 р. переключає увагу на розроблення рішень та перехід від планування до реалізації[13]. Європейська рада дійшла висновку, що кліматичні зміни являють собою «екзистенційну загрозу» [34]. До таких загроз належить також пандемія COVID-19, тому механізми реагування на ці загрози мають бути узгоджені, як це зазначається у новітній Стратегії.

Цілі щодо адаптації до зміни клімату та сталого розвитку закладені в зусиллях з відновлення після пандемії COVID-19 на рівні ЄС. Підтримка відновлення залишатиметься основною метою макрофіскальної політики у коротко- та середньостроковій перспективі. Масштаби та характер витрат, зокрема з національних бюджетів, підсилюють важливість кращого відновлення, а пропонований механізм відновлення та сталості допоможе державам-членам у їх зусиллях з економічного відновлення та досягнення довготривалої стійкості. Очікується, що національні плани відновлення та стійкості підтримуватимуть інвестиції та реформи для покращення стійкості до змін клімату у всьому ЄС. Щонайменше 37% асигнувань повинні бути спрямовані на кліматичні заходи, що охоплюють зусилля щодо пом'якшення наслідків та адаптації. Крім того, Фонд відновлення та стійкості не підтримуватиме заходів, які завдають значної шкоди навколишньому середовищу, зокрема цілям адаптації до зміни клімату.

[13] ЄС вживатиме заходів згідно з Паризькою угодою [5]. Заходи з адаптації мають здійснюватися, оскільки спрямовані на ухвалення екологічно орієнтованих рішень та запобігання ризикам катастроф, а їх результатом є уникнення майбутніх людських, природних та матеріальних втрат; отримання економічних вигод шляхом зменшення ризиків природних катастроф; підвищення продуктивності праці та стимулювання інновацій; покращення соціального, екологічного та культурного середовища.

Стратегія встановлює механізми підвищення готовності ЄС до поточних та майбутніх наслідків зміни клімату шляхом заохочення та підтримки дій держав-членів ЄС щодо адаптації шляхом перетворення ключових економічних та політичних секторів на більш стійкі до наслідків зміни клімату. ЄС працюватиме над побудовою кліматично стійкого суспільства шляхом удосконалення знань про вплив клімату та заходи адаптації, планування адаптаційних заходів, оцінювання ризиків кліматичних змін, сприяння зміцненню кліматичної стійкості у всьому світі.

Стратегія ставить за мету швидку розбудову сталого до кліматичних змін суспільства, переходячи від підвищеної обізнаності та занепокоєння громадськості до масових дій щодо адаптації. Суворі попередження наукової спільноти, посилення наслідків зміни клімату в Європі та необхідність відновлення після пандемії роблять це визначальним моментом для вжиття заходів щодо зміни клімату відповідно до принципу визнання прав майбутніх поколінь.

Стратегія охоплює сім основних стратегічних складових частин, таких як максимізація переваг енергоефективності; максимізація використання альтернативних джерел енергозабезпечення Європи; використання чистих, безпечних та об'єднаних у мережі транспортних засобів; впровадження конкурентоспроможної європейської економіки та виробництв замкнутого циклу; розроблення адекватної інфраструктури інтелектуальних мереж та комунікацій; користування всіма перевагами біоекономіки та розвиток природних поглиначів парникових газів; мінімізація викидів CO_2.

Стратегія має на меті реалізувати бачення кліматично стійкого Союзу до 2050 р. шляхом активізації дій на міжнародному рівні, впровадження більш швидкої, системної та розумної адаптації. Визначено такі шляхи адаптації, як удосконалення знань та даних; підтримка управління кліматичними ризиками на всіх рівнях; прискорені адаптаційні дії. Це означає обізнаність щодо адаптації та планування, що поширюється на кожну окрему місцеву владу, компанію та господарство, а також глобальне лідерство у таких сферах, як кліматичні послуги, кліматична безпека чи природоохоронна діяльність. Стратегії адаптації на всіх рівнях повинні бути ефективними й базуватись на новітніх наукових дослідженнях.

Дії з адаптації мають бути забезпечені надійними даними та інструментами оцінки ризику. Передбачається удосконалення та розширення Європейської платформи щодо знань про адаптацію Climate-ADAPT.

Таким чином, Європейський Союз доклав значних зусиль для адаптації до змін клімату, однак нова глобальна проблема – пандемія коронавірусу – створила нові безпрецедентні виклики, що вимагають негайного реагування та новаторських ідей. Швидкі інвестиції в інноваційні стартапи та проєкти через Європейську інноваційну раду та Європейський інститут інновацій і технологій відкрили низку проривних ідей для подолання кризи та прискорення європейського й глобального відновлення.

Так, за допомогою Ініціативи реагування на кризи Європейського інституту інновацій та технологій ЄС виділив 60 мільйонів євро на 62 інноваційні проекти та 145 стартапів масштабних підприємств, мале та середнє підприємництво. Інвестиції були мобілізовані найбільшою європейською інноваційною мережею для вирішення соціальних та економічних проблем, які створила пандемія. Це привело до узгодженої підтримки новаторів та підприємств, що працюють у галузі охорони здоров'я, продовольства, сталої енергетики.

Крім того, Європейська рада з питань інновацій координувала програму Hackathon EuvsVirus, яка об'єднала понад 30 000 учасників, що представляють громадянське суспільство, інноваторів, партнерів та інвесторів по всій Європі, що привело до 120 інноваційних рішень у відповідь на пандемію коронавірусу. Європейська інноваційна рада у співпраці з Європейським інвестиційним банком (ЄІБ) має намір надати додаткове фінансування в обсязі близько 400 млн. євро в рамках Інвестиційного фінансового фонду InnovFin. Близько 200 мільйонів євро з цієї суми вже мобілізовано [36]. Все це зовсім не означає, що адаптація до зміни клімату була відсунута на другий план. Комісія продовжуватиме включати положення щодо кліматичної стійкості до всіх відповідних сфер політики. Так, ЄС розроблено Стратегію «Від ферми до виделки: за справедливу, здорову та екологічно безпечну систему харчування», яка формує новий підхід для забезпечення того, щоб сільське господарство, рибальство та аквакультура, а також виробничо-збутові ланцюги харчування здійснили належний внесок у процес скорочення

викидів парникових газів. Нова стратегія має на меті перетворення Європи на кліматично нейтральний континент до 2050 р. та сприятиме комплексному вирішенню завдань економічного зростання, адаптації до зміни клімату та подоланню наслідків пандемії COVID-19.

Так, пандемія COVID-19 підкреслила важливість надійної продовольчої системи, яка функціонує за будь-яких обставин та здатна забезпечити доступ громадян до достатнього постачання доступного продовольства. Нинішня пандемія – це лише один із прикладів. Зростаюче повторення посух, повеней, лісових пожеж та нових шкідників є постійним нагадуванням про те, що наша продовольча система перебуває під загрозою та повинна стати більш стійкою та життєздатною. В цих умовах функціонування ЄС має ґрунтуватись на поточних ініціативах та інтегрувати узгодженість політики для сталого розвитку у всі напрями політики [37].

Стратегія «Від ферми до виделки» комплексно вирішує проблеми сталості продовольчих систем та визнає нерозривні зв'язки між здоров'ям людей, здоровими суспільствами та здоровою планетою. Стратегія також перебуває в центрі порядку денного Комісії щодо досягнення цілей сталого розвитку. Виробники, працівники та населення мають виграти від самого переходу, особливо внаслідок пандемії COVID-19 та економічного спаду. Перехід до стійкої продовольчої системи може принести екологічні, медичні та соціальні переваги, запропонувати економічні вигоди та гарантувати, що одужання від кризи виводить на стійкий шлях. Харчовий ланцюг, який охоплює виробництво, транспортування, розподіл, маркетинг та споживання харчових продуктів, повинен мати нейтральний чи позитивний вплив на навколишнє середовище, сприяючи пом'якшенню зміни клімату та адаптації до його наслідків.

Міжнародна співпраця зосереджується на дослідженні харчових продуктів та інноваціях з особливим наголосом на адаптацію до зміни клімату та її пом'якшення, агроекологію, стійке управління ландшафтами та управління землею, збереження та стале використання біорізноманіття; інклюзивні та справедливі виробничо-збутові ланцюги, харчування та здорові дієти, запобігання та реагування на продовольчі кризи, особливо в нестабільних умовах; на стандартах безпеки харчових продуктів, антимікробній резистентності, а також стійкості

координованих заходів з гуманітарної діяльності та розвитку. В рамках програми «Горизонт 2021–2027» передбачено заходи з адаптації до змін клімату. У першому стратегічному плані зазначені ключові стратегічні орієнтири для цільового інвестування в перші чотири роки програми, такі як розроблення ключових цифрових, перспективних та нових технологій управління цифровими та екологічними галузями за допомогою технологій та інновацій, орієнтованих на людину; відновлення європейських екосистем та біорізноманіття, а також раціональне використання природних ресурсів для забезпечення продовольчої безпеки та здорового довкілля; перетворення економіки Європи на кліматично нейтральну та стійку з цифровою підтримкою завдяки трансформації її системи мобільності, енергетики, будівництва та виробництва; створення більш стійкого, інклюзивного та демократичного європейського суспільства, здатного реагувати на загрози та надавати високоякісну медичну допомогу, а також розширення прав та можливостей усіх громадян для дій під час переходу до зелених та цифрових технологій. В період 2021–2024 рр. інвестиції відбуватимуться в умовах, коли глобальні і довгострокові мегатренди[14] впливають на наше життя й навколишнє середовище. ЄС стикається з такими силами, включаючи пандемію COVID-19, зростання загроз безпеці, зміну клімату.

ЄС працює на трьох рівнях, щоб сприяти адаптації до зміни клімату. Так, ЄС гарантує, що вся його власна політика й дії спрямовані на підвищення стійкості Європи до впливів зміни клімату; ЄС підтримує національні, регіональні та місцеві органи влади, а також партнерів у приватному секторі в адаптації до зміни клімату; у глобальному масштабі ЄС підтримує міжнародну стійкість до зміни клімату і готовність до нього, збільшуючи обсяг міжнародного фінансування та заохочуючи обміни інформацією й найкращими технологіями у сфері адаптації.

Діяльність зосереджується на вдосконаленні розуміння змін клімату та ризиків, пов'язаних з екстремальними подіями, задля оцінювання впливу на глобальному, регіональному та місцевому рівнях і вразливості; розроблення інноваційних економічно

[14] Мегатренди – довгострокові глобальні рушійні сили, які вже спостерігаються сьогодні і, ймовірно, продовжать чинити значний вплив у наступні десятиліття. Європейська комісія відстежує 14 глобальних мегатрендів.

ефективних заходів з адаптації та запобігання ризикам й управління; підтримки політики та стратегій щодо пом'якшення наслідків, включаючи дослідження, що зосереджуються на впливі інших галузевих політик [38]. Розроблені інтегровані інструменти служби адаптації до зміни клімату, зокрема задля підтримки прийняття рішень та дослідження наслідків адаптаційних заходів і варіантів зменшення ризику проєкту створена інтегрована інформаційна система кліматичних служб (CSIS) [39].

У Європейському Союзі наголошено також на зв'язку успішності адаптації до зміни клімату та всебічної цифровізації, а також поставлена задача переходу до здорової планети та нового цифрового світу. «Зелена» й цифрова трансформація повинні йти рука об руку задля переходу до більш сталих ресурсозберігаючих, безвідходних кліматично нейтральних рішень. Європейський шлях до цифрової трансформації відповідає демократичним цінностям та сприяє кліматично нейтральній та ресурсоефективній економіці.

Очевидно також, що сектор ІТ повинен зазнати власних «зелених» змін. Екологічний вплив сектору є значним, а саме 5–9% від загальної кількості використання електроенергії та понад 2% усіх викидів. Центри обробки даних та телекомунікації мають підвищити енергоефективність, використовувати відновлювані джерела енергії та знизити рівень відходів. Сектор може й повинен стати нейтральними до клімату до 2030 р. Наголошується також на необхідності пришвидшення цифровізації медичної галузі, зокрема просування електронних медичних записів, заснованих на загальноєвропейському форматі, що спрямоване на запровадження обміну медичними даними по всьому ЄС задля впровадження безпечної та надійної доступності даних про здоров'я, що дає змогу проводити цілеспрямовані та швидші дослідження, діагностику та лікування [40]. Все це визначає лідерство ЄС у сфері запровадження ефективних механізмів та інструментів у сфері адаптації до зміни клімату та охорони здоров'я.

Однак, незважаючи на визнання важливості збереження кліматичної системи, досі спостерігаються численні випадки нехтування інтересами сталого розвитку та надання пріоритету економічним інтересам у низці країн- членів. Ситуація потроху виправляється, не в останню чергу завдяки громадськості, яка

не лишається осторонь цього питання та використовує звернення до судів з позовами щодо припинення порушень та відшкодування збитків. Судові органи відіграють важливу роль у захисті кліматичної системи та адаптації до змін клімату[15]. Знаковою стала справа "Urgenda Foundation" [42]. Нідерландська організація "Urgenda Foundation" та 900 громадян Нідерландів, посилаючись на ст. 305а Книги 3 Цивільного кодексу Нідерландів, подали в суд на уряд з вимогою інтенсифікувати зусилля для запобігання глобальній зміні клімату, оскільки уряд наражає їх на небезпеку, приділяючи недостатньо уваги скороченню викидів парникових газів на рівні 14–17% до 2020 р. порівняно з 1990 р. За результатами розгляду справи у 2019 р. Окружний суд Гааги задовольнив позовні вимоги, посилаючись на ст. 21 Конституції Нідерландів, яка проголошувала, що державні органи повинні дбати про збереження населення, охорону та покращення навколишнього середовища. Верховний Суд Нідерландів погодився з рішенням Окружного суду Гааги та зазначив у своїй постанові, що зобов'язання щодо попередження зміни клімату випливають з Європейської конвенції з прав людини. Верховний Суд Нідерландів постановив, що уряд країни має забезпечити скорочення викидів парникових газів в атмосферу принаймні на 25% у 2020 р. порівняно з 1990 р.

Цікавою у сенсі судового захисту кліматичної системи є справа "Friends of the Irish Environment v. Ireland" [43]. Група адвокатів «Друзі навколишнього середовища Ірландії» подала позов до Високого суду, стверджуючи, що затвердження урядом Ірландії Національного плану пом'якшення наслідків зміни клімату в 2017 р. порушило Закон Ірландії про заходи щодо боротьби зі зміною клімату і низьковуглецевого розвитку 2015 р., положення Конституції Ірландії та зобов'язання за Європейською конвенцією з прав людини та основоположних свобод, зокрема право на життя й право на приватне та сімейне життя. Позивачі заявили, що Національний план пом'якшення наслідків зміни клімату, який спрямований на перехід

[15] У Глобальному звіті Програми ООН з навколишнього середовища відзначено, що у 2020 р. кількість справ щодо глобальної зміни клімату у світі сягнула 1 550 у 38 країнах світу Ці справи включають приблизно 1 200 поданих до суду у США, понад 350 позовів подано у всіх інших країнах, з них у Австралії – 97, Великобританії – 58, Європейському Союзі – 55 [41].

до низьковуглецевої економіки до 2050 р., несумісний із Законом і зобов'язаннями Ірландії в галузі прав людини, оскільки він не призначений для досягнення істотного скорочення викидів.

Справа розглядалася у Високому суді 22 січня 2019 р. Позивачі звернулися до Високого суду з проханням скасувати рішення уряду про затвердження Плану і за необхідності розпорядитися про написання нового плану. 19 вересня 2019 р. Суд виніс рішення на користь уряду. Суд відхилив твердження про те, що План був неефективним через нездатність досягти істотного короткострокового скорочення викидів, звернувши увагу на те, що Закон не вимагає досягнення конкретних проміжних цілей. Суд визнав, що «нині існує вуглецевий бюджет для викидів парникових газів задля безпечного підвищення температури на 1,5 градуса Цельсія».

Суд розсудив, що уряд належним чином здійснював дискреційні повноваження з вироблення політики, надані Законом, пояснюючи, що поточний План є лише початковим кроком у досягненні цілей щодо переходу до 2050 р. до низьковуглецевої, стійкої до зміни клімату та екологічно стійкої економіки, а також підлягатиме оцінці та перегляду. Суд дійшов висновку, що адвокатська група має право подавати позови, засновані на правах людини, але відхилив аргумент про те, що уряд порушив Конституцію Ірландії і зобов'язання відповідно до Європейської конвенції про права людини та основоположні свободи, оскільки План є «лише одним, хоча і надзвичайно важливим, фрагментом мозаїки». 22 листопада 2019 р. позивачі оскаржили це рішення в Апеляційному суді та подали заявку, щоб обійти традиційний шлях апеляції і звернутися безпосередньо до Верховного суду. 13 лютого 2020 р. Верховний суд погодився розглянути справу, визначивши, що виняткові обставини вимагають прямої апеляції. Суд пояснив, що «заявник і відповідачі визнають, що існує ступінь терміновості щодо вжиття відновлювальних екологічних заходів. Між сторонами немає суперечок щодо наукових даних, що лежать в основі Плану, і ймовірного збільшення у викидах парникових газів протягом терміну дії Плану». 31 липня 2020 р. Верховний суд скасував рішення суду нижчої інстанції і виніс рішення про скасування Плану. Суд постановив, що План не відповідає тій конкретності, якої вимагає Закон, тому що читач Плану не зрозуміє, як Ірландія досягне своїх цілей на 2050 р. Суд пояснив, що «відповідний план

повинен бути досить конкретним щодо політики на весь період до 2050 р.». Однак Суд постановив, що позивачі не мали права подавати позови відповідно до Конституції або ЄКПЛ. Водночас Суд дійшов висновку, що не було надано достатньо переконливих доводів для визнання права на здорове навколишнє середовище, окремого від прав, прямо наданих Конституцією Ірландії.

Таким чином, у Європейському Союзі сформувалась досить ефективна система попередження зміни клімату та адаптації до неї.

4. Адаптація до зміни клімату в умовах пандемії COVID-19 в Україні

Досвід ЄС є цікавим та актуальним для України. Основою для співробітництва між Україною та ЄС є Угода про Асоціацію «Україна – ЄС», ст. 361 якої встановлює мету співробітництва, якою є заохочення заходів на міжнародному рівні, спрямованих на вирішення регіональних і глобальних проблем навколишнього середовища, зокрема у сфері зміни клімату, а ст. 374 зобов'язує сторони розвивати свій науковий потенціал задля дотримання глобальної відповідальності та зобов'язань у сфері зміни клімату. Додатком XXXI до глави 6 V Розділу Угоди про Асоціацію передбачено розроблення та запровадження довгострокових заходів, спрямованих на скорочення викидів парникових газів та розроблення плану дій на довготермінову перспективу стосовно адаптації до зміни клімату. На жаль, відсутність системного підходу до проблеми зміни клімату загалом унеможливлює прийняття управлінських рішень щодо забезпечення запобігання зміні клімату та адаптації до неї в масштабах усієї країни [44].

У нашій країні найбільш уразливими галузями, щодо яких необхідні термінові заходи адаптації, є сільське господарство та виробництво продуктів харчування, енергетика, водні ресурси та прибережні регіони, гірничовидобувна промисловість, здоров'я населення.

Основними ризиками для національної безпеки у сфері зміни клімату є такі:

– збільшення економічних втрат і кількості людей, що потерпають від екстремальних погодних явищ;

– суттєва нестача води, обумовлена зменшенням водних ресурсів, що посилюється через збільшення водокористування (у тому числі, для іригації, енергетики, промисловості, житлово-комунального господарства);

– збільшення економічних втрат і кількості людей, що потерпають від екстремальної спеки (вплив на здоров'я та продуктивність праці, зменшення врожаїв і погіршення якості повітря, зростання ризику лісових пожеж);

– збільшення масштабів стихійного лиха, втрати біорізноманіття;

– загроза продовольчій безпеці (зменшення врожайності, нестача продуктів харчування або їх значне подорожчання);

– необхідність подолання стихійного лиха, пов'язаного з гідрометеорологічними умовами та пожежами;

– усихання та пошкодження лісів, погіршення стану та втрата екосистем і біорізноманіття;

– втрата територій внаслідок затоплення прибережних зон [30].

Отже, на виконання зобов'язань, передбачених Угодою, у 2016 р. була прийнята Концепція реалізації державної політики у сфері зміни клімату на період до 2030 р. [45]. Метою Концепції є вдосконалення державної політики у сфері зміни клімату для досягнення сталого розвитку держави, створення правових та інституційних передумов для забезпечення поступового переходу до низьковуглецевого розвитку за умови економічної, енергетичної та екологічної безпеки й підвищення добробуту громадян.

Основними напрямами реалізації Концепції є такі:

– забезпечення узгодженості державної політики у сфері зміни клімату із законодавчими та іншими нормативно-правовими актами, які визначають стратегічні рішення щодо досягнення сталого розвитку держави, розвитку енергетичного, промислового, житлово-комунального та інших секторів економіки, підвищення енергоефективності та використання відновлюваних джерел енергії;

– забезпечення ефективного розподілу функцій та дієвого механізму координації центральних і місцевих органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування щодо формування й реалізації складових частин державної політики у сфері зміни клімату відповідно до їх компетенції;

– визначення та впровадження дієвих механізмів інтеграції складових частин політики у сфері зміни клімату в регіональних стратегіях розвитку і планах заходів з їх реалізації з урахуванням пріоритетів розвитку районів відповідного регіону, а також міст, селищ і сіл;

– сприяння проведенню на постійній основі оцінювання фактичних очікуваних змін клімату та їх наслідків, включаючи регіональний розподіл, визначення ризиків та вразливості до зміни клімату на рівні територіальних громад, секторів економіки;

– забезпечення рівного доступу громадян до інформації про всі аспекти розв'язання проблеми зміни клімату та низьковуглецевого розвитку держави, включаючи проведення освітньої та просвітницької роботи;

– забезпечення участі громадськості у прийнятті управлінських рішень у сфері зміни клімату;

– забезпечення реалізації національних ініціатив у сфері зміни клімату в ході міжнародних процесів і заходів, зокрема щодо запровадження екосистемних підходів;

– створення й забезпечення функціонування системи моніторингу, звітності і верифікації викидів парникових газів;

– впровадження ринкових та неринкових механізмів, спрямованих на скорочення антропогенних викидів або збільшення абсорбції парникових газів;

– розроблення і реалізація середньострокової стратегії низьковуглецевого розвитку України на період до 2030 р., скоординованої зі стратегіями і планами розвитку секторів економіки та регіональними стратегіями розвитку.

Адаптація до зміни клімату, підвищення опірності та зниження ризиків, пов'язаних із зміною клімату, здійснюються шляхом вжиття таких заходів:

– розроблення і вжиття дієвих заходів з адаптації до зміни клімату та підвищення опірності до пов'язаних з кліматом ризиків і стихійних лих для сфер охорони здоров'я, життєдіяльності людей, секторів економіки та природних екосистем;

– розроблення та запровадження механізму формування адаптаційної політики за принципом від місцевого (регіонального) рівня до національного рівня з приділенням пріоритетної уваги діям тих громад і секторів економіки, які є найбільш вразливими до впливів зміни клімату;

– визначення та впровадження підходів і технологій, які передбачають збалансоване управління природними екосистемами;

– створення загальнодержавної системи управління ризиками, зумовленими зміною частоти та інтенсивності екстремальних явищ погоди і стихійних лих на території України, а також міграцією людей внаслідок кліматичних чинників;

– реалізація разом із сусідніми країнами-партнерами транскордонних проєктів з адаптації до зміни клімату;

– розроблення й реалізація середньострокової стратегії адаптації до зміни клімату України на період до 2030 р., скоординованої із стратегіями і планами розвитку секторів економіки, а також регіональними стратегіями розвитку.

Зазначимо, що концепція має декларативний характер, оскільки відсутні правові механізми її реалізації. Жодних пропозицій щодо їх створення не передбачено також в аналітичній доповіді Національного інституту стратегічних досліджень [30].

Отже, на виконання Концепції Кабінетом Міністрів України був затверджений План заходів щодо виконання Концепції реалізації державної політики у сфері зміни клімату на період до 2030 р. [47], у якому передбачено вжиття таких заходів:

– розроблення Стратегії адаптації до зміни клімату України на період до 2030 р.;

– проведення міжнародних переговорів щодо підготовки та реалізації транскордонних проєктів з адаптації до зміни клімату;

– ідентифікація міжнародних баз даних про найкращі доступні технології, спрямовані на скорочення антропогенних викидів, збільшення абсорбції парникових газів та адаптацію до зміни клімату, створення умов для доступу населення і суб'єктів господарювання до таких баз даних;

– підготовка та внесення на розгляд Міжвідомчої комісії із забезпечення виконання Рамкової конвенції ООН про зміну клімату пропозицій щодо механізму інтеграції заходів із запобігання зміні клімату та адаптації до неї в регіональні стратегії розвитку й плани заходів з їх реалізації; пріоритетних заходів з адаптації до зміни клімату для секторів економіки, об'єктів життєдіяльності населення, сфери охорони здоров'я; прогресивних підходів до стимулювання суб'єктів господарювання усіх форм власності до реалізації проєктів із запобігання

зміні клімату та адаптації до неї з урахуванням найкращої світової практики та умов запровадження ринкових і неринкових механізмів, передбачених Паризькою угодою.

На міністерства, відомства, місцеві органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування за сприяння Національної академії наук України покладено завдання щодо розроблення рекомендацій з адаптації сільського господарства до зміни клімату на період до 2030 р.; розроблення рекомендацій з адаптації сільського та лісового господарства до зміни клімату на період до 2030 р.; включення заходів з адаптації до зміни клімату до планів управління річковими басейнами в рамках впровадження інтегрованих підходів до управління водними ресурсами за басейновим принципом; забезпечення розроблення і затвердження плану заходів щодо адаптації населення до зміни клімату; підготовки та виконання пілотних проєктів з розроблення і реалізації місцевих планів з адаптації до зміни клімату на рівні регіонів, а також міст, селищ і сіл; забезпечення включення заходів з адаптації до зміни клімату до проєктів організації територій об'єктів природно-заповідного фонду.

Реалізацію Стратегії передбачено здійснити у два п'ятирічні етапи протягом 2021–2030 рр. шляхом розроблення та виконання відповідного Національного плану заходів з адаптації.

Діяльність з адаптації до зміни клімату підтримується такими партнерами, як ПРООН та ЄС, Робоча група неурядових екологічних організацій з питань зміни клімату (РГ НУО ПЗК), Австрійський Червоний Хрест, Австрійський фонд співпраці та розвитку, Австрійське агентство з охорони довкілля, Всесвітній фонд дикої природи [48].

На жаль, Стратегія адаптації до зміни клімату досі не прийнята, незважаючи на те, що запровадження такої стратегії є необхідною умовою комплексності та ефективності адаптаційних заходів. Сьогодні розроблений проєкт стратегії, відповідно до якого метою Стратегії є зменшення впливу наслідків зміни клімату для підвищення рівня екологічної безпеки в Україні, а до цілей стратегії включено такі:

– посилення адаптаційної спроможності та стійкості соціальних, економічних та екологічних систем до зміни клімату;

– створення організаційних передумов і науково-методичного супроводу реалізації державної політики адаптації до зміни клімату;

– регіональні, місцеві та секторальні політики, стратегії, плани заходів та управління ризиками;

– вдосконалення системи освіти та просвіти, підвищення обізнаності осіб, які приймають рішення, людських та інституційних можливостей щодо пом'якшення наслідків зміни клімату, адаптації, зменшення впливу та раннього попередження.

Цілі Стратегії конкретизуються в завданнях. Отже, Стратегія базується на таких основних засадах:

– попередження та адаптація є дешевшими, ніж подолання наслідків; у цьому контексті важливим є скорочення викидів, що забезпечить утримання зростання глобальної середньої температури на рівні 1,5–2°С та завчасне планування адаптаційних заходів;

– урахування інтересів найбільш уразливих до змін клімату соціальних груп під час формування політик та заходів з адаптації;

– прозорість і наукова обґрунтованість процесів планування та звітності;

– використання принципів екологічної стійкості ООН та принципів належного врядування ОЕСР;

– гнучкість щодо рішень, які приймаються в умовах високого рівня невизначеності стосовно регіональних кліматичних прогнозів, впливів на природні, економічні та соціальні системи, відповідних оцінок ризиків, а також найкращих доступних технологій з адаптації;

– спільність, інклюзивність та гендерна збалансованість формування, реалізації та моніторингу політик і заходів з адаптації з урахуванням різниці між регіональними та секторальними адаптаційними діями;

– застосування природоорієнтованого (екосистемного) підходу до адаптації.

Слід зазначити, що, відповідно до Академічного тлумачного словника української мови, слова «мета» та «ціль» є синонімами, тому незрозуміло, для чого вказувати окремо на мету та цілі.

Також у стратегії визначено найбільш уразливі сектори, зокрема громадське здоров'я. До ризиків у цій сфері віднесено такі:

– загострення хвороб серцево-судинної системи внаслідок перепадів температури й атмосферного тиску;

– поширення інфекційних захворювань; так, сприятливі умови існування місцевих видів комарів, що переносять арбовіруси, призводять до нових природних спалахів трансмісивних захворювань;

– частішання випадків захворювань шлунково-кишкового тракту внаслідок погіршення якості питної води та продовольства з подальшим розвитком різних патологій і загостренням перебігу хронічних захворювань.

Зміна клімату може справляти додатковий негативний вплив на вразливі групи населення, які частіше за інших страждатимуть від теплового стресу, зокрема літні люди, діти, вагітні, люди з низьким доходом, люди, які страждають на алергічні захворювання. Крім того, додатково очікується збільшення респіраторних, інфекційних та алергічних захворювань.

Серед додаткових ризиків зазначено поширення інфекційних захворювань. Незважаючи на те, що проєкт був запропонований у період пандемії Covid-19, який не є трансмісивним захворюванням, Стратегія не називає це серед загроз, хоча виникнення та поширення вірусу науковці, як уже було зазначено нами, пов'язують саме зі зміною клімату. Нехтування вітчизняними законодавцями ризиком нових хвиль пандемії призводить до того, що заходи адаптації до зміни клімату в окремих секторах не враховують небезпеку, не говорячи вже про ризики виникнення пандемій нових небезпечних захворювань. Державна програма стимулювання економіки для подолання негативних наслідків, спричинених обмежувальними заходами щодо запобігання виникненню й поширенню гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, на 2020–2022 рр. [49] не передбачає жодних заходів з адаптації до зміни клімату, хоча ситуація, пов'язана з пандемією, як нами вже було зазначено, надає безпрецедентні можливості для створення екологічно дружньої економіки, які не повинні бути втрачені.

Крім того, адаптаційні заходи мають бути пов'язані з необхідністю подолання пандемії COVID-19 та переслідувати ціль забезпечення санітарно-епідемічної безпеки, адже саме зміни клімату викликають появу нових небезпечних збудників епідемічних хвороб та нових штамів вірусів.

Досі відсутня концепція забезпечення продовольчої безпеки в умовах пандемії COVID-19. В окремих секторах у нашій країні вже розроблені Стратегії адаптації до зміни клімату, однак заходи, що пропонуються, не пов'язані з подоланням пандемії та унеможливленням епідемічних загроз у майбутньому. Так, у проєкті Стратегії адаптації до зміни клімату сільського, лісового та рибного господарств України до 2030 р. [50] також жодних згадок про подолання наслідків пандемії, хоча визнано, що сільське господарство є одним з потужних джерел викидів парникових газів від ґрунтів, ведення землеробства та тваринництва. З іншого боку, воно також потерпає від зміни клімату й потребує адаптації до цих змін. Також не можна не зважати на те, що галузь зазнала значного удару COVID-19. Крім того, ця сфера є потужним джерелом санітарно-епідемічної небезпеки. Коронавірусна хвороба (COVID-19) є останньою із серії зоонозних (викликаних тваринними вірусами) інфекційних захворювань, які швидко поширюються[16]. Для прогнозування, оцінювання та попередження небезпек мають ширше використовуватися цифрові технології, які, на нашу думку, не тільки дадуть змогу створювати науково обґрунтовані моделі ризиків та заходів їх подолання, але й надають можливості інформування громадян про небезпеки та надихають на зміну звичної поведінки задля порятунку життя та здоров'я й зниження економічних втрат.

[16] Такі захворювання кваліфікують як зоонозні, оскільки їм вдалося подолати міжвидовий бар'єр і поширюватися у людській популяції. Із близько 1 400 патогенів, відомих сучасній медицині, більше 800, а це близько 60%, походять від тварин. Окрім covid-19, це пташиний і свинячий грип, різні види геморагічної лихоманки. Зоонозні інфекції виникають або за безпосереднього контакту з хворою твариною, або під час вживання її м'яса. Однак одним із найбільших факторів епідеміологічного ризику зараз є традиційна система тваринництва. Особливо небезпечні промислові ферми. Через дуже високу щільність і низьке генетичне різноманіття тварин ферми такого типу створюють комфортне середовище для швидкого поширення вірусів. Потенційні рушійні сили для передачі зоонозних захворювань також включають транспортування на великі відстані та ланцюги поставок [51].

Зміна поведінки не відбується сама по собі, а тільки на підґрунті формування позитивної правосвідомості через оцінку ситуації у сфері адаптації до зміни клімату[17]. Людина має усвідомити значення кліматичної системи для світового співтовариства, небезпеку кліматичних змін, їх наслідків для екосистем як середовища існування людини та окремої особистості, а також цінність правових норм, спрямованих на попередження змін клімату та адаптацію до таких змін, необхідність їх дотримання. Тільки тоді людина змінює свою поведінку, виконує вимоги правових норм та сприяє досягненню цілей адаптації до зміни клімату.

Висновки

Сьогодні найнебезпечнішими загрозами існуванню людства є зміна клімату та пандемія COVID-19. Глобальний загальносвітовий характер проблем диктує необхідність посилення міжнародного співробітництва задля їх вирішення. Оцінка та їх подолання, а також адаптація до загроз мають здійснюватися комплексно та охоплювати всі сфери суспільного життя, діяльності людини та галузі економіки. Серед основних проблем в адаптаційній політиці щодо кліматичних змін можна виділити відсутність системного правового врегулювання сфери адаптації до зміни клімату; брак наукових досліджень у цій сфері, недостатнє фінансування; неврахування потреб адаптації до зміни клімату в стратегіях, планах та програмах соціально-економічного розвитку. Відповідні заходи мають бути передбачені у всіх сферах політики та галузях економіки. Під час розроблення адаптаційних заходів до зміни клімату мають враховуватися різноманітні новітні виклики та загрози, зокрема небезпека виникнення нових збудників небезпечних, в тому числі карантинних, хвороб, як наслідок, поширення нових пандемій. Нові можливості відкривають цифрові технології та

[17] Значний вклад у розуміння категорії «правосвідомість» внесли вітчизняні вчені. Слід погодитися з П. Рабиновичем, який розуміє правосвідомість як систему поглядів, уявлення людей щодо цілей, змісту і форми правил поведінки, встановлених державою, які притаманні не тільки «авторам» юридичних норм, але й усім людям, які так чи інакше стикаються або можуть «контактувати» з об'єктивним юридичним правом [52, с. 79–80].

цифровізація економіки й суспільного життя, а також механізми кліматичної дипломатії. Дороговказом Для України є досвід Європейського Союзу в цій сфері. Співробітництво з ЄС має бути взаємовигідним, оскільки створює безпрецедентні можливості для відновлення після пандемії COVID-19 на основі екологічно дружніх підходів як для нашої країни, так і для Європейського Союзу.

Список використаних джерел:

1. Adaptation Gap Report 2020. URL: https://www.unep.org/resources/adaptation-gap-report-2020.

2. Millennium Ecosystem Assessment. Ecosystems and Human Well-being: A Framework for Assessment / Josef Alcamo et al. Millennium Ecosystem Assessment Series. Washington : Island Press, 2003. 245 p.

3. Шпильова Ю. Носуліч Т. Екосистемні послуги в системі стимулювання сталого розвитку територій. *Економіка природокористування і охорони довкілля*. 2016. С. 228–236. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN 288 с.

4. Рамкова конвенція Організації Об'єднаних Націй про зміну клімату від 9 травня 1992 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995.

5. United Nations Climate Change. The Paris Agreement. URL: https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement.

6. The Intergovernmental Panel on Climate Change. URL: https://www.ipcc.ch.

7. Notre Dame Global Adaptation Index. URL: http://index.gain.org.

8. ISO 14090:2019 Adaptation to climate change – Principles, requirements and guidelines. URL: https://www.iso.org/standard/68507.html.

9. ISO 14091:2021 Adaptation to climate change – Guidelines on vulnerability, impacts and risk assessment. URL: https://www.iso.org/standard/68508.html.

10. ISO/TS 14092:2020 Adaptation to climate change – Requirements and guidance on adaptation planning for local governments and communities. URL: https://www.iso.org/standard/68509.html.

11. ISO/AWI 14093 Mechanism for financing local adaptation to climate change: Performance-based climate resilience grants. URL: https://www.iso.org/standard/68511.html.

12. Zaheer A. The First 50 days of COVID-19: A Detailed Chronological Timeline and Extensive Review of Literature Documenting the Pandemic. DOI: https://doi.org/10.1016/B978-0-12-824313-8.00001-2.

13. Beyer R.M., Manica A., Mora C. Shifts in global bat diversity suggest a possible role of climate change in the emergence of SARS-CoV-1 and SARS-CoV-2. *Science of The Total Environment*. 2021. Vol. 767. P. 145413.

14. Kolinjivadi V. The coronavirus outbreak is part of the climate change crisis URL: http://unevenearth.org/2020/04/this-pandemic-is-ecological-breakdown.

15. Demir C., Grigoryan A. Is the climate crisis partly responsible for the coronavirus outbreak? URL: https://www.eurasia.undp.org/content/rbec.

16. The Centers for Disease Control and Prevention (CDC) Centers for Disease Control and Prevention. URL: https://www.usa.gov/federal-agencies/centers-for-disease-control-and-prevention.

17. A UN framework for the immediate socio-economic response to COVID-19 URL: https://unsdg.un.org/resources/un-framework.

18. Climate change indicators and impacts worsened in 2020. WORLD METEOROLOGICAL ORGANIZATION. URL: https://public.wmo.int/en/media/press-release/climate-change-indicators.

19. The COVID-19 pandemic and climate change adaptation. Wageningen Centre for Development Innovation Wageningen, July 2020. URL: https://www.wur.nl/en/show/The-COVID-19-pandemic-and-climate-change-adaptation.htm.

20. Schumacher E.F. Small Is Beautiful. A Study of Economics As If People Mattered**.** London : Blond & Briggs, 1973.

21. Millennium Assessment Reports. URL: https://www.millenniumassessment.org/en/index.

22. UN Human. URL: https://news.un.org/en/story/2020/01/1055671.

23. Carroll J.E. International Environmental Diplomacy 1st Edition. Cambridge University Press, 1988. 304 p.

24. Eco-Diplomacy: Building the Foundation. URL: https://afsa.org/eco-diplomacy-building-foundation.

25. Договір про функціонування ЄС. URL https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994.

26. Council conclusions on climate diplomacy, 20.07.2015. URL: http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/07/20.

27. A guide to the science of climate change communication for early career researchers. URL: https://climateoutreach.org/reports/science-of-climate-change.

28. Дергачова Г., Колешня Я. Цифрова трансформація бізнесу: сутність, ознаки, вимоги та технології. *Економічний вісник НТУУ «КПІ»*. 2020. № 17. С. 280–290.

29. Окинавська хартія глобального інформаційного суспільства. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/998.

30. Зміна клімату: наслідки та заходи адаптації : аналітична доповідь / С. Іванюта, О. Коломієць, О. Малиновська, Л. Якушенко. Київ : НІСД, 2020. 110 с.

31. European Commission Green Paper of 29 June 2007 on adapting to climate change in Europe – options for EU action [COM(2007) 354 final]. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/T.

32. White paper Adapting to climate change: Towards a European framework for action. URL: https://ec.europa.eu/health/ph_threats/climate/docs.

33. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the committee of the regions EU strategy on adaptation to climate change COM/2013/0216 final. URL: https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.

34. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the committee of the regions Forging a climate-resilient Europe - the new EU Strategy on Adaptation to Climate Change European Commission Brussels, 24.2.2021 COM(2021) 82 final URL: https://ec.europa.eu/clima/sites.

35. Council of the European Union Brussels, 25 January 2021 5263/21Council conclusions on Climate and Energy Diplomacy – Delivering on the external dimension of the European Green Deal. URL: https://www.consilium.europa.eu/media/48057.

36. Coronavirus: EU support to innovators yields promising results one year on URL: https://ec.europa.eu/info/news/coronavirus-eu-support.

37. Communication A Farm to Fork Strategy for a fair, healthy and environmentally-friendly food system COM/2020/381 final. URL: https://eur-lex.europa.eu.

38. HORIZON 2021. URL: https://ec.europa.eu/info/research-and-innovation.

39. European Commission CORDIS EU research results. Integrated Climate Adaptation Service Tools for Improving Resilience Measure Efficiency. URL: https://cordis.europa.eu/project/id/730355.

40. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the committee of the regions Shaping Europe's digital future Brussels. 19.2.2020 COM(2020) 67 final. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/T.

41. United Nations Environment Programme (2020). Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review. Nairobi. URL: https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.

42. Urgenda Foundation v. State of the Netherlands. URL: http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content.

43. Friends of the Irish Environment v. Ireland. URL: http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/friend.

44. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984.

45. Про схвалення Концепції реалізації державної політики у сфері зміни клімату на період до 2030 р. : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 7 грудня 2016 р. № 932-р. URL: https://www.kmu.gov.ua/npas/249573705.

46. Проєкт стратегії екологічної безпеки та адаптації до зміни клімату до 2030 р. URL: https://mepr.gov.ua/news/36922.html.

47. Про затвердження плану заходів щодо виконання Концепції реалізації державної політики у сфері зміни клімату на період до 2030 р. : Розпорядження КМ України від 6 грудня 2017 р. № 878-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show.

48. Українська кліматична мережа. URL: https://ucn.org.ua ; https://www.ua.undp.org/content/ukraine.

49. Про затвердження Державної програми стимулювання економіки для подолання негативних наслідків, спричинених обмежувальними заходами щодо запобігання виникненню і

поширенню гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, на 2020–2022 рр. : Постанова КМУ від 27 травня 2020 р. № 534. URL: https://www.kmu.gov.ua.

50. Стратегія адаптації до зміни клімату сільського, лісового та рибного господарств України до 2030 р. URL: https://www.uahhg.org.ua/wp-content/uploads/2019/08.

51. Włodzimierz Gogłoza Factory farming is one of the main risk factors of global pandemics. There is an alternative to it. URL: https://animainternational.org.

52. Рабинович П. Основи загальної теорії права та держави : навчальний посібник. 8-ме вид., стереотип. Харків : Консул, 2005. 160 с.

РОЗДІЛ 5.
ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ, ФІНАНСОВОГО ПРАВА

DOI https://doi.org/10.36059/978-966-397-237-4-13

Задорожня Г. В.,
доктор юридичних наук, доцент,
науковий консультант відділу забезпечення діяльності голови і заступника голови суду секретаріату
Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду,
м. Київ

Задорожний Ю. А.,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри конституційного та адміністративного права
Національного транспортного університету,
м. Київ

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПОЗОВУ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРАВІ: ДО ПИТАННЯ ЙОГО ЗАКОНОДАВЧОГО УНОРМУВАННЯ В УКРАЇНІ

Анотація. *Розділ монографії присвячено сутнісному розумінню інституту «забезпечення адміністративного позову», архітектоніці його законодавчого унормування та конституційності внесених змін до процесуального законодавства України, предметом правового регулювання яких є забезпечення позову. Адміністративна юстиція для ефективного вирішення судових спорів повинна мати у своєму розпорядженні достатній дієвий процесуальний інструментарій. Проте предметний аналіз процесуального законодавства свідчить, що повноваження адміністративних судів в Україні в аспекті застосування забезпечення позову поступально зменшуються. Законодавче обмеження інституту забезпечення адміністративного позову*

нівелює ефективність захисту судом прав, свобод та інтересів осіб. Це означає не лише пропорційне звуження процесуальних прав і можливостей позивача, а й призводить до невиправданого розширення змісту норм Конституції України всупереч конституційно визначеним засадам судочинства, верховенства права, конституційному праву на судовий захист.

Вступ

Забезпечення позову є одним із найважливіших і вкрай необхідних інститутів процесуального права, який становить важливу гарантію виконання рішення суду. Цінність його практичного застосування полягає в тому, що в окремих судових справах забезпечення позову є чи не єдиним «фортпостом», здатним унеможливити незворотне порушення конституційних прав людини. Важливість цього інституту підкреслена й тим, що його об'єктивізація дістала унормування в процесуальних кодексах спеціалізованого судочинства, одним з яких є Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 року № 2747-IV (далі – КАС України).

У контексті пропонованого дослідження важливим є не лише аналіз мети, змісту і видів інституту забезпечення позову в процесі адміністративного судочинства, а й еволюційна генеза цього інституту, а також доцільність змін в адміністративному процесуальному законодавстві України, предметом правового регулювання яких стали питання забезпечення позову.

Нині в юридичній спільноті, у політиків, державних службовців постає чимало запитань щодо меж унормування дискреційних повноважень суду в аспекті можливого застосування ним у процесі розгляду і вирішення судових справ того чи іншого виду забезпечення адміністративного позову, тобто приведення в дію такого собі «стоп-крану», що фактично унеможливлює реалізацію суб'єктом влади окремих його управлінських повноважень, які суперечать законним інтересам клопотальника.

Специфіка адміністративної юстиції вбачається не лише у правилах спеціалізованого судочинства, сутності і правовому характері публічно-правових відносин, в межах яких виникають адміністративні спори, а й у суб'єктному складі учасників такого процесу, в якому щонайменше одна сторона здійснює публічно-владні управлінські функції, в тому числі на виконання

делегованих повноважень (і спір виник у зв'язку із виконанням або невиконанням такою стороною зазначених функцій), надає адміністративні послуги на підставі законодавства, яке уповноважує або зобов'язує надавати такі послуги виключно суб'єкта владних повноважень (і спір виник у зв'язку із наданням або ненаданням такою стороною зазначених послуг), є суб'єктом виборчого процесу (процесу референдуму), і спір виник у зв'язку з порушенням її прав у такому процесі з боку суб'єкта владних повноважень тощо.

Адміністративна юстиція покликана забезпечити справедливе, неупереджене та своєчасне вирішення судом спорів у сфері публічно-правових відносин із метою ефективного захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб від порушень із боку суб'єктів владних повноважень. Тобто адміністративна юстиція у розвиток ст. 3 Конституції України ставить своїм завданням захистити людину від свавілля і всевладдя держави, зобов'язати і змусити державу, органи місцевого самоврядування бути відповідальними за свою управлінську діяльність перед людиною.

Отже, адміністративна юстиція постає арбітром у спорах, що виникають між особою і державою, муніципальною владою. Для ефективного вирішення судових спорів із таким неоднорідним суб'єктним складом, адміністративна юстиція повинна мати у своєму розпорядженні ефективний процесуальний інструментарій, одним з яких є забезпечення позову. Отже, пошук оптимального законодавчого унормування змістовного формату інституту забезпечення позову є тим питанням, відповідь на яке передбачається отримати за результатами пропонованого дослідження.

1. Інститут забезпечення позову крізь призму його унормування в національному законодавстві

Забезпечення позову – визнаний у праві інститут, він дістав широке закріплення в національному, міжнародному і зарубіжному праві, а також має належне і давнє, зокрема ще з часів римського права, застосування в судовій практиці, де отримав назву *попередній судовий захист*.

Забезпечення позову застосовується з метою гарантування виконання рішення суду в разі задоволення позовних вимог, він передбачає можливість ефективного, повного захисту особою

порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів. Забезпечення позову як попередній судовий захист початково утвердилося в цивільному судочинстві, а згодом дістав належне утвердження і в іншому галузевому судочинстві, зокрема адміністративному і господарському, що свідчить про його практичну значущість та дієвість.

Поняття ***«забезпечення адміністративного позову»*** означає законодавчо визначений процесуальний механізм, що полягає у вжитті судом, у провадженні якого перебуває та чи інша адміністративна справа, до її вирішення визначених законом заходів щодо створення можливості реального виконання в майбутньому рішення суду, якщо його буде прийнято на користь позивача. Так, дієвість цього інституту випливає з його сутнісного і функціонального призначення: спеціалізоване судочинство використовує забезпечення адміністративного позову задля виконання рішень суду і гарантує можливість реалізації кожним його конституційного права на судовий захист, гарантований Конституцією і законами України.

Важливість інституту забезпечення позову визнано й у міжнародному праві. Так, згідно з Рекомендаціями № R (89) 8 «Про тимчасовий судовий захист в адміністративних справах», прийнятими Комітетом Міністрів Ради Європи 13 вересня 1989 року, рішення про вжиття заходів тимчасового захисту може, зокрема, прийматися, якщо виконання адміністративного акта може спричинити значну шкоду, відшкодування якої неминуче пов'язано з труднощами, і якщо на перший погляд наявні достатньо вагомі підстави для сумнівів у правомірності такого акта.

Отже, відповідно до міжнародних стандартів право на застосування заходів забезпечення позову має надаватися обґрунтовано і лише в разі, якщо правам, інтересам чи свободам приватної особи реально може бути завдано ***непоправної шкоди*** в результаті виконання адміністративного акта, наслідки якої є потенційно ***незворотними***. Отже, забезпечення позову в окремих категоріях справ (до прикладу, пов'язаних майновими правами, видворенням іноземця чи апатрида та ін.) є тим винятково важливим юридичним засобом, завдяки якому судочинство виступає ефективним і гарантованим захистом конституційних прав і свобод особи.

Водночас постає питання щодо доцільності окреслення меж суддівського розсуду в аспекті забезпечення адміністративного

позову. Визначення таких меж – виключна прерогатива законодавця, об'єктивізація волі якого дістає перманентний вияв у нормах процесуальних кодексів. Чому перманентний? Тому що семантичний вияв слова «перманентний» вказує на «тривалий процес», «рух», «розвиток» [1, с. 329] задля удосконалення правового регулювання окресленого інституту процесуального права. Дійсно, предметний аналіз норм КАС України в аспекті унормування забезпечення адміністративного позову свідчить, що законодавець неодноразово змінював свій підхід до змістовно-суб'єктного формату цього інституту.

Перша редакція КАС України містила ст. 117 «Забезпечення адміністративного позову», приписи якої уповноважували суд першої інстанції, а якщо уже розпочато апеляційне провадження, то суд апеляційної інстанції, постановляти ухвалу про вжиття заходів забезпечення адміністративного позову, якщо є очевидна небезпека заподіяння шкоди правам, свободам та інтересам позивача до ухвалення рішення в адміністративній справі або якщо захист цих прав, свобод та інтересів стане неможливим без вжиття таких заходів, або для їх відновлення необхідно буде докласти значних зусиль та витрат, а також якщо очевидними є ознаки протиправності рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень.

При цьому законодавець початково унормував такі види забезпечення позову: а) зупинення дії рішення суб'єкта владних повноважень чи його окремих положень, що оскаржуються; б) заборона, звернена до суб'єкта владних повноважень, учиняти певні дії. Водночас законодавець визначив межі дискреційних повноважень суду в аспекті забезпечення ним того чи іншого судового позову. Так, за ч. 5 ст. 117 КАС України (*у першій редакції цього Кодексу*) забезпечення адміністративного позову не допускалося «шляхом зупинення рішень Національного банку України щодо призначення та здійснення тимчасової адміністрації або ліквідації банку, заборони проводити певні дії тимчасовому адміністратору, ліквідатору банку або Національному банку України при здійсненні тимчасової адміністрації або ліквідації банку».

Отже, початково єдиним суб'єктом владних повноважень, дію рішень якого заборонялося зупиняти, а також забороняти йому як суб'єкту владних управлінських повноважень учиняти певні дії, був Національний банк України.

Відтоді чинний КАС України зазнав понад 110 змін і доповнень, окремі з яких стосувалися забезпечення адміністративного позову.

До прикладу, Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виборів Президента України» від 21 серпня 2009 року № 1616-VI [2] ст. 117 КАС України вперше було змінено шляхом доповнення ч. 6 такого змісту: «Повноваження суду, встановлені цією статтею, не можуть бути застосовані судами щодо спорів, які стосуються призначення, підготовки і проведення виборів» (*пункт 3 частини 3*), натомість ч. 12 цього Закону встановила припис: «Повноваження суду, встановлені ст. 117 цього Кодексу, не можуть бути застосовані судами щодо спорів, які стосуються призначення, підготовки і проведення виборів Президента України».

Цими законодавчими змінами, які стосувалися унормування забезпечення позову судами адміністративної юрисдикції, вперше заборонялося застосовувати процесуальні механізми, щодо зупинення дії рішення суб'єкта владних повноважень чи його окремих положень, що оскаржуються, і заборони, зверненої до суб'єкта владних повноважень, учиняти ті дії, які стосуються виборчого процесу, зокрема й призначення, підготовки і проведення виборів Президента України.

Правовою реакцією на таке законодавче регулювання інституту забезпечення адміністративного позову стали конституційні клопотання до органу конституційної юрисдикції, авторами яких були Президент України і народні депутати України. Клопотанти аргументували неконституційність наведених вище законодавчих змін ч. 2 ст. 3, ст. 21, ч. ч. 2, 3 ст. 22, ч. ч. 1, 2 ст. 55, ч. 1 ст. 64, ч. 2 ст. 124 Конституції України. На думку авторів, введення законодавцем заборони на забезпечення судом адміністративного позову у виборчих спорах скасовує гарантії поновлення виборчих прав та обмежує право на судовий захист.

Конституційний Суд України, вивчивши матеріали цієї справи, визнав такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними), положення ч. 6 ст. 117 КАС України, оскільки «заборона судам здійснювати забезпечення позову стосується призначення, підготовки та проведення виборів, тобто охоплює всі етапи виборчого процесу», що унеможливлює за таких умов «виконання рішень суду, прийнятих в окремих справах щодо спорів стосовно призначення, підготовки і проведення виборів» і фактично означає неможливість

«реалізації особами права на судовий захист, гарантованого ст. 55 Конституції України», «звужує зміст права громадян на судовий захист, визначений ч. 3 ст. 22 Конституції України», та суперечить вимогам ст. 64 Основного Закону України, за якими «право на судовий захист не може бути обмежене» [3].

Отже, перша спроба законодавця, що була здійснена ним у серпні 2009 року в аспекті встановлення заборони на здійснення адміністративним судом повноважень щодо забезпечення позову у спорах, які стосувалися призначення, підготовки і проведення виборів, виявилася невдалою, оскільки «не пройшла тест на конституційність».

Наступна спроба законодавця щодо «удосконалення» правового регулювання інституту забезпечення адміністративного позову була здійснена менше, ніж за рік, уже в роки каденції наступного Президента України.

Йдеться про Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо недопущення зловживань правом на оскарження» від 13 травня 2010 року № 2181-VI, яким цитовану вище ч. 5 ст. 117 було викладено в такій редакції: «Не допускається забезпечення позову шляхом: 1) зупинення актів Верховної Ради України, Президента України, Вищої ради юстиції та встановлення для них заборони вчиняти певні дії; 2) зупинення рішень Національного банку України щодо призначення та здійснення тимчасової адміністрації або ліквідації банку, заборони проводити певні дії тимчасовому адміністратору, ліквідатору банку або Національному банку України при здійсненні тимчасової адміністрації або ліквідації банку» [4].

Отже, законодавчі зміни до КАС України від 13 травня 2010 року зумовили розширення кола суб'єктів владних повноважень, дію рішень яких заборонялося зупиняти. Ними поряд із Національним банком України стали Верховна Ради України, Президент України і Вища рада юстиції.

Такі законодавчі зміни до КАС України були сприйняті суспільством неоднозначно. На переконання низки теоретиків права, адвокатів і суддів, ці зміни не лише звузили змістовне наповнення інституту забезпечення позову як елемента адміністративного судочинства, яке зобов'язане забезпечувати ефективний захист людини від держави, а й невиправдано звузили та обмежили зміст та обсяг права кожного на судовий захист, визначений і гарантований ст. 55 Основного Закону України.

Таке законодавче урегулювання зумовило появу конституційного клопотання Верховного Суду України до Конституційного Суду України, предметом якого, зокрема, стало питання про перевірку на конституційність Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо недопущення зловживань правом на оскарження» від 13 травня 2010 року № 2181-VI в аспекті внесення змін до ч. 5 ст. 117 КАС України.

Конституційний Суд України, вивчивши порушене в конституційному поданні питання, 16 червня 2011 року прийняв рішення № 5-рп/2011, яким визнав *конституційність* законодавчих положень, що унормували «новий змістовний формат» інституту забезпечення адміністративного позову.

Юридична позиція органу конституційної юрисдикції в цій справі висновувалася з того, що право на забезпечення адміністративного позову не є абсолютним і може бути обмежене з урахуванням:

1) «особливостей публічно-правових відносин, на які поширюється юрисдикція адміністративних судів»;

2) конституційно визначеного правового статусу парламенту і глави держави;

3) значущості «визначених в Основному Законі України їх повноважень» та діяльності цих органів;

4) презумпції конституційності прийнятих парламентом і главою держави актів та вчинених ними дій і тим, що використання таких засобів процесуального забезпечення в інтересах конкретного позивача може призвести до порушення прав невизначеного кола осіб, тому регулювання підстав і порядку забезпечення позову здійснюється в інтересах не лише позивача, а й інших осіб – учасників провадження, суспільства, держави загалом, – має здійснюватися з дотриманням критеріїв домірності (пропорційності) (*підпункт 3.2. пункту 3 мотивувальної частини*) [5].

З огляду на це Конституційний Суд України дійшов висновку, що Верховна Рада України, визначаючи в КАС України інститут забезпечення позову як елемента судочинства та випадки, в яких не допускається забезпечення позову, встановила не лише правову визначеність і передбачуваність діяльності парламенту та глави держави, а й стабільність регулювання суспільних відносин у державі шляхом видання цими органами державної влади актів у межах власних повноважень на основі та на виконання вимог ст. ст. 6, 19, 85, 106 Конституції України.

Наведене доводить, що інститут забезпечення адміністративного позову в 2010 році зазнав істотного звуження, позаяк із суб'єктного складу його процесуального поширення були виведені такі конституційні органи публічної влади, як глава держави, парламент та Вища рада юстиції.

Зауважимо, що конституційне провадження у цій справі було надскладним, чимало суддів органу конституційної юрисдикції зі скрипом погоджувалися з конституційністю оскаржуваних положень законів, заперечували архітектоніку аргументації цього рішення, робили акцент на недопустимості звуження процесуальних прав людини та ін. Як наслідок, прийняття рішення Конституційного Суду України від 16 червня 2011 року № 5-рп/2011 у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень КАС України, законів України «Про Вищу раду юстиції», «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо недопущення зловживань правом на оскарження» «ознаменувалося» окремими думками суддів Конституційного Суду України. Їх було п'ять [6].

Основні заперечення та контраргументи суддів проти цього рішення Суду висновувалися з того, що оскаржувані законодавчі норми:

1) порушили визначені і гарантовані Конституцією України основні засади судочинства щодо рівності усіх учасників судового процесу перед законом і судом;

2) усупереч приписам ст. 64 Конституції України суттєво обмежили права громадян на судовий захист та істотно звузили суддівську дискрецію;

3) нівелювали дію презумпції неправомірності рішень, дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень в адміністративному судочинстві, який зобов'язаний у порядку судової процедури, визначеної законом, довести суду правомірність своїх рішень, дій чи бездіяльності;

4) за своїм сутнісним змістом є аналогічні тим положенням законів, які Конституційний Суд України раніше вже аналізував у Рішенні від 19 жовтня 2009 року № 26-рп/2009 в аспекті встановлення заборони суду здійснювати забезпечення позовів в адміністративному судочинстві щодо спорів, які «стосуються призначення, підготовки і проведення виборів» і визнав їх неконституційними з огляду на непорушність конституційно визначеної концептуальної правової позиції про неприпустимість

звуження змісту прав людини на судовий захист [7], що в цій справі призвело до безпідставної зміни юридичної позиції органу конституційної юрисдикції тощо.

В Окремій думці судді Конституційного Суду України Д.Д. Лилака у цій справі зауважено, що заборона суду застосовувати засіб забезпечення адміністративного позову, особливо у виборчих спорах, унеможливлює поновлення порушених прав і фактично призводить до втрати будь-якого сенсу звернення до суду за захистом своїх прав, тому, з огляду на забезпечення конституційних засад судочинства і непорушність гарантованих прав кожного, випадки щодо обмеження права на судовий захист, зокрема й заборона вживати заходи забезпечення позову, мають вичерпно визначатися Основним Законом України, а не звичайними законами [8].

Ми підтримуємо цю позицію, тому що законодавче унормування таких процесуальних заборон фактично призводить до невиправданого розширення змісту конституційних норм всупереч конституційно визначеним засадам судочинства, верховенства права, конституційно визначеному праву кожного на судовий захист його прав і свобод.

Наступна, тобто третя спроба законодавця внести зміни до правового регулювання інституту забезпечення адміністративного позову була здійснена 19 травня 2011 року під час прийняття нового Повітряного кодексу України № 3393-VI, у Розділі XIX «Прикінцеві і перехідні положення» якого містився пункт 4 частини 5 такого змісту: «Пункт 2 частини 5 статті Кодексу адміністративного судочинства України доповнити словами: «а також зупинення рішень уповноваженого центрального органу з питань цивільної авіації щодо призупинення дії або анулювання сертифікатів, схвалень, допусків» [9].

Отже, відтепер суду заборонялося застосовувати інститут забезпечення адміністративного позову шляхом зупинення рішень уповноваженого центрального органу з питань цивільної авіації шляхом навіть не зупинення чи скасування, а призупинення дії або анулювання сертифікатів, схвалень, допусків тощо. Таку позицію законодавця в аспекті звуження змісту забезпечення позову в адміністративному судочинстві неможливо виправдати чи знайти зрозумілі обґрунтування, виходячи зі змісту положень Конституції України і навіть здорового глузду, тому що «на кону» фактично було питання життя, здоров'я і безпеки тих

осіб, які зверталися до послуг цивільної авіації. Отже, є усі підстави вважати, що таке невиправдане обмеження забезпечення позову було наполегливо лобійовано в парламенті.

Учетверте законодавець обмежив процесуальні повноваження адміністративних судів щодо застосування ними інституту забезпечення позову Законом України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» від 23 лютого 2012 року № 4452-VI [10] (*п. 5 ч.* 9), за яким п. 2 ч. 5 ст. 117 КАС України було викладено в такій редакції: «Зупинення рішень Фонду гарантування вкладів фізичних осіб щодо призначення уповноваженої особи Фонду гарантування вкладів фізичних осіб та стосовно здійснення тимчасової адміністрації або ліквідації банку, заборони проводити певні дії уповноваженій особі Фонду гарантування вкладів фізичних осіб або Фонду гарантування вкладів фізичних осіб при здійсненні тимчасової адміністрації або ліквідації банку». Такий крок законодавця не є виправданим, оскільки призвів до нівелювання дієвості судового захисту прав особи у фінансових питаннях і ставив можливість їх наступного відновлення у залежність від волі і намірів Фонду гарантування вкладів фізичних осіб чи його уповноваженої особи, що дисонує з конституційними засадами судочинства, висхідними принципами правового статусу людини і громадянина, вимогами правової держави тощо.

Зміна політичної ситуації в Україні після лютневих подій 2014 року жодним чином позитивно не вплинула на недопущення «вихолощення» інституту забезпечення адміністративного позову, що зумовило «процесуальне ослаблення» позицій адміністративних судів, а не їх зміцнення.

До прикладу, 14 жовтня 2014 року Верховна Рада України прийняла Закон України № 1702-VII «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» [11], яким ч. 5 ст. 117 КАС України було доповнено п. 4 такого змісту: «Зупинення рішень Національного банку України про застосування до банків та інших осіб, які можуть бути об'єктом перевірки Національного банку України відповідно до закону, заходів впливу, санкцій, відкликання (позбавлення) відповідних ліцензій, виданих Національним банком України».

Це означало, що Національний банк України вкотре посилив свої позиції в механізмі держави, позаяк «виходив» з-під контролю адміністративних судів. Така тенденція спостерігалася і надалі.

До прикладу, 18 червня 2015 року Верховна Рада України ухвалила Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розбудови інституційної спроможності Національного банку України» [12], положення якого забороняли адміністративним судам, поряд з іншим, застосовувати у судовому процесі забезпечення позову шляхом «зупинення рішень Національного банку України, актів Національного банку України, а також встановлення для Національного банку України заборони або обов'язку вчиняти певні дії». Таке правове урегулювання інституту забезпечення адміністративного позову у спорах із «головним» банком України посилювало зневіру позивача у спорах із цим банком, що подеколи навіть призводило до втрати сенсу покликатися до суду за захистом своїх конституційних прав.

Наступні колосальної ваги зміни до процесуальних кодексів України були внесені 3 жовтня 2017 року. Ним став Закон України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» № 2147-VIII [13], який уже 15 грудня 2017 року набрав чинності. Архітектоніка цих законодавчих змін була настільки масштабною, що відтепер зміст ст. 117 КАС України, яка унормовувала правила і заборони в аспекті забезпечення адміністративного позову, «перемістилася» до його ст. ст. 150–158. Відтоді інститут забезпечення позову неодноразово зазнавав законодавчих змін [14], за сукупним результатом яких положення ч. 3 ст. 151 КАС України не допускають забезпечення адміністративного позову шляхом: зупинення актів Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України, Вищої ради правосуддя, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів, органу, що здійснює дисциплінарне провадження щодо прокурорів, та встановлення для них заборони або обов'язку вчиняти певні дії; зупинення рішень Фонду гарантування вкладів фізичних осіб щодо призначення уповноваженої особи Фонду гарантування вкладів фізичних осіб та щодо здійснення тимчасової адміністрації або ліквідації банку, встановлення заборони або обов'язку вчиняти певні дії, обов'язку утримуватися від вчинення певних дій уповноваженій особі Фонду гарантування вкладів фізичних осіб або Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, його посадовим

особам при здійсненні тимчасової адміністрації або ліквідації банку, а також іншим особам під час реалізації Фондом гарантування вкладів фізичних осіб майна банку, зарахованого до категорії неплатоспроможних, та банку, що ліквідується відповідно до Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб»; зупинення рішень уповноваженого центрального органу з питань цивільної авіації щодо призупинення дії або анулювання сертифікатів, схвалень, допусків; зупинення рішень Національного банку України, актів Національного банку України, а також встановлення для Національного банку України, його посадових та службових осіб заборони або обов'язку вчиняти певні дії, обов'язку утримуватися від вчинення певних дій; зупинення дії рішення суб'єкта владних повноважень, яке не є предметом оскарження в адміністративній справі, або встановлення заборони або обов'язку вчиняти дії, що випливають із такого рішення; зупинення рішення Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, щодо встановлення державних регульованих цін (тарифів) на ринку електричної енергії та природного газу, затвердження методик (порядків) їх встановлення (формування, розрахунку); зупинення рішення Конкурсної комісії з добору кандидатів на посади членів Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, встановлення заборони Кабінету Міністрів України призначати на посаду члена (членів) Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, відповідно до Закону України «Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг»; зупинення дії індивідуальних актів Міністерства фінансів України, прийнятих на виконання рішень Кабінету Міністрів України про участь держави у виведенні неплатоспроможного банку з ринку, а також встановлення для Міністерства фінансів України, його посадових та службових осіб заборони або обов'язку вчиняти певні дії, обов'язку утримуватися від вчинення певних дій, що випливають із такого індивідуального акта; зупинення дії індивідуальних актів Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, прийнятих у процесі виведення неплатоспроможного банку з ринку, а також встановлення для Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, її посадових та службових осіб заборони або

обов'язку вчиняти певні дії, обов'язку утримуватися від вчинення певних дій, що випливають із такого індивідуального акта».

Крім того, заходи забезпечення позову, які застосовує суд, не можуть зупиняти, унеможливлювати або в інший спосіб порушувати безперервність процесу призначення, підготовки і проведення виборів, всеукраїнського референдуму чи полягають у (або мають наслідком) припиненні, відкладенні, зупиненні чи іншому втручанні у проведення конкурсу, аукціону, торгів, тендера чи інших публічних конкурсних процедур, що проводяться від імені держави (державного органу), територіальної громади (органу місцевого самоврядування) або за участю призначеного державним органом суб'єкта у складі комісії, що проводить конкурс, аукціон, торги, тендер чи іншу публічну конкурсну процедуру (*ч. ч. 4, 6 ст. 151 КАС України*).

Отже, наведене доводить, що 16 років поспіль повноваження адміністративних судів в аспекті застосування ними такого важливого процесуально визначеного інституту, як забезпечення адміністративного позову в Україні, поступально зменшуються, що водночас означає пропорційне звуження процесуальних прав і можливостей позивача.

2. До питання про конституційність законодавчих змін в аспекті правового регулювання інституту забезпечення адміністративного позову

Конституційність законодавчих змін в аспекті правового регулювання інституту забезпечення адміністративного позову викликає чимало запитань не лише у теоретиків і практиків адміністративного права, а й представників законодавчого корпусу України. До прикладу, 12 лютого 2020 року до Конституційного Суду України надійшло конституційне подання від народних депутатів України про відповідність (конституційність) окремих положень КАС України та інших законів, предметом правового регулювання яких є забезпечення адміністративного позову [15].

Суб'єкт права на конституційне подання стверджує, що положення п.п. 2, 4, 6, 7 ч. 3 ст. 151 КАС України є неконституційними і не відповідають: ст. 22 Конституції України, відповідно до якої «права і свободи людини і громадянина, закріплені цією Конституцією, не є вичерпними; конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані; при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів

не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод»; вимогам ст. 55 Конституції України, за якими «права і свободи людини і громадянина захищаються судом; кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб» тощо.

Предметний аналіз змісту конституційного подання свідчить, що автори клопотання в обґрунтування своєї позиції зазначили, що «доповнюючи частину 3 статті 151 КАС України новими пунктами, законодавець тим самим створив умови, за наявності яких позивач не може ефективно поновити свої порушенні чи оспорювані права та інтереси, а виконання судового рішення може бути ускладнено або унеможливлено» і що оскаржувані норми «не спрямовані на захист особи, чиї права порушені з боку суб'єкта владних повноважень».

Жодних предметних аргументів, підстав чи доказів відповідної судової практики на підтвердження своєї позиції автори клопотання не навели. Вони фактично обмежилися цитуванням відповідних законодавчих приписів, а також висловили припущення щодо можливого, за такого правового регулювання, порушення принципів стримувань і противаг, верховенства права, а також неналежного забезпечення захисту прав особи.

Необґрунтованим є твердження авторів клопотання щодо неконституційності оскаржуваних ними в клопотанні законодавчих положень, які, як вони стверджують, суперечать приписам ч. ч. 4–6 ст. 55 Конституції України. Автори конституційного подання не вказали, як саме, в який спосіб перераховані ними законодавчі обмеження в частині забезпечення позову можуть унеможливити чи зашкодити тій чи іншій особі реалізувати належні її конституційні права на звернення із конституційною скаргою до Конституційного Суду України з підстав, установлених Конституцією України, а також на звернення особи за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна, чи унеможливлюють або обмежують конституційні права особи захищати будь-якими не забороненими законом засобами свої права і свободи від порушень і протиправних посягань тощо.

Конституційний Суд України неодноразово наголошував, що «цитування приписів Конституції України, наведення змісту

положень законів … без наведення аргументів невідповідності Конституції України оспорюваних положень закону не є обґрунтуванням тверджень щодо їх неконституційності (ухвала Конституційного Суду України від 4 липня 2016 року № 50-у/2016, ухвали Великої палати Конституційного Суду України від 24 травня 2018 року № 23-у/2018, від 24 травня 2018 року № 24-у/2018, від 31 травня 2018 року № 27-у/2018, від 7 червня 2018 року № 34-у/2018, від 10 липня 2018 року № 43-у/2018, від 9 липня 2019 року № 28-у/2019, від 26 вересня 2019 року № 36-у/2019)». Отже, посилання клопотантів на окремі положення КАС України без аргументації їх невідповідності приписам ст. ст. 22, 55 Конституції України не є обґрунтуванням тверджень їхньої неконституційності.

Крім того, суб'єкт права на конституційне подання не обґрунтував виокремлених ним положень Закону України «Про Національний банк України» від 20 травня 1999 року № 679-XIV, Господарського процесуального кодексу України від 6 листопада 1991 року № 1798-XII, Цивільного процесуального кодексу України від 18 березня 2004 року № 1618-IV, Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» від 23 лютого 2012 року № 4452-VI, які є фактично тотожними за своїм змістом наведеним вище положенням ч. 3 ст. 151 КАС України, вимогам ст. ст. 22, 55 Конституції України. Отже, наведене доводить, що такий «змістовний формат» обґрунтування цього конституційного клопотання виявився надто «слабким» і загалом був недостатнім для відкриття провадження у цій справі.

Є правила оформлення конституційних клопотань як за формою, так і за змістом. І їх потрібно дотримуватися. З огляду на це, орган конституційної юрисдикції мав усі юридичні підстави відмовити клопотантам у відкритті провадження у цій справі на підставі п. 3 ст. 62 Закону України «Про Конституційний Суд України» від 13 липня 2017 року: «Невідповідність конституційного подання чи конституційного звернення вимогам, передбаченим цим Законом» (*Це статті 62, 77 та інші Закону України «Про Конституційний Суд України» від 13 липня 2017 року*).

Проте так не сталося. Вочевидь, на це були певні причини.

Іноді орган конституційної юрисдикції відкриває конституційне провадження у справі, беручи до уваги, передусім, суспільний резонанс справи, її значущість для суспільства, замовчуючи при цьому імперативні вимоги профільного законодавства щодо умов прийнятності клопотання [16].

До прикладу, у справі № 1-23/2011 органом конституційної юрисдикції було прийнято рішення (16 червня 2011 року № 6-рп/2011), хоча клопотант взагалі не довів неоднозначність застосування на практиці оскаржуваних ним законодавчих положень[1], що мало б становити базову основу практичної необхідності відкриття конституційного провадження в цій справі і, відповідно, прийняття рішення Конституційним Судом України.

Повертаючись до законодавчого унормування інституту забезпечення адміністративного позову, вкажемо, що в цій справі спостерігається аналогічна ситуація, тому що забезпечення позову є беззаперечно важливою гарантією захисту і відновлення порушених конституційних прав особи. Отже, з огляду на відкриття конституційного провадження і не прийняття органом конституційної юрисдикції рішення в цій справі, незважаючи на пропущення усіх можливих і неможливих процесуальних строків, вважаємо за необхідне проаналізувати законодавчо встановлені заборони щодо адміністративного суду постановляти ухвалу (*за клопотанням сторони або з ініціативи суду*) про забезпечення позову шляхом зупинення рішень, встановлення заборони або обов'язку вчиняти певні дії, звернені до суб'єкта владних повноважень.

По-перше, щодо з'ясування конституційності п. 4 ч. 3 ст. 151 КАС України. Національний банк України є конституційним органом, правовий статус і повноваження якого визначені Конституцією України (ст. ст. 99, 100). Так, згідно з положеннями ч. 2 ст. 99 Конституції України основною функцією Національного банку України як центрального банку держави є забезпечення стабільності грошової одиниці України. Крім того, Рада Національного банку України відповідно до ч. 1 ст. 100 Конституції України уповноважена і зобов'язана розробляти основні засади грошово-кредитної політики держави та здійснювати контроль за її проведенням. Жоден інший конституційний орган державної влади не наділений такими повноваженнями.

[1] Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про увічнення Перемоги у Великій Вітчизняній війні 1941–1945 років» щодо порядку офіційного використання копій Прапора Перемоги від 21 квітня 2011 року, № 3298-VI набрав чинності 24 травня 2011 року, а конституційне клопотання до Конституційного Суду України надійшло вже 25 травня цього ж року, тому на той час не було ще жодної практики різного застосування його положень.

На виняткову значущість функціональної діяльності Національного банку України вказує й те, що цей Банк монопольно здійснює емісію національної валюти України та організує готівковий грошовий обіг, представляє інтереси України в центральних банках інших держав, міжнародних банках та інших кредитних установах, де співробітництво здійснюється на рівні центральних банків, забезпечує накопичення та зберігання золотовалютних резервів та здійснення операцій із ними та банківськими металами (ст. 7 Закону України «Про Національний банк України» від 20 травня 1999 року № 679-XIV) тощо.

Отже, державно-владні повноваження Національного банку України дійсно мають свою специфіку і державно-суспільну значущість, проте його дії мають узгоджуватися з конституційними вимогами верховенства права і законності, а зміст і спрямованість їхньої діяльності мають визначати права і свободи людини. Водночас унормування заборони адміністративним судам здійснювати судовий контроль через застосування позову шляхом зупинення рішення чи акта Національного банку України, а також встановлення для Національного банку України, його посадових та службових осіб заборони або обов'язку вчиняти певні дії, обов'язку утримуватися від вчинення певних дій є не відповідає принципам демократичної, правової держави, оскільки таке законодавче унормування істотно розширює зміст конституційних норм, що в цій справі призводить до звуження права людини всупереч конституційно визначеним засадам судочинства, верховенства права, визнання людини найвищою соціальною цінністю, конституційно визначеному праву кожного на судовий захист його прав, визначений і гарантований ст. 55 Основного Закону України.

Тому неможливість застосування судом заходів забезпечення позову за таких обставин є обмеженням конституційного права громадян на судовий захист. Отже, п. 4 ч. 3 ст. 151 КАС України є неконституційним, приписи якого суперечать вимогам ст. ст. 3, 22 і 55 Конституції України.

Зважаючи на те, що аналогічні положення, предметом правового регулювання яких є заборона забезпечення позову шляхом зупинення рішень Національного банку України, актів Національного банку України, а також встановлення для Національного банку України заборони або обов'язку вчиняти певні дії, містяться і в інших законодавчих актах України, а саме: ЦПК України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV (ч. 7 ст. 150);

ГПК України від 6 листопада 1991 р. № 1798-XII (ч. 6 ст. 137); Закон України «Про Національний банк України» від 20 травня 1999 р. № 679-XIV *(2 речення 2 абзацу статті 74),* доходимо аналогічного висновку, що перелічені вище статті цих законодавчих актів також є неконституційними, приписи яких не узгоджуються з вимогами ст. ст. 3, 22 і 55 Конституції України.

Що стосується питання конституційності законодавчих положень, предметом правового регулювання яких є питання зупинення рішень Фонду гарантування вкладів фізичних осіб щодо призначення уповноваженої особи Фонду гарантування вкладів фізичних осіб та щодо здійснення тимчасової адміністрації або ліквідації банку, встановлення заборони або обов'язку вчиняти певні дії уповноваженій особі Фонду гарантування вкладів фізичних осіб або Фонду гарантування вкладів фізичних осіб при здійсненні тимчасової адміністрації або ліквідації банку (*п. 2 ч. 3 ст. 151 КАС України*), то зазначимо наведене нижче.

Конституція України не визначає правовий статус Фонду гарантування вкладів фізичних осіб. Його статус унормував Закон України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» від 23 лютого 2012 року № 4452-VI (далі – Закон № 4452-VI), відповідно до якого: Фонд гарантування вкладів фізичних осіб є юридичною особою публічного права, що виконує спеціальні функції у сфері гарантування вкладів фізичних осіб та виведення у законодавчо встановлених випадках неплатоспроможних банків з ринку і ліквідації банків, яка у своїй діяльності керується Конституцією і законами України (*ч. ч. 1, 5 ст. 3 Закону № 4452-VI*). Фонд гарантування вкладів фізичних осіб підзвітний Верховній Раді України, Кабінету Міністрів України та Національному банку України, що означає делегування та відкликання урядом України, Національним банком України, Верховною Радою України своїх представників в адміністративну раду Фонду, подання до цих трьох органів щорічного річного звіту разом з аудиторським висновком.

Водночас Фонд гарантування вкладів фізичних осіб уповноважений застосовувати до банків та їх керівників відповідні фінансові санкції і накладати адміністративні штрафи (ст. ст. 166^{-7}, 166^{-19}, 234^{-4} Кодексу України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 року № 8073-X) тощо. Отже, повноваження Фонду мають виключну специфіку.

На виконання своїх функцій Фонд гарантування вкладів фізичних осіб із метою здійснення нормативного регулювання системи гарантування вкладів фізичних осіб та виведення неплатоспроможних банків із ринку уповноважений приймати нормативно-правові акти у формі інструкцій, положень, правил, які є обов'язковими до виконання банками, юридичними та фізичними особами (ст. 6 Закону № 4452-VI).

Водночас названий Закон містить імперативну вимогу: «Органи державної влади та Національний банк України не мають права втручатися в діяльність Фонду щодо реалізації законодавчо закріплених за ним функцій і повноважень» (*ч. 7 ст. 3*). Отже, жоден орган держави не може підмінити функціональну діяльність Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, натомість його правовий статус викликає низку запитань.

Дійсно, правовий статус самого Фонду гарантування вкладів фізичних осіб фактично є невизначеним. Так, Фонд гарантування вкладів фізичних осіб Законом України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» від 23 лютого 2012 року по суті наділений виключними повноваженнями щодо регулювання банківської діяльності в Україні, тобто повноваженнями та функціями органу державної влади. Проте за своїм правовим статусом згаданий Фонд є лише юридичною особою і фактично не є органом державної влади.

Конституційний Суд України у Рішенні від 13 червня 2019 року № 5-р/2019 дійшов висновку: «Правовий статус новоутвореного органу державної влади має відповідати його функціональному призначенню, меті та завданням діяльності» (*абзац 6 підпункту 3.2. пункту 3 мотивувальної частини*). Отже, вбачається висновок про непропорційність, неузгодженість, невідповідність між надважливими і державно значимими повноваженнями і тим, якому суб'єкту публічно-правових відносин вони належать.

«Виведення» означеної юридичної особи (Фонду) з-під дієвого контролю адміністративного суду в аспекті можливості застосування ним інституту забезпечення позову не можна достатньою мірою компенсувати підзвітністю Фонду парламенту України, уряду України чи Національному банку України. У державі відсутній юридичний механізм звернення особи до цих органів за захистом своїх конституційних прав, необхідність забезпечення яких виникла у зв'язку з актами, діями чи бездіяльністю означеного Фонду. Крім того, законодавець також

заборонив можливість застосування інституту забезпечення адміністративного позову і щодо актів, дій чи бездіяльності і цих трьох органів публічної влади.

З огляду на наведене, а також вимоги Конституції України (ст. ст. 3, 22, 55, 64 та інші), є достатні підстави вказати на неконституційність законодавчих норм у частині неможливості застосування забезпечення позову шляхом зупинення рішень Фонду гарантування вкладів фізичних осіб щодо призначення уповноваженої особи Фонду гарантування вкладів фізичних осіб та щодо здійснення тимчасової адміністрації або ліквідації банку, встановлення заборони або обов'язку вчиняти певні дії уповноваженій особі Фонду гарантування вкладів фізичних осіб або Фонду гарантування вкладів фізичних осіб у процесі здійснення тимчасової адміністрації або ліквідації банку адміністративними судами, завданням якого є справедливе, неупереджене та своєчасне вирішення судом спорів у сфері публічно-правових відносин із метою ефективного захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб від порушень із боку суб'єктів владних повноважень.

Що стосується питання конституційності законодавчих положень, предметом правового регулювання яких є питання зупинення рішення Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, щодо встановлення державних регульованих цін (тарифів) на ринку електричної енергії та природного газу, затвердження методик (порядків) їх встановлення (формування, розрахунку) (*п. 6 ч. 3 ст. 151 КАС України*), вкажемо наступне.

Конституція України не визначає правовий статус і повноваження Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг.

Конституційний Суд України у Рішенні від 13 червня 2019 року № 5-р/2019 (*справа про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг*) дійшов висновку, що Основний Закон України «допускає утворення органу державної влади, який здійснюватиме державне регулювання, моніторинг та контроль за діяльністю суб'єктів господарювання у сферах енергетики та комунальних послуг, як центрального органу виконавчої влади. Відповідно до Конституції України такий орган може бути утворений Кабінетом Міністрів України (*пункт 9^{-1} статті 116*)

із законодавчим визначенням Верховною Радою України його організації і діяльності (*пункт 12 частини 1 статті 92*)» (*абзац 11 підпункту 3.4. пункту 3 мотивувальної частини*).

Нині її правовий статус визначив Закон України «Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг» від 22 вересня 2016 року № 1540-VIII (*далі – Закон № 1540-VIII*). Відповідно до Закону № 1540-VIII, названа Національна комісія є постійно діючим центральним органом виконавчої влади зі спеціальним статусом, який утворюється Кабінетом Міністрів України. Особливість спеціального статусу цієї Комісії як центрального колегіального постійно діючого органу виконавчої влади визначена низкою важливих складників, якими є: особливий порядок організації та діяльності Комісії, особливий порядок призначення її членів та припинення ними повноважень, спеціальні процесуальні засади її діяльності та законодавчі гарантії незалежності в прийнятті нею рішень у межах законодавчо визначених повноважень, встановленні умов оплати праці членів та працівників Комісії, що загалом зумовлено тими важливими завданнями і повноваженнями, які визначені для такого державного органу (ч. 1 ст. 1 Закону №1540-VIII).

Крім того, під час виконання своїх функцій та повноважень Комісія діє самостійно в законодавчо визначених межах, а письмові чи усні вказівки, розпорядження, доручення органу державної влади, іншого державного органу, органу місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб, суб'єктів господарювання, політичних партій, громадських об'єднань, професійних спілок чи їх органів, а також інших осіб, які обмежують повноваження членів Регулятора та посадових осіб Регулятора, є нічим іншим як **незаконним впливом.** Самостійність і незалежність функціональної діяльності Комісії унормована законодавчими положеннями, що забороняють погодження рішень Комісії будь-якими іншими органами державної влади, крім законодавчо передбачених випадків (ст. 5 Закону № 1540-VIII).

Проте забезпечення адміністративного позову – це не погодження рішень чи дій Комісії, а судовий контроль, який поширюється на будь-який юридичний спір (*ч. 3 ст. 124 Конституції України*), зокрема й той, стороною в якому є Комісія. Конституція України не містить винятків із правила щодо «недоторканності» актів цієї Комісії чи її дій (бездіяльності).

Про що це свідчить? По-перше, це означає протиправність виведення Комісії з-під повноцінного судового контролю, який би мав здійснюватися шляхом повного застосування судами правил та «інструментів» адміністративного судочинства, одним з яких є забезпечення адміністративного позову. По-друге, парламент шляхом законодавчого урегулювання на власний розсуд цілеспрямовано розширив зміст конституційних норм, чим порушив низку конституційних принципів (*ст. ст. 3, 8, 22, 55, 64 Конституції України*). По-третє, застосування заходу забезпечення позову потребує врахування інтересів не лише держави, а й окремих осіб та суспільства. Крім того, це свідчить, що держава побоюється адміністративної юстиції, тому намагається так чи інакше обмежити сферу поширення її юрисдикційного впливу. Отже, таке законодавче регулювання є невиправданим і незаконним, що вказує на неконституційність положень п. п. 6, 7 ч. 3 ст. 151 КАС України.

Що стосується питання конституційності законодавчих положень, предметом правового регулювання яких є положення п. 7 ч. 3 ст. 151 КАС України в аспекті недопущення забезпечення позову шляхом встановлення заборони Кабінету Міністрів України призначати на посаду члена (членів) Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, зупинення рішення Конкурсної комісії з добору кандидатів на посади членів Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, то зазначимо наведене нижче.

Конституція України встановила структуровану, різнорівневу ієрархічну систему органів державної влади, які наділені відповідною компетенцією, мають свій предмет відання та владні повноваження (*підпункт 3.2. пункту 3 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 13 червня 2019 року № 5-р/2019*). Одним із таких конституційних органів в ієрархічній системі органів державної влади є Кабінет Міністрів України, повноваження якого визначено Конституцією і законами України. Конституція України визначила, що уряд України в межах своєї компетенції видає **постанови** і **розпорядження**, які є обов'язковими до виконання (*ч. 1 ст. 117*). Отже, видання Кабінетом Міністрів України постанов і розпоряджень є невід'ємним складовим елементом його правового статусу і конституційним обов'язком.

Конституція України визначила порядок і вичерпні підстави зупинення дії правових актів Кабінету Міністрів України, а саме: «Президент України зупиняє дію актів Кабінету Міністрів України з мотивів невідповідності Конституції України з одночасним зверненням до Конституційного Суду України щодо їх конституційності» (*п. 15 ч. 1 ст. 106*).

Закон України «Про Кабінет Міністрів України» від 27 лютого 2014 року № 794-VII лише системно-логічно розкрив наведені вище положення Конституції України такими приписами: «Зупинення дії акта Кабінету Міністрів України Президентом України на підставі пункту 15 частини першої статті 106 Конституції України має наслідком зупинення вчинення будь-якими органами, особами дій, спрямованих на виконання зупиненого акта Кабінету Міністрів України, здійснення повноважень, визначених цим актом.

Дія такого акта не може бути повторно зупинена Президентом України на підставі пункту 15 частини першої статті 106 Конституції України, крім випадків, якщо: 1) акт Кабінету Міністрів України, визнаний Конституційним Судом України таким, що відповідає Конституції України, внаслідок внесення змін до Конституції України стає неконституційним; 2) до відповідного акта Кабінету Міністрів України, щодо якого Конституційним Судом України було винесено ухвалу про відмову у відкритті конституційного провадження у справі або прийнято рішення про визнання його таким, що відповідає Конституції України, внесені зміни, що суперечать Конституції України. Акт Кабінету Міністрів України може бути оскаржений до суду в порядку та у випадках, установлених законом» (*ч. ч. 6, 7, 8 ст.і 49*). Отже, Закон України «Про Кабінет Міністрів України» від 27 лютого 2014 року лише конкретизував положення п. 15 ч. 1 ст. 106 Конституції України в частині правової регламентації зупинення дії правових актів Кабінету Міністрів України. Інших підстав зупинення правових актів Кабінету Міністрів України, ніж ті, що визначені п. 15 ч. 1 ст. 106 Конституції України, Основний Закон України не визначив.

Отже, наведене вище, спростовує неконституційність положень п. 7 ч. 3 ст. 151 КАС України в аспекті недопущення забезпечення позову шляхом встановлення заборони Кабінету Міністрів України призначати на посаду члена (членів) Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг відповідно до Закону № 1540-VIII.

В аспекті висвітлення питання зупинення рішення Конкурсної комісії з добору кандидатів на посади членів Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, то вкажемо, що законодавець не мав жодних конституційних підстав чи інших об'єктивних причин забороняти судам застосовувати цей вид забезпечення позову.

Конкурсна комісія має колегіальний порядок її утворення з представників двох гілок влади – законодавчої і виконавчої, тому неналежна судова підконтрольність цієї Комісії адміністративним судам суперечить ідеї стримувань і противаг, конституційному принципу розподілу влади на три гілки, невід'ємним елементом якої є судова влада. Конкурсна комісія не є конституційним органом, а порядок її утворення і діяльності такими, що не підпадають під дію конституційних норм (*ч. 2 ст. 19, ст. 92*).

Необґрунтоване звуження підстав забезпечення позову містить загрозу системним зловживанням службовим становищем членами цієї Комісії, що може стати перешкодою для формування якісного персонального складу того державного органу, створення якого покладено на неї державою. Отже, таке законодавче унормування є невиправданим, а п. 7 ч. 3 ст. 151 КАС України є неконституційним, приписи якого не узгоджуються з вимогами ст. ст. 6, 22 і 55 Конституції України.

Висновки

Термін **«***забезпечення адміністративного позову***»** доцільно розуміти як законодавчо визначений процесуальний механізм, що полягає у вжитті судом, у провадженні якого перебуває адміністративна справа, до її вирішення визначених законом заходів щодо створення можливості реального виконання в майбутньому рішення суду в разі його прийняття на користь позивача.

Дієвість інституту забезпечення адміністративного позову випливає з його функціонального призначення: його застосування судами додає практичної значимості судовим рішенням, позаяк не перетворює їх на папірець, який нічого не вартий через неможливість відновлення порушеного права позивача.

В Україні 16 років поспіль повноваження адміністративних судів в аспекті застосування ними такого важливого процесуально визначеного інституту, як забезпечення позову поступально зменшуються, що водночас означає пропорційне звуження процесуальних прав і можливостей позивача.

Початково єдиним суб'єктом владних повноважень, дію рішень якого заборонялося зупиняти, забороняти йому як суб'єкту владних управлінських повноважень учиняти певні дії, був Національний банк України, проте нині є понад десять «недоторканних» суб'єктів влади, що не сприяє утвердженню України як соціальної, демократичної і правової держави.

Нині законодавче унормування процесуальних заборон в Україні щодо забезпечення позову призводить до невиправданого розширення змісту норм Конституції України всупереч конституційно визначеним засадам судочинства, верховенства права, конституційному праву на судовий захист.

Є об'єктивні підстави стверджувати, що проаналізовані вище окремі положення ч. 3 ст. 151 КАС України (до прикладу, п. п. 2–6, частково п. 7) є неконституційними, позаяк їхні приписи не узгоджуються з вимогами ст. ст. 6, 22 і 55 Конституції України.

Законодавче обмеження інституту забезпечення адміністративного позову нівелює ефективність захисту судом прав, свобод та інтересів осіб.

Список використаних джерел:

1. Словник української мови : [в 11 т.] / Редкол.: І.К. Білодід (голова) [та ін.]. Київ : Наук. думка, 1975. 832 с.

2. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виборів Президента України : Закон України від 21 серпня 2009 р., № 1616-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2009. № 50. Ст. 754.

3. Рішення Конституційного Суду України від 19 жовтня 2009 року № 26-рп/2009. *Офіційний вісник України.* 2009. № 82. С. 56, ст. 2793, код акта 48240/2009.

4. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо недопущення зловживань правом на оскарження : Закон України від 13 травня 2010 р. № 2181-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № 26. Ст. 272.

5. Рішення Конституційного Суду України від 16 червня 2011 року № 5-рп/2011. *Офіційний вісник України***.** 2011. № 50. С. 9, ст. 1990, код акта 57351/2011.

6. Рішення Конституційного Суду України від 16 червня 2011 року № 5-рп/2011. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-11#Text.

7. Рішення Конституційного Суду України від 19 жовтня 2009 року, № 26-рп/2009. *Офіційний вісник України***.** 2009. № 82. С. 56, ст. 2793, код акта 48240/2009.

8. Окрема думка судді Конституційного Суду України Д.Д. Лилака у Рішенні Конституційного Суду України від 16 червня 2011 р., № 5-рп/2011. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-11#Text.

9. Повітряний кодекс України від 19 травня 2011 р., № 3393-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 48-49. Ст. 536.

10. Про систему гарантування вкладів фізичних осіб : Закон України від 23 лютого 2012 р., № 4452-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 50. Ст. 564.

11. Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення : Закон України від 14 жовтня 2014 року. № 1702-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. №№ 35-37. Ст. 446.

12. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розбудови інституційної спроможності Національного банку України : Закон України від 18 червня 2015 р. № 541-VIII. *Відомості Верховної Ради*. 2015. № 32. Ст. 315.

13. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів : Закон України від 3 жовтня 2017 р. 2147-VIII. *Відомості Верховної Ради*. 2017. № 48. Ст. 436.

14. Закони України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення конституційних принципів у сферах енергетики та комунальних послуг» від 19 грудня 2019 року № 394-IX, «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України щодо вдосконалення порядку розгляду судових справ» від 15 січня 2020 року № 460-IX та ін.

15. Конституційне подання. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/3_62.pdf.

16. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Костенка Юрія Івановича щодо офіційного тлумачення окремих положень Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про увічнення Перемоги у Великій Вітчизняній війні 1941–1945 років» щодо порядку офіційного використання копій Прапора Перемоги» від 16 червня 2011 року, № 6-рп/2011. *Офіційний вісник України*. 2011. № 50. С. 26, ст. 1991, код акта 57352/2011.

DOI https://doi.org/10.36059/978-966-397-237-4-14

Хрідочкін А. В.,
доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри підприємництва, організації виробництва
та теоретичної і прикладної економіки
Українського державного хіміко-технологічного університету,
м. Дніпро

Дудін Т. М.,
кандидат наук із державного управління,
начальник
Південного міжрегіонального управління міністерства юстиції,
м. Одеса

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ЗАСАД ПУБЛІЧНОГО АДМІНІСТРУВАННЯ У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Анотація. *Розкриваються актуальні проблеми реалізації адміністративно-правових засад публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності і пропонуються напрями подальшого вдосконалення його нормативної, інституційної та інфраструктурної баз. Наголошено на необхідності систематизації вітчизняного законодавства про адміністративну відповідальність за правопорушення у сфері інтелектуальної власності. Зроблено акцент на важливості адаптації вітчизняних правових актів у сфері інтелектуальної власності до відповідних актів Європейського Союзу. Аргументовано наявність потреби вдосконалення інституційної бази публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності щодо реалізації концепції створення в Україні єдиного органу інтелектуальної власності. Зазначено актуальність поглиблення співробітництва з міжнародними організаціями у цій сфері, налагодження співробітництва з відповідними державними органами інших країн. Обґрунтовано пріоритетність завдання вдосконалення інфраструктурної бази публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності шляхом активізації діяльності*

з розповсюдження знань у сфері інтелектуальної власності, виховання поваги до інтелектуальної власності. Акцентовано увагу на важливості вдосконалення взаємодії винахідників, науковців та бізнесу.

Вступ

Сфера інтелектуальної власності є визначальним та невичерпним ресурсом соціального, культурного та економічного розвитку України і становить середовище з внутрішньою єдністю, в якому здійснюється сукупність різноманітних видів творчої й інтелектуальної діяльності людини, що охоплюють різні сфери економічного та суспільного життя, внаслідок чого створюються об'єкти інтелектуальної власності, права на які охороняються чинним законодавством і за своєю природою є нематеріальними. Тому розроблення стратегії реалізації адміністративно-правових засад публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності є логічним продовженням процесу вдосконалення сфери інтелектуальної власності в Україні, що зумовлено необхідністю кардинальних змін, спрямованих на використання інтелектуальної власності як стратегічного ресурсу в системі формування національного багатства та підвищення конкурентоспроможності економіки нашої країни, прискорення інноваційного розвитку та інтеграції України до міжнародного економічного простору. Отже, визначаючи власний вектор подальшого економічного розвитку в сучасному геоекономічному просторі у жорстких умовах ринкової економіки, Україна наголосила на інноваційному шляху, який для нашої країни, виходячи з її потенціалу, є не тільки реальним, а й фактично єдиним можливим у сучасних умовах переходу розвинених країн світу від економіки індустріального типу до постіндустріальної економіки. До того ж ми впевнені, що забезпечення конкурентоздатності економіки та досягнення успіху Україною на інноваційному шляху її розвитку вже не є можливим без ґрунтовного осмислення сучасного стану такого впливового чинника економіки, як інтелектуальна власність.

Водночас економіку України вже не можна уявити і без надійної системи правової охорони та захисту інтелектуальної власності, важливим і невід'ємним елементом якої є інститут публічного адміністрування у цій сфері. Стратегія реалізації адміністративно-правових засад публічного адміністрування

у сфері інтелектуальної власності передбачає застосування системного, багатогалузевого і зваженого підходу до питань, пов'язаних зі сферою інтелектуальної власності, який має базуватися на ефективному співробітництві на всіх рівнях державного управління і забезпечити зміцнення інтелектуального потенціалу держави.

Таким чином, є необхідність зосередження уваги на вирішенні таких трьох комплексів базових проблем реалізації адміністративно-правових засад публічного адміністрування у сфері, що досліджується: проблем нормативної бази (яка включає національне законодавство як сукупність правових положень, на підставі яких суб'єкти публічного управління створюють належні умови набуття, реалізації, охорони та захисту прав, що виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної творчої діяльності членів суспільства), проблем інституційної бази (суб'єктів публічного управління, наділених відповідним адміністративно-правовим статусом щодо сфери інтелектуальної власності з метою вирішення ними широкого кола завдань із надання правової охорони, реалізації та захисту прав інтелектуальної власності) та проблем інфраструктурної бази (елементів і відносин, які забезпечують та підтримують на відповідному рівні функціонування сфери інтелектуальної власності, а також користувачів цієї сфери). При цьому дуже важливою є поступова та поетапна реалізація задумів без будь-яких ризиків для стабільного функціонування сфери інтелектуальної власності.

1. Напрями вдосконалення нормативної бази реалізації адміністративно-правових засад публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності в Україні

Сьогодні в Україні є консолідована комплексна нормативна база реалізації адміністративно-правових засад публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності, яка становить ієрархічну систему правових норм. Водночас сучасна реформа сфери інтелектуальної власності, безумовно, тісно пов'язана з підготовкою нової концепції законодавства у цій сфері. І саме на визначення концептуальних засад нового законодавства, а також перспектив його систематизації та вдосконалення і має бути спрямована діяльність науковців та практиків у сфері інтелектуальної власності. Саме такий

підхід і повинен стати основою збалансованої правової політики. Проте розпорошений масив національного законодавства не сприяє його одноманітному і, відповідно, ефективному застосуванню.

Відповідно до ст. 85 Конституції України визначення засад внутрішньої та зовнішньої політики України, затвердження загальнодержавних програм економічного, науково-технічного, соціального, національно-культурного розвитку, охорони довкілля належить до повноважень Верховної Ради України [1]. Реалізація засад державної політики, визначеної законодавчим органом України, передбачає здійснення внутрішньої та зовнішньої політики держави, розроблення і безпосереднє виконання загальнодержавних програм економічного, науково-технічного, соціального, культурного розвитку, охорони довкілля, а також розроблення, затвердження і виконання інших державних цільових програм, забезпечення розвитку і державної підтримки науково-технічного та інноваційного потенціалу держави відповідно до ст. 2 Закону України про Кабінет Міністрів України, що належить до основних завдань Кабінету Міністрів України. Питання реалізації державної політики у сфері інтелектуальної власності та внесення пропозицій щодо її формування є безпосереднім завданням Міністерства економіки України (далі – Мінекономіки України), діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України.

У межах нашого дослідження особливу увагу привертає питання про необхідність удосконалення адміністративно-правових засад реалізації публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності. Його основу в Україні становить чинний Кодекс України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП), оскільки саме він призначений охороняти сферу інтелектуальної власності від протиправних посягань. При цьому ефективність адміністративно-правової політики у сфері інтелектуальної власності має як базуватися на досконалій системі регулювання правовідносин інтелектуальної власності, так і доповнюватися сформованою інфраструктурою національної системи охорони та захисту інтелектуальної власності адміністративно-правовими засобами. Остання, на жаль, має низку недоліків, що не сприяє ефективності публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності.

Звертаючись до досвіду іноземних держав у цій сфері, зазначимо, що у деяких країнах у межах процедур із реалізації адміністративно-правових засад публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності прийняті окремі кодифіковані нормативні акти. Так, у Франції кодифікація у сфері інтелектуальної власності відбулася ще в 1992 р. та завершилася ухваленням Кодексу інтелектуальної власності Франції. У Філіппінах Кодекс інтелектуальної власності був уведений у дію окремим законом (1997 р.) і включає норми стосовно патентів, торговельних марок (знаків для товарів і послуг), об'єктів авторського права та комерційних найменувань. В Італії Кодекс промислової власності стосується лише окремих об'єктів інтелектуальної власності, а авторські та суміжні права в цій країні регулюються окремим законом. А в Португалії сфера інтелектуальної власності регулюється Кодексом про авторське право і суміжні права (1985 р.) і Кодексом промислової власності (2003 р.). Робота щодо створення Кодексу інтелектуальної власності нині проводиться в Естонії, яка з 2012 р. здійснює її за підтримки Європейського Союзу (далі – ЄС) в межах національної програми «Розвиток кращого законодавства». Відомим є і той факт, що в Бельгії було ухвалено Кодекс економічного права (2015 р.), одинадцята книга якого присвячена висвітленню положень, які безпосередньо стосуються сфери інтелектуальної власності.

В Україні ж дискусія стосовно доцільності ухвалення окремого кодифікованого законодавчого акта – Кодексу інтелектуальної власності, а також про включення до нього норм про адміністративну відповідальність за правопорушення у сфері інтелектуальної власності останнім часом отримала новий імпульс. Появу ідеї про необхідність розробки Кодексу інтелектуальної власності її автори пояснюють, як правило, тим, що саме такий нормативний акт дозволить упорядкувати відносини, що реально склалися у суспільстві (часом під впливом певних випадкових та навіть кон'юнктурних факторів) і правильно побудувати їх нові елементи, а також сприятиме вирішенню завдань правового регулювання і полегшенню застосування законодавства про інтелектуальну власність, оскільки внутрішня логіка нового акта дозволить зробити його більш чітким і ясним [2, с. 76]. На нашу думку, щодо цього є великі сумніви. Проблема полягає в тому, що вдосконалення

адміністративного законодавства вимагає дотримання принципу наступності в адміністративному праві – використання попереднього правового досвіду і забезпечення наявності спільних рис у правових нормах, судовій практиці та доктринальних наукових положеннях [3, с. 66]. При цьому визначальну роль щодо забезпечення наступності в адміністративному праві відіграє наступність в адміністративному законодавстві – зв'язок між попередніми та новими законодавчими актами, які встановлюють караність діяння, а також зв'язок, за яким у новому нормативному акті зберігаються всі основні ознаки, що визначають змістовну і формальну характеристику закону про адміністративну відповідальність [4, с. 62]. Адміністративне законодавство спочатку УРСР, а потім і України загалом розвивалося на основі єдиного кодифікованого закону про адміністративну відповідальність, який містив норми, що визначали протиправність і караність конкретного діяння. Крім того, статті Особливої частини КУпАП мають імперативний характер тільки разом зі статтями його Загальної частини. Обидві частини КУпАП при цьому утворюють нерозривну системну нормативну єдність, і застосування жодної адміністративно-правової норми Особливої частини не є можливим без звернення до частини Загальної [5, с. 75]. Наявний нерозривний зв'язок між нормами Загальної і Особливої частин КУпАП полягає в тому, що під час вирішення питань, пов'язаних зі звільненням від адміністративної відповідальності та покарання, застосовуються одночасно норми обох його частин [6, с. 81]. У разі ж можливого розміщення норм про адміністративну відповідальність за правопорушення у сфері інтелектуальної власності в Кодексі інтелектуальної власності, їх застосування без норм Загальної частини КУпАП стане неможливим.

Таким чином, запропоноване окремими дослідниками включення норм про адміністративну відповідальність за правопорушення у сфері інтелектуальної власності до Кодексу інтелектуальної власності, на нашу думку, є недоцільним і неконструктивним. Більш обґрунтованим нам убачається традиційне існування кодифікованого нормативно-правового акта, що містить усі норми про адміністративну відповідальність. Таким чином, розгляд перспектив удосконалення адміністративно-правової охорони інтелектуальної власності в Україні слід, на наше переконання, вести суто в площині

вдосконалення чинного вітчизняного закону про адміністративну відповідальність. Водночас кодифікація правових норм про інтелектуальну власність, що носять регулятивний, а не охоронний характер, на наш погляд, є можливою.

Іншим актуальним питанням удосконалення державної адміністративно-правової політики у сфері інтелектуальної власності вважаємо об'єднання та систематизацію відповідних статей у чинному КУпАП. На численні порушення вимог системності у чинному адміністративному законодавстві України та наявності в ньому системних суперечностей фахівцями наголошувалося вже неодноразово [7; 8; 9]. В ідеалі законодавство про адміністративну відповідальність повинно бути логічно завершеною, послідовною, внутрішньо єдиною і цільною системою норм та інститутів, що побудовані функціонують на єдиних принципах та спільних засадах, але в реальності вітчизняному законодавству до цього ідеалу ще дуже далеко. Яскравим прикладом дефектів системності та системного підходу законодавця (як на етапі розробки і ухвалення КУпАП (у 1984 р.), так і під час подальших внесень до нього змін та доповнень) є законодавство про відповідальність за правопорушення у сфері інтелектуальної власності. Як нами вже зазначалося, норми про відповідальність за адміністративні правопорушення у сфері інтелектуальної власності перебувають у трьох різних главах КУпАП (главі 6 «Адміністративні правопорушення, що посягають на власність» (ст. 51-2 «Порушення прав на об'єкт права інтелектуальної власності»), главі 9 «Адміністративні правопорушення у сільському господарстві. Порушення ветеринарно-санітарних правил» (ст. 107-1 («Порушення законодавства про племінну справу у тваринництві») та главі 12 «Адміністративні правопорушення в галузі торгівлі, громадського харчування, сфері послуг, у галузі фінансів і підприємницької діяльності» (ст. ст. 156-3 («Порушення встановлених законодавством вимог щодо заборони реклами та спонсорства тютюнових виробів») (у частині, яка стосується об'єктів інтелектуальної власності), 164-3 («Недобросовісна конкуренція»), 164-6 («Демонстрування і розповсюдження фільмів без державного посвідчення на право розповсюдження і демонстрування фільмів»), 164-7 («Порушення умов розповсюдження і демонстрування фільмів, передбачених державним посвідченням на право

розповсюдження і демонстрування фільмів»), 164-8 («Недотримання квоти демонстрування національних фільмів під час використання національного екранного часу»), 164-9 («Незаконне розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних») та 164-13 («Порушення законодавства, що регулює виробництво, експорт, імпорт дисків для лазерних систем зчитування, експорт, імпорт обладнання чи сировини для їх виробництва»)) [10].

І тут одразу ж постає питання: чи доцільне розміщення складів адміністративних правопорушень, які мають спільний об'єкт посягання – суспільні відносини у сфері інтелектуальної власності – в різних главах КУпАП? Адже законодавець здійснив виокремлення глав в Особливій частині КУпАП на підставі родових об'єктів протиправного посягання, розмістивши адміністративно-правові норми у різних главах на підставі критерію однорідності (однотипності, схожості) тих суспільних відносин, яким адміністративним правопорушенням завдається шкода. Не дивлячись на те, що однорідність правовідносин у сфері інтелектуальної власності нами вже була доведена раніше, додамо, що всі об'єкти інтелектуальної власності, незважаючи на певні відмінності між ними, об'єднує низка спільних ознак. По-перше, правове регулювання процесу створення і використання об'єктів інтелектуальної власності здійснюється на підставі єдиного нормативного акта – книги четвертої Цивільного Кодексу (далі – ЦК) України. По-друге, у главі 35 книги четвертої цього Кодексу встановлені спільні для всіх об'єктів інтелектуальної власності принципи і правила їх створення та використання. По-третє, цей нормативно-правовий акт установлює на об'єкти інтелектуальної власності набір майнових та особистих (немайнових) прав, які багато у чому схожі. По-четверте, майнові права можна передавати третім особам на підставі схожих за назвою і змістом договорів (ліцензійного договору, договору комерційної концесії тощо). На нашу думку, виходячи із системного підходу до законодавства про адміністративну відповідальність, було б правильним ті статті, які передбачають адміністративну відповідальність за правопорушення у сфері інтелектуальної власності, розмістити в одній структурній одиниці – окремій главі КУпАП.

Аналіз структури елементів КУпАП дозволяє дійти висновку про те, що законодавець розглядає як родовий об'єкт правопорушень у сфері інтелектуальної власності відносини власності

(глава 6), відносини у сільському господарстві (глава 9) та відносини в галузі торгівлі, громадського харчування, сфері послуг, у галузі фінансів і підприємницької діяльності (глава 12). Проте жодна з вищезазначених глав Особливої частини КУпАП не здатна повністю об'єднати всі об'єкти адміністративних правопорушень у сфері інтелектуальної власності. При цьому, не дивлячись на власну подвійну природу, інтелектуальна власність становить єдиний об'єкт. Її складовим елементам у вигляді результатів інтелектуальної творчої діяльності притаманні характерні лише для інтелектуальної власності особливості.

Таким чином, на наше переконання, система і структура Особливої частини чинного КУпАП не дозволяють об'єднати склади адміністративних правопорушень у сфері інтелектуальної власності в одній із уже дійсних глав КУпАП без порушення принципу системності розміщення адміністративно-правових норм. Але вважаємо, що об'єднання адміністративних правопорушень у сфері інтелектуальної власності в одній главі сприятиме підвищенню ефективності запобігання таким правопорушенням. З огляду на це, ми не можемо погодитись із висловленою у літературі тезою, що пропозиція стосовно об'єднання статей про адміністративну відповідальність за правопорушення у сфері інтелектуальної власності не пов'язана з вирішенням головного завдання, яке постає під час будь-якого удосконалення законодавства про адміністративну відповідальність, яким є підвищення ефективності його застосування [11, с. 113], а виокремлення адміністративних правопорушень «не вирішить головних функціональних завдань» [12, с. 154].

Що ж до місця цієї глави у структурі Особливої частини КУпАП, то вважаємо, що її слід розмістити за главою 6 («Адміністративні правопорушення, що посягають на власність»). Це пов'язано з подвійною природою результатів інтелектуальної творчої діяльності, а також із послідовністю розміщення інституту інтелектуальної власності у ЦК України, яка виявляється в тому, що наступною за книгою третьою «Право власності та інші речові права» є книга четверта «Право інтелектуальної власності». Виходячи із вищезазначеного, на нашу думку, оптимальним способом закріпленням норм, що встановлюють адміністративну відповідальність за правопорушення у сфері інтелектуальної власності, буде такий: доповнення Особливої частини КУпАП Главою 6-1 («Адміністративні правопорушення у сфері

інтелектуальної власності»), який міститиме такі склади адміністративних правопорушень:

Стаття 51-4. Порушення авторського права і суміжних прав.

Стаття 51-5. Порушення права інтелектуальної власності на наукове відкриття.

Стаття 51-6. Порушення права інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок, компонування інтегральних мікросхем, раціоналізаторську пропозицію.

Стаття 51-7. Порушення права інтелектуальної власності на сорт рослин і породу тварин.

Стаття 51-8. Порушення права інтелектуальної власності на комерційну таємницю.

Стаття 51-9. Порушення права інтелектуальної власності на комерційне найменування, торговельну марку і географічне зазначення походження товару.

Виробленню ж диспозицій та санкцій указаних статей мають бути присвячені окремі наукові дослідження.

Принципового значення для вдосконалення вітчизняної нормативної бази реалізації адміністративно-правових засад публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності набуває, на наш погляд, поглиблення міжнародного співробітництва України з провідними закордонними відомствами з питань інтелектуальної власності інших країн, гармонійне інтегрування України до міжнародного та європейського інтелектуального простору шляхом адаптації вітчизняних нормативних правових актів з актами, насамперед ЄС. Для його розширення вимагається поглиблення міжнародного та регіонального співробітництва, а також двостороннього співробітництва із Всесвітньою організацією інтелектуальної власності (далі – ВОІВ) і закріплення співробітництва з установами ЄС у сфері інтелектуальної власності. Крім того, є нагальна потреба у поглибленні співпраці з національними патентними відомствами, міжнародними організаціями, задіяними у сфері інтелектуальної власності, та інтернаціоналізація захисту об'єктів інтелектуальної власності, об'єднання зусиль із метою боротьби з виявами контрафакції та піратства на місцевому, регіональному і міжнародному рівнях. Вагоме значення має забезпечення виконання функцій Міжнародного пошукового органу/Органу міжнародної попередньої експертизи (далі – МПО/ОМПЕ) Мінекономіки України та приєднання нашої країни до окремих міжнародних договорів, адміністративні функції яких виконує ВОІВ.

Таким чином, до основних заходів удосконалення нормативної бази реалізації адміністративно-правових засад публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності слід віднести побудову стратегії довгострокового розвитку сфери інтелектуальної власності в Україні та усунення колізій між понятійним апаратом та змістом норм адміністративно-правого законодавства та іншими галузями права (цивільним, господарським та адміністративним) у питаннях правової охорони інтелектуальної власності.

2. Напрями вдосконалення інституційної бази реалізації адміністративно-правових засад публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності в Україні

Наступним напрямом подальшої реалізації адміністративно-правових засад публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності, на наше переконання, є вдосконалення його інституційної бази. Сьогодні вона включає державні органи, установи та структури, що наділені прямими і непрямими функціями та відповідальністю у сфері інтелектуальної власності, та судові органи [13, с. 215]. При цьому постійні реформування системи суб'єктів публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності, що відбувалися за останнє десятиріччя, стали одним із найбільш негативних факторів, який не тільки не сприяв, а й значно гальмував процес розвитку сфери інтелектуальної власності в нашій країні та ускладнював її охорону.

В Україні традиційно існувала трирівнева інституційна база реалізації адміністративно-правових засад публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності (міністерство – центральний орган виконавчої влади відповідної галузевої компетенції – підпорядковані йому державні структури). Ефективне функціонування такої інституційної бази на практиці виявилося ускладненим. Не є випадковим те, що центральний державний орган, що мав реалізовувати державну політику у сфері інтелектуальної власності – Державна служба інтелектуальної власності (далі – ДСІВ) України – неодноразово змінював свою відомчу належність і, як наслідок, власну структуру. Це негативно впливало на діяльність як цього суб'єкта публічного адміністрування, так і підпорядкованих йому державних підприємств.

Із метою створення сучасної системи публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності Україною обрано шлях побудови дворівневої системи, що вже довела свою ефективність у багатьох країнах світу. Вона передбачає реалізацію концепції відповідного єдиного державного органу публічного адміністрування галузевої компетенції. Але становлення цієї системи в Україні розпочалося з ліквідації у 2017 р. ДСІВ України та підпорядкованих їй структур і передання їх повноважень Українського інституту інтелектуальної власності як одній із підпорядкованих ДСІВ України структур. При цьому саме Український інститут інтелектуальної власності повинен стати новим органом виконання функцій МПО/ОМПЕ. І рішення про виконання цих повноважень може бути прийнято виключно в межах переговорного процесу з Міжнародним бюро ВОІВ, адже воно засноване на міжнародній угоді, укладенню якої передували роки активних переговорів. Крім того, чимало функцій, визначених концепцією для нового органу, є абсолютно новими для українського законодавства та, відповідно, не містять під собою жодного нормативного підґрунтя.

Зрозуміло, що ліквідація ДСІВ не тільки не завершила процес становлення дворівневої інституційної бази публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності, а й поставила низку запитань, без вирішення яких створення сучасної системи публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності є неможливим. Отже, обсяг повноважень цього державного підприємства обмежений питаннями набуття права інтелектуальної власності та його реєстрацією, і за межами його компетенції залишається досить велике коло питань, що не дозволяє визнати його єдиним органом інтелектуальної власності. Однак сфера інтелектуальної власності є одним із ключових елементів забезпечення економічного розвитку держави [14]. При цьому її ефективність значно залежить від активної міжнародної співпраці та стабільності підходів національного патентного відомства щодо основних питань охорони і захисту інтелектуальної власності. Запропонована ж концепція, на жаль, передбачає класичну для України реформу – ліквідувати чинний державний орган та створити на його місці новий. Як засвідчує практика, подібні реформи затягуються в часі, а очікувані від них позитивні результати або не досягаються взагалі, або досягаються лише частково. Проблема ускладнюється тим, що у випадку зі сферою

інтелектуальної власності подібні експерименти дуже небезпечні та несуть ризик настання негативних наслідків для економіки, зокрема зниження інвестиційної привабливості країни.

До того ж концепція, що реалізується в Україні, не дозволяє однозначно визначити адміністративно-правовий статус та остаточний перелік повноважень нового єдиного планованого органу [15, с. 38], тоді як ця проблема є першочерговою. Мову треба вести про створення органу, наділеного принципово іншим адміністративно-правовим статусом, який дозволив би йому стати загальнонаціональним органом. Він повинен мати статус юридичної особи публічного права та утворюватися центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері інтелектуальної власності і наділеним правом здійснювати владні повноваження з реалізації державної політики у сфері інтелектуальної власності. Він повинен також містити відокремлене майно, яке б стало об'єктом права державної власності, і закріплюватися за ним на праві господарського відання. Джерелами формування цього майна має стати державне майно (передане йому центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері інтелектуальної власності), майно, придбане в інших суб'єктів господарювання, організацій та громадян у встановленому законодавством порядку, та інші джерела, не заборонені законодавством. Новий єдиний орган інтелектуальної власності має бути економічно самостійною організацією, мати самостійний баланс, поточний та інші рахунки в національній та іноземних валютах у державних банках, а також рахунки в цінних паперах у депозитарних установах – державних банках [16, с. 73–74]. Він має вести бухгалтерський облік і складати фінансові звіти в порядку, передбаченому законом, подавати податкові та статистичні звіти та нести відповідальність за їх достовірність.

Відповідний адміністративно-правовий статус єдиного органу інтелектуальної власності важливо підтвердити наявністю в нього завдань, функцій і повноважень. Так, як єдиний орган інтелектуальної власності новий суб'єкт публічного адміністрування у цій сфері покликаний здійснювати міжнародне співробітництво у сфері інтелектуальної власності і представництво інтересів України в цій сфері в міжнародних організаціях, а також функції МПО/ОМПЕ відповідно до угод із ВОІВ. Завданням цього органу повинні стати підготовка

представників у справах інтелектуальної власності (патентних повірених), підвищення їх кваліфікації та заходи з підвищення кваліфікації інших фахівців у сфері інтелектуальної власності, а також працівників судових і правоохоронних органів. На нього покладається завдання визначення вимог для набуття статусу представника у справах інтелектуальної власності (патентного повіреного), визначення та затвердження порядку складання кваліфікаційних іспитів патентних повірених та перелік питань для проведення кваліфікаційних іспитів (атестація), визначення розміру збору за атестацію, схвалення тексту присяги, видача або анулювання свідоцтва про право на здійснення діяльності представників у справах інтелектуальної власності (патентних повірених), видача його дублікату. Саме як єдиний орган інтелектуальної власності цей суб'єкт публічного адміністрування повинен брати участь у реалізації державної політики в цій сфері та підготовці інформаційних, освітніх та навчальних матеріалів, проводить просвітницькі заходи для підвищення обізнаності та поваги до інтелектуальної власності, розвитку культури суспільства у цій сфері, у створенні центрів винахідництва спільно з центральним органом виконавчої влади, що забезпечує розробку та реалізацію державної політики у сфері освіти та науки, в організації та проведенні конкурсів винаходів, зокрема дітей, студентів і молоді, та в підготовці фахівців із питань інтелектуальної власності [17, с. 12]. Його завданнями повинно стати проведення науково-технічної експертизи заявок на об'єкти інтелектуальної власності, правової експертизи документів стосовно внесення до державних реєстрів відомостей про об'єкти інтелектуальної власності, що охороняються на території України, досліджень, пов'язаних з охороною інших об'єктів інтелектуальної власності та інших результатів інтелектуальної творчої діяльності (доменних імен, генетичних ресурсів, традиційних знань, фольклору тощо), а також атестації представників у справах інтелектуальної власності (патентних повірених). Серед завдань єдиного органу інтелектуальної власності вагоме місце має посісти надання методологічної, методичної та інформаційної допомоги центральним органам виконавчої влади, правоохоронним органам із питань охорони і захисту прав інтелектуальної власності, науковим установам, навчальним закладам, іншим фізичним і юридичним особам будь-яких форм власності щодо питань, пов'язаних із правовою охороною,

комерціалізацією та захистом прав інтелектуальної власності, а також адміністрування державних реєстрів об'єктів права інтелектуальної власності, державного реєстру представників у справах інтелектуальної власності (патентних повірених) України, внесення до них відомостей, надання витягів та виписок, видання охоронних документів.

Отже, єдиний орган інтелектуальної власності та центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері інтелектуальної власності, повинні забезпечити взаємодію та координацію діяльності для стабільного розвитку національної сфери інтелектуальної власності, охорони та захисту інтересів її суб'єктів.

Особливий адміністративно-правовий статус єдиного органу інтелектуальної власності доцільно підкріпити відповідними правами нового суб'єкту публічного адміністрування. Так, цей орган повинен мати право одержувати безоплатно від державних органів та органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій незалежно від форми власності, їх посадових осіб, а також громадських об'єднань інформацію, документи та матеріали, необхідні для виконання покладених на нього завдань і функцій, користуватися відповідними інформаційними базами даних державних органів, державною системою урядового зв'язку та іншими технічними засобами, а також надавати платні послуги у сфері правової охорони інтелектуальної власності, зокрема на договірній основі, а також за рахунок коштів вітчизняних та іноземних замовників робіт та грантів. Серед прав нового органу слід указати також на залучення в установленому порядку до виконання окремих робіт, участі у вивченні окремих питань працівників центральних та місцевих органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, суб'єктів наукової та науково-технічної діяльності, вищих навчальних закладів, підприємств, установ і організацій (за погодженням з їх керівниками), а також організацію проведення науково-дослідних робіт з удосконалення законодавства та діяльності у сфері інтелектуальної власності, залучати для цього вчених, наукові установи, інноваційні підприємства та інші юридичні особи, зокрема на договірній та платній основі. Єдиний орган інтелектуальної власності повинен мати право надавати освітні послуги, засновувати вищі навчальні заклади, видавати свідоцтва про підвищення кваліфікації, засновувати наукові

заклади, інноваційні структури різних типів, інші підприємства для провадження інноваційної діяльності та укладати угоди про спільну діяльність із вищими навчальними закладами, науковими установами, інноваційними підприємствами щодо охорони інтелектуальної власності, отримувати дохід від такої спільної діяльності [18, с. 34]. Крім того, не зайвою була б можливість засновувати недержавні пенсійні фонди для гарантування недержавного пенсійного забезпечення персоналу національного органу інтелектуальної власності в порядку, передбаченому законом та можливість брати організаційну та фінансову участь у забезпечені діяльності органів самоврядування патентних повірених.

Ураховуючи місце єдиного органу інтелектуальної власності в системі суб'єктів публічного адміністрування, повинна бути побудована його структура, важливими елементами якої слід визнати ради (науково-консультативна та наглядова), палату (апеляційна), комісії (атестаційна, апеляційна та комісія щодо погодження питань про внесення позначення, що містить офіційну назву держави «Україна» до торговельної марки (знака для товарів і послуг)) та службу (внутрішнього аудиту) [19, с. 81]. Так, Науково-консультативна рада єдиного органу інтелектуальної власності повинна стати дорадчо-консультативним органом, порядок організації та діяльності якого визначається положенням, затвердженим цим органом. Вона створюється для розгляду проблемних питань практики застосування законодавства у сфері інтелектуальної власності та розробки і подання єдиному органу інтелектуальної власності відповідних рекомендацій (пропозицій з удосконалення чинних актів законодавства у сфері інтелектуальної власності та проектів нормативно-правових актів, розроблених єдиним органом інтелектуальної власності, матеріалів узагальнень практики застосування міжнародного та національного законодавства у сфері інтелектуальної власності, методичних рекомендацій з окремих питань проведення науково-технічної експертизи заявок на об'єкти інтелектуальної власності та правової експертизи документів, які подаються до національного органу інтелектуальної власності для внесення до державних реєстрів відомостей про об'єкти права інтелектуальної власності та права інтелектуальної власності, а також інформаційних, освітніх та навчальних матеріалів, розроблених єдиним органом інтелектуальної власності).

Структурним підрозділом національного органу інтелектуальної власності повинна стати Апеляційна палата, завданням якої стане розгляд заперечень (проти висновків науково-технічної експертизи заявок на об'єкти інтелектуальної власності та правової експертизи щодо документів, які подаються до національного органу інтелектуальної власності для внесення до державних реєстрів відомостей про об'єкти права інтелектуальної власності), заяв (про непридатність об'єктів інтелектуальної власності для набуття прав інтелектуальної власності на них та визнання недійсними прав інтелектуальної власності та про визнання торговельної марки (знака для товарів і послуг [20, с.. 202]), добре відомої в Україні), а також інших питань, що належать до її компетенції.

Атестаційна комісія єдиного органу інтелектуальної власності утворюється з метою визначення рівня фахової підготовленості осіб, які виявили намір набути право на зайняття діяльністю представника у справах інтелектуальної власності (патентного повіреного). До її повноважень повинні належати також організація та проведення кваліфікаційних іспитів, визначення екзаменаційних завдань, призначення екзаменаторів, прийняття рішення про допуск осіб, які мають намір набути право на зайняття діяльністю представника у справах інтелектуальної власності (патентного повіреного), до іспитів, та їх атестацію, прийняття рішень щодо видання свідоцтва про право на зайняття діяльністю представника у справах інтелектуальної власності (патентного повіреного), а також ухвалення рішень про зупинення, припинення діяльності представника у справах інтелектуальної власності (патентного повіреного).

Служба внутрішнього аудиту повинна бути незалежним підрозділом єдиного органу інтелектуальної власності, що проводить внутрішній аудит його діяльності та у своїй діяльності підзвітним наглядовій раді. Вона повинна здійснювати періодичні (планові та позапланові) перевірки діяльності єдиного органу інтелектуальної власності та його структурних підрозділів на предмет дотримання вимог законодавства, нормативно-правових актів центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері інтелектуальної власності, та національного органу інтелектуальної власності, а також рішень органів управління останнього, систематичну оцінку контролю

управління та операцій національного органу інтелектуальної власності та перевірку результатів фінансово-господарської діяльності єдиного органу інтелектуальної власності.

Таким чином, спрощення інституційної системи публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності в Україні є, з одного боку, позитивним явищем, а з іншого – постійне реформування управлінської сфери створює додаткові проблеми, пов'язані з налагодженням роботи та взаємодії зазначених структур, створення відповідного кадрового апарату, забезпечення розвитку та наступності фахових знань та навичок, прозорістю публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності, що негативно впливає на систему охорони інтелектуальної власності в Україні та надає правопорушникам нові можливості безкарно вчиняти правопорушення в цій сфері.

3. Напрями вдосконалення інфраструктурної бази реалізації адміністративно-правових засад публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності в Україні

Перспективним і значущим напрямом подальшої реалізації адміністративно-правових засад публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності є, на наш погляд, удосконалення його інфраструктурної бази. Справа в тому, що функціонування сфери інтелектуальної власності характеризується широким діапазоном різних видів діяльності [21, с. 58]. Наразі ще не створено ефективної та збалансованої системи її моніторингу [22, с. 51].

Сьогодні основні показники функціонування сфери інтелектуальної власності відображають результати діяльності з подання заявок на об'єкти інтелектуальної власності, їх розгляду та реєстрації охоронних документів, унесення до державних реєстрів відомостей щодо розпорядження майновими правами, захисту прав інтелектуальної власності, інформаційно-аналітичного забезпечення діяльності у сфері інтелектуальної власності, розвитку та впровадження інформаційних технологій, із розв'язання суперечок, пов'язаних із правами інтелектуальної власності, з поширення знань про інтелектуальну власність, а також доступні дані про використання прав інтелектуальної власності. Показники за різними об'єктами інтелектуальної власності відображають динаміку надходження та розгляду заявок за національною та міжнародною процедурами.

Із моменту початку функціонування сфери інтелектуальної власності моніторинг діяльності з реєстрації прав на об'єкти інтелектуальної власності (крім сортів рослин), захисту прав у сфері інтелектуальної власності, інформаційно-аналітичного забезпечення діяльності у сфері інтелектуальної власності і розвитку та впровадження інформаційних технологій здійснюється Мінекономіки України. Статистичні дані (місячні, квартальні, річні та узагальнені) публікуються на офіційному вебпорталі Мінекономіки України і використовуються як довідкових посилань для складання різноманітних статистичних звітів і досліджень стосовно цієї діяльності. За кожним об'єктом інтелектуальної власності окремо та за всіма об'єктами загалом щорічно здійснюється порівняльний аналіз основних показників, які відображаються в щорічних звітах Мінекономіки України і доступні в електронному вигляді на її офіційному вебпорталі. Поряд з іншими країнами Україна через Мінекономіки України (як суб'єкт публічного адміністрування галузевої компетенції) надає ВОІВ щорічні технічні звіти стосовно діяльності з патентування та реєстрації авторського і суміжних прав за встановленою формою, які включаються до статистичних звітів ВОІВ і розміщуються на вебсайті.

Актуальною залишається проблема недобросовісного набуття прав на об'єкти інтелектуальної власності, коли заявки на промислові зразки та корисні моделі (охоронні документи на які видаються за результатами лише формальної експертизи), а також на торговельні марки (знаки для товарів і послуг) подаються з метою подальшого зловживання такими правами та перешкоджання здійсненню господарської діяльності дійсних виробників та доступу на ринок України оригінальної продукції.

Важко переоцінити наявність і роль творця у створені не тільки інтелектуальної власності як такої, а й в існуванні сфери інтелектуальної власності загалом. Розвиток національної творчості не має перспектив, якщо немає процесу підготовки фахівців, здатних до творчої праці, і автору не гарантована винагорода за його особисту творчу працю. Тому важливим завданням удосконалення інфраструктурної бази публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності стає діяльність із навчання і розповсюдження знань у сфері інтелектуальної власності, що організовується та реалізується державою. Ця діяльність спрямована на активізацію осмислення

українським суспільством необхідності законного застосування прав інтелектуальної власності. На жаль, у більшості населення України (як учасників ринку інтелектуальної власності, так і звичайних користувачів відповідної продукції) сформувалося потуральницьке ставлення до порушень прав інтелектуальної власності. У масовій свідомості як ідеологічно-психологічному феномені сучасного українського суспільства й досі не сформувалося поваги до права інтелектуальної власності як специфічного виду продукції та панує сприйнятливе ставлення до використання та споживання контрафактної товарів.

Актуальним нині стає вивчення психологічного аспекту інтелектуальної власності [23, с. 512], в якому концентруються індивідуально-особистісні якості людей, пов'язані з використанням інтелектуальної власності. Так, згідно з результатами дослідження, проведеного Соціологічною групою «Рейтинг», ставлення українців до питання важливості захисту інтелектуальної власності є вкрай суперечливим. Майже 80% опитаних уважають, що право інтелектуальної власності має захищатися (у т. ч. 58% – має захищатися завжди, 21% – має, але не завжди). Лише 4% опитаних дотримуються протилежної думки. Ще 17% не змогли визначитися щодо цього. Водночас майже 60% опитаних українців готові порушити право інтелектуальної власності у разі придбання одягу, книжки, музики, кіно або комп'ютерної програми, виготовлених із порушенням прав інтелектуальної власності (за умови їх меншої вартості). Як засвідчує опитування, чим молодші респонденти, чим частіше вони користуються Інтернетом, чим вищий рівень їхньої освіти, тим частіше вони готові відмовитися від оригіналу на користь дешевої копії або безкоштовної версії: майже 50% опитаних у віці 18–29 років намагатимуться безкоштовно скачати в Інтернеті музику, кіно або комп'ютерну програму, ще чверть – купуватимуть дешеву копію і лише кожен десятий купуватиме оригінал [24]. Наведені факти переконливо свідчать не стільки про низьку правову культуру населення у сфері інтелектуальної власності, скільки про правовий нігілізм та психологічну неготовність або небажання поважного ставлення до інтелектуальної діяльності інших осіб. Як зазначає В.Д. Базилевич, побічне ставлення до інтелектуальної власності є результатом історичних обставин, пов'язаних із відсутністю державної та економічної незалежності, громадянського

суспільства, спотвореними господарськими й культурними зв'язками, тривалим розвитком соціалістичних відносин, які за своєю сутністю виходили за межі і можливості економічних чинників у їх ринковій формі [25, с. 411]. З іншого боку, вади сучасного суспільного устрою, пов'язані з низьким рівнем законності, соціальною нерівністю, процвітанням корупції у всіх сферах суспільства, недовірою громадян до держави, поблажливе ставлення до протиправної діяльності також не сприяють поліпшенню суспільного ставлення до поваги та охорони інтелектуальної власності. Крім того, як правильно зазначає Ю.Л. Бошицький, важливою передумовою правової культури населення у сфері інтелектуальної власності є підвищення якості нормативної бази, посилення наукової обґрунтованості та демократизації правотворчості та правозастосування [26, с. 214]. Таким чином, можна зробити висновок, що підвищення правової культури населення безпосередньо пов'язане з підвищенням якості нормотворення у сфері охорони прав інтелектуальної власності, тобто зазначений запобіжний захід стоїть на межі правових та ідеологічних заходів запобігання правопорушенням у сфері інтелектуальної власності. Причому до основних ідеологічних заходів з удосконалення інфраструктурної бази публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності, ми вважаємо, слід зарахувати: підвищення правової культури населення щодо охорони інтелектуальної власності; проведення кампаній із надання базових знань про основні права інтелектуальної власності та систему їх охорони, підготовку відповідних інформаційних методичних та навчальних матеріалів; розвиток конструктивного діалогу між творцями, науковцями та бізнесом щодо проблем інтелектуальної власності, проведення публічних обговорень проблем охорони інтелектуальної власності; публічне висвітлення в засобах масової інформації судових процесів щодо порушення прав інтелектуальної власності; інформування населення щодо адміністративних стягнень та інших правових заходів впливу за порушення прав інтелектуальної власності; підготовка інформаційних та навчальних матеріалів для підвищення обізнаності, поваги та розвитку культури суспільства у сфері інтелектуальної власності; організація та сприяння проведення просвітницьких заходів із питань охорони інтелектуальної власності (конференцій, семінарів, конкурсів, курсів підвищення кваліфікації, літніх шкіл тощо); застосування

засобів масової інформації та порталів мережі Інтернет для формування шанобливого ставлення до об'єктів інтелектуальної власності тощо.

Для покращення обізнаності та розвитку високої культури широких верств населення у сфері інтелектуальної власності потрібно інформування широкої громадськості та бізнесових кіл про роль і значення інтелектуальної власності з метою підвищення інтересу до створення та правомірного використання об'єктів інтелектуальної власності, зростання конкурентоспроможності підприємств, економічного, соціального та культурного розвитку країни. Є потреба у розповсюдженні та популяризації знань про законодавство у сфері інтелектуальної власності, важливість охорони та дотримання прав інтелектуальної власності для різноманітних категорій користувачів інтелектуальних продуктів, а також надання доступу до інформації та знань у сфері інтелектуальної власності за допомогою сучасних засобів, інформаційних і комунікаційних технологій [27, с. 222]. Актуальним завданням є здійснення заходів, спрямованих на підвищення зацікавленості та рівня усвідомлення молоддю, що навчається, значення інтелектуальної власності в розв'язанні актуальних проблем суспільства (впровадження екологічних інновацій, захисту традиційних знань і фольклору тощо) та організація заходів із питань залучення уваги до сфери інтелектуальної власності школярів, розвиток творчої активності молодого покоління шляхом стимулювання дослідницької та інноваційної діяльності серед школярів. Потребують підтримки інститути творців об'єктів права інтелектуальної власності (авторів, винахідників, виконавців тощо), представників у справах інтелектуальної власності (патентних повірених) та оцінювачів вартості інтелектуальної власності.

Із метою виховання поваги до інтелектуальної власності доцільно, на наш погляд, розробити відповідну політику щодо розвитку творчої діяльності дітей, юнацтва та молоді шляхом підготовки інформаційних та навчальних матеріалів для підвищення обізнаності, поваги та розвитку культури суспільства у сфері інтелектуальної власності та вдосконалення навчальних програм для учнів і студентів та передбачення в них інформації про інтелектуальну власність та її роль у соціально-економічному розвитку суспільства. Потрібно сприяти запровадженню курсів із винахідництва як факультативів у програмах шкільної освіти та визначення дисципліни

«Інтелектуальна власність» як обов'язкової для вивчення у всіх вищих навчальних закладах України. Необхідною є і підтримка проведення літніх шкіл з інтелектуальної власності на базі провідних національних університетів, зокрема спільно з ВОІВ, проведення олімпіад з інтелектуальної власності та сприяння відкриттю в Україні на базі провідних національних університетів навчальних курсів з інтелектуальної власності, що організовуються в межах діяльності академії ВОІВ. Зовсім не зайвим стане проведення спеціалізованих інформаційних кампаній, розрахованих на цільову аудиторію з метою інформування про негативні наслідки контрафакції, піратства та недобросовісної конкуренції у сфері інтелектуальної власності, а також про перспективи та переваги, які забезпечуються завдяки творчій діяльності, охороні та впровадженні інтелектуальної власності.

Правові норми у сфері інтелектуальної власності призначені забезпечити охорону інтелектуальних продуктів, винаходів, новостворених корисних моделей від неправого використання, забезпечити гідну оцінку вкладеної у винахід або розробку праці окремої людини чи трудових колективів. Так, до регулювання відносин інтелектуальної власності належить закріплення права її власника володіти, користуватися та розпоряджатися нею. З іншого боку, важливою частиною регулювання відносин інтелектуальної власності є забезпечення можливостей її комерціалізації, тобто введення до економічного обігу та отримання від цього прибутку. Відповідно, економічний напрям удосконалення інфраструктурної бази публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності є не менш важливим. Аналіз ринку інтелектуальної власності в Україні доводить, що за умови створення дієвої системи її охорони інтелектуальна власність стає одним із найбільш ліквідних товарів. Використання новітніх технологій, наукових розробок, «ноу-хау» є запорукою успішного розвитку будь-якого бізнесу або виробництва. Інтелектуальна власність сама по собі стає джерелом доходів. Так, розвиток ринку інтелектуальної власності в Україні прискорить входження України до світової спільноти на умовах рівноправного партнерства.

Водночас, як зазначають фахівці, розвиток ринку інтелектуальної власності в Україні переживає низку проблем, як-от низька конкурентоспроможність української економіки у сфері інновацій; низький рівень комерціалізації об'єктів інтелектуальної власності та їх капіталізації українськими

підприємствами як нематеріальних активів; тенденція до зниження інноваційної активності українських підприємств; нерозвиненість та нерівномірний розподіл за регіонами інноваційної інфраструктури; відсутність ефективних механізмів фінансування розвитку інтелектуальної власності [28, с. 10] тощо. Економічні недоліки забезпечення гідної регулювання інтелектуальної власності в Україні спричиняють, з одного боку, значні труднощі у виробленні високоякісного вітчизняного інтелектуального продукту та його охорони, а з іншого – відкривають широкі можливості майже неконтрольованого використання контрафактної продукції та швидкого отримання надприбутків. Відповідно, поліпшення економічного клімату на ринку інтелектуальної власності та спрощення процедур її комерціалізації має знизити кількість правопорушень у сфері інтелектуальної власності. Аналіз ринкових відносин інтелектуальної власності в Україні, на наш погляд, дозволяє визначити основні економічні заходи з удосконалення інфраструктурної бази публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності. Ними повинні стати: спрощення процедур оформлення прав на об'єкти інтелектуальної власності та реєстрації фактів передання виключних майнових прав; державна підтримка патентування вітчизняних об'єктів інтелектуальної власності в іноземних державах та недопущення на митну територію товарів, які імпортуються з порушенням прав інтелектуальної власності; надання методологічної, методичної та інформаційної допомоги з питань правової охорони об'єктів права інтелектуальної власності на ринку України та загальне підвищення культури ведення бізнесу у сфері інтелектуальної власності.

Сприятиме розвитку інфраструктурної бази й удосконалення процесу взаємодії винахідників, науковців та бізнесу, а також розвиток інноваційної діяльності та трансферу технологій. Вирішення цієї проблеми потребує сприяння взаємодії між науковими установами, освітянами та бізнесом, сприяння створенню наукових парків, бізнес-інкубаторів, центрів комерціалізації інтелектуальної власності при вищих навчальних закладах та наукових установах та надання методологічної, методичної та іншої інформаційної допомоги науковим паркам, центрам комерціалізації інтелектуальної власності з питань, пов'язаних з охороною прав інтелектуальної власності.

Необхідним є виконання рекомендацій Парламентських слухань на тему «Про стан та законодавче забезпечення розвитку науки та науково-технічної сфери держави», схвалених відповідною Постановою Верховної Ради України від 11 лютого 2015 р. [29], зокрема, започаткування в Україні міжнародного проекту ВОІВ «Створення Центрів підтримки технологій та інновацій», метою яких є спрощення доступу до технічних знань і підвищення ефективності використання патентної інформації в регіональних і обласних центрах науково-технічної інформації.

Таким чином, удосконалення вітчизняного публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності повинно відбуватися у напрямі розповсюдження знань про інтелектуальну власність та створення сприятливих умов для комерціалізації об'єктів інтелектуальної власності.

Висновки

Визначення мети, стратегічних напрямів і основних завдань, а також пріоритетів і перспектив реалізації адміністративно-правових засад публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності має базуватися на результатах ретельного аналізу сучасного стану як діяльності суб'єктів реалізації адміністративно-правових засад публічного адміністрування щодо реалізації державної політики у сфері інтелектуальної власності, так і сфери інтелектуальної власності. Ефективність реалізації адміністративно-правових засад публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності залежить від внутрішніх факторів, сприятливих можливостей, а також загроз, які здатні негативно впливати на його розвиток і залежить від дії зовнішніх факторів. Стратегічні напрями подальшої реалізації адміністративно-правових засад публічного адміністрування у сфері інтелектуальної власності в Україні повинні зосереджуватись на вирішенні таких трьох комплексів базових проблем публічного адміністрування у сфері, що досліджується: проблем нормативної бази (вона включає національне законодавство як сукупність правових положень, на підставі яких суб'єкти реалізації адміністративно-правових засад публічного адміністрування створюють належні умови набуття, реалізації, охорони та захисту права, що виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної творчої діяльності членів суспільства), проблем інституційної бази (відповідної системи суб'єктів реалізації адміністративно-правових засад

публічного адміністрування, наділених відповідними повноваженнями у сфері інтелектуальної власності з метою вирішення ними широкого кола завдань із надання правової охорони, управління, реалізації і захисту прав інтелектуальної власності в напрямі реалізації концепції створення в Україні єдиного органу інтелектуальної власності, наділеного відповідним адміністративно-правовим статусом) та проблем інфраструктурної бази (елементів і відносин, які забезпечують та підтримують на відповідному рівні функціонування сфери інтелектуальної власності, а також користувачів цієї сфери).

Список використаних джерел:

1. Конституція України : Основний закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. URL: http://www.zakon.rada.gov.ua/go/254к/96-вр.

2. Підопригора О.А. Чи потрібен Україні Кодекс про інтелектуальну власність? *Університетські наукові записки.* 2005. № 1–2. С. 75–79.

3. Муза О.В. Проблеми розвитку адміністративного права України : ревізія системи галузі. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України.* 2017. № 1. С. 65–70.

4. Ємельянова І.І. Деякі історико-правові аспекти розвитку адміністративної юстиції. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України.* 2017. № 1. С. 61–65.

5. Панасюк Р.П. Наукові аспекти розвитку адміністративного права. *Наукові праці МАУП. Серія : Юридичні науки.* 2017. Вип. 1. С. 73–79.

6. Нечитайленко А.О., Нечитайленко В.А., Компанієць І.М. Про деякі шляхи подальшого розвитку адміністративного права України. *Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г. С. Сковороди. «Право».* 2016. Вип. 24. С. 80–87.

7. Демченко В.О. Проблемні аспекти систематизації джерел адміністративного права в Україні. *Міжнародний науковий журнал «Інтернаука».* 2018. № 7(1). С. 98–101.

8. Ленівський Р.В. Сутність адміністративно-правових засобів забезпечення законності і правопорядку в Україні та їх систематизація. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції.* 2016. Вип. 6 (2). С. 79–82.

9. Сарибаєва Г.М. Сучасні підходи до систематизації адміністративного законодавства : досвід галузі конституційного права. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія : Юриспруденція.* 2017. Вип. 28. С. 28–31.

10. Кодекс України про адміністративні правопорушення : Закон України від 7 грудня 1984 р. № 8073-X. URL: http://www.zakon.rada.gov.ua/go/80731-10.

11. Лучка І.Ю. Нове у законодавстві про інтелектуальну власність. *Право.ua.* 2017. № 3. С. 111–117.

12. Мікульонок І.О. Інтелектуальна власність : навчальний посібник. 3-тє вид. Київ : Кондор-Видавництво, 2015. 242 с.

13. Дергачова В.В., Пермінова С.О. Інтелектуальна власність: навчальний посібник. Київ : НТУУ «КПІ», 2015. 416 с.

14. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 6 травня 2015 року «Про Стратегію національної безпеки України» : Указ Президента України від 26 травня 2015 р. № 287/2015. URL: http://www.zakon.rada.gov.ua/go/287/2015.

15. Якубівська Ю.Є. Колізії норм права та компетенції органів управління у сфері інтелектуальної власності як загроза інформаційній безпеці. *Зовнішня торгівля : економіка, фінанси, право.* 2015. № 4. С. 36–41.

16. Хаустов В.К**.** Інтелектуальна власність - потенціал інноваційного розвитку України. *Економіка України.* 2021. № 1. С. 69–83.

17. Школьний О.О**.** Розвиток інноваційних процесів в контексті управління інтелектуальною власністю. *Інвестиції : практика та досвід***.** 2021. № 1. С. 11–15.

18. Зайченко В.В**.** Інструменти державної політики активізації трансферу технологій та розвитку ринку інтелектуальної власності в Україні. *Підприємництво і торгівля*. 2020. Вип. 26. С. 31–36.

19. Кривошеїна І.В**.** Особливості комерціалізації об'єктів інтелектуальної власності (правовий аспект). *Журнал східноєвропейського права***.** 2020. № 73. С. 79–84.

20. Малець М. Особливості правової політики у сфері інновацій та інтелектуальної власності. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія : Юридичні науки***.** 2020. Т. 7, № 4. С. 198–205.

21. Бабець І.Г., Мойсеєнко І.П. Інтелектуальна власність : навч. посіб. Львів, 2015. 158 с.

22. Косенко О.П. Моніторинг комерційного потенціалу об'єктів інтелектуальної власності з використанням тангенціальної функції економічного ефекту. *Теоретичні і практичні аспекти економіки та інтелектуальної власності.* 2014. Вип. 1(2). С. 49–55.

23. Рєпка А.О. Психологічні особливості ставлення студентів вищого навчального закладу до інтелектуальної власності. *Актуальні проблеми психології.* 2015. Т. 10, Вип. 27. С. 511–519.

24. Проблеми захисту інтелектуальної власності в Україні. URL: http://ratinggroup.ua/research/ukraine/problemy_zaschity_intellektualnoy_sobstvennosti_v_ukraine.html.

25. Базилевич В.Д. Інтелектуальна власність : підручник. Київ : Знання, 2014. 671 с.

26. Бошицький Ю.Л. Удосконалення правової культури громадян як засіб оптимізації охорони інтелектуальної власності в Україні. *Часопис Київського університету права.* 2011. № 1. С. 211–215.

27. Інтелектуальне право України : підручник / за заг. ред. О.С. Яворської. Тернопіль : Підручник і посібник, 2016. 608 с.

28. Білоус С.П. Комерціалізація інтелектуальної власності. *Вісник Черкаського університету. Серія : Економічні науки.* 2017. № 4 (2). С. 9–17.

29. Про Рекомендації парламентських слухань на тему: «Про стан та законодавче забезпечення розвитку науки та науково-технічної сфери держави» : Постанова Верховної Ради України від 11 лютого 2015 р. № 182-VIII. URL: http://www.zakon.rada.gov.ua/go/182-19.

РОЗДІЛ 6.
АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ТА СІМЕЙНОГО ПРАВА

DOI https://doi.org/10.36059/978-966-397-237-4-15

Guyvan P. D.,
Candidate of Juridical Sciences, Honored Lawyer of Ukraine,
Professor
Poltava Business Institute
of Academician Yuriy Bugay International Scientific and Technical
University,
Poltava

TEMPORAL PRINCIPLES OF PROTECTION OF VIOLATED SUBJECTIVE CIVIL LAW

Summary. *The work is devoted to the research of the topical issue of the temporal dimensions of the implementation of regulatory civil law and its relationship with the duration of the right to protection in case of violation, including by filing a claim. The historical progress of science on interpretations of public perception of the period of existence of the right to protection is studied. The position that has long been prevalent in science, that at the time of violation the subjective right is transformed into the right to sue, and exists in this state for a specified period, and then with the expiration of the statute of limitations is reasonably criticized. However, the evolution of current legislation has led to a change in the concept and this time, because it was impossible to explain the rule of due performance of a long-standing obligation after the expiration of the statute of limitations (Part 1 of Article 267 CCU). Therefore, currently the most acceptable thesis is that the statute of limitations extinguishes only the right to sue, and not the subjective substantive right itself, ie the continuation of the subjective substantive right deprived of judicial protection after the expiration of the statute of limitations. Voluntary performance by the debtor at this time is due, and the debtor is not entitled to demand the return of the performance. But*

for the effectiveness of this legal construction, it must be added that it is not the violated regulatory law that continues to exist, but the protection law, which has lost its coercive capacity to implement. Therefore, the voluntary exercise of this right will be appropriate.

Introduction

Given the generally accepted concept of the division of civil law into regulatory and security, the question of the duration of the relevant subjective rights and their corresponding responsibilities is relevant. Since the term is a necessary and integral element of the content of substantive civil law, certainty in this regard will also provide certainty in the application of the necessary legal tools. Currently, the issue of timely exercise of subjective law is very relevant. In particular, the temporal relationship between the right of action and regulatory law is important. The effectiveness of the application of certain legal norms governing the course of certain terms, unfortunately, is not the main criterion for establishing the scope of the legal institution. Therefore, we must conduct a scientific study of this issue, because the seriousness of the question of the possibility of the existence of regulatory substantive law with the expiration of the statute of limitations requires serious attention. Therefore, it is necessary to analyze the question of the duration of the very subjective right for which the creditor claims judicial protection, and the relationship of this temporal factor with the time of existence of the protection right aimed at protection. If we accept the once popular thesis that the regulatory right ceases with the expiration of the statute of limitations, then we could talk about the termination of the right to judicial protection in connection with the termination of the subject of protection. But, in fact, it is not.

The statute of limitations has gradually acquired the legal significance it still has today – the period during which a person can exercise his substantive right to receive judicial protection of the violated civil right or interest by filing a lawsuit by him or another authorized person. This change in the assessment of the legal nature of this period could not but be reflected in the scientific perception of the relationship between the emergence and termination of the period of existence of the claim and the duration of the subjective right that received the violation. The question of the existence of a certain subjective right outside the statute of limitations has always been quite relevant and, as the historical analysis of his research

shows, difficult. Of course, civil studies of these connections took place within the framework of the only generally accepted concept we have criticized, according to which the power to sue was considered an element of the subjective right itself, and acquired the ability to enforce after the offense. Within this concept, the scientific analysis of the duration of substantive law in view of the expiration of one of its integral elements – harassment – quite logically led to incorrect conclusions.

1. General concept of the time of exercise of the right to protection

The current legislation also contributes to the assertion of an erroneous legal position, some of which explicitly state the existence of regulatory law in a person who not only cannot exercise it due to the duration of the offense, but generally missed the deadline to pursue his protective claim. For example, after the expiration of the statute of limitations on the requirements of the owner to return the property after the lease, the enforcement of this claim is impossible, he does not cease to be the owner, but the property remains with the untitled owner, who acquires ownership under the statute of limitations p. 3 Article 344 of the Civil Code of Ukraine.

However, it is clear that the commented theory is not able to cover all cases of protection of the infringed right, for example, it concerns issues, related to the protection of property rights. The latter can exist both in a regulatory state, which has an absolute character, and in a state of the right to protection, which is mediated within the framework of protective obligations. In this case, the violation of property rights, for example, is not associated with the loss of possession, does not terminate the regulatory right, which continues to exist for all other entities except the infringer. In turn, due to the violation of regulatory property rights, it can be protected by coercion. However, the commented theory of the continued existence of the violated right both after its violation and after the expiration of the statute of limitations does not fit into the specific realities, which are that as a result of one violation there may be several different in content and form of exercise of protective powers. judicial protection.

There are also unsubstantiated cases when the right to sue (the statute of limitations) does not begin from the moment when the commissioner realizes the violation of his right (say, when the right to sue arises from the time of receipt of information about the offender).

What is the state of subjective substantive law from the moment of violation to the beginning of the statute of limitations? After all, the law has already lost its regulatory characteristics, and has not yet acquired security. Despite the fact that civil law has taken some steps to determine the share of property owned by the untitled owner (acquisition statute of limitations, mechanism for protection of property rights, etc.), a significant period of time the property holder may remain a person who does not have, and often even deprived by law, the ability to exercise property rights (for example, a person who received property from the owner, but did not return it during the statute of limitations - Part 3 of Article 344 of the CCU). All these and other problems do not make it possible to consider satisfactory the described theory of the continued existence of regulatory subjective law both before and after the expiration of the claim period.

At the same time, the legal construction, according to which the substantive subjective right is terminated with the expiration of the claim period, is even less balanced and rational. Thus, criticizing the theory of repayment of subjective substantive law at the end of the statute of limitations precisely in connection with its inability to comply with the rule of Part 1 of Art. 267 of the CCU, we seem to agree with the supporters of another legal approach, according to which the regulatory law with the coincidence of the statute of limitations continues to exist, but being deprived of appropriate coercive protection. In fact, this is not the case. Let us be critical of both points of view.

The problem of both directions of research was, first of all, that all scientific concepts developed in civilization on this issue were reduced to one or another justification of the regulatory mechanism established by law, and given the existing inviolable normative rule to adjust the content of specific social relations. So, we've got some pretty big but ineffective theories. For example, the thesis of the continued existence of regulatory law after the coincidence of the statute of limitations cannot be supported by anything, except for the rule of Part 1 of Art. 267 of the CCU, according to which the debtor who performed the obligation after the expiration of the statute of limitations, is not entitled to demand the return of the performed, even when he did not know about the expiration of the statute of limitations. Using this rule as a dogma, the researchers logically came to the wrong conclusion: the obligation (and hence the relevant subjective rights and legal obligations that are part of its content) begins from the moment of its origin and will last until committed or

terminated. After all, since in Part 1 of Art. 267 of the CCU refers to the fulfillment of an existing obligation, it does not end with the coincidence of the statute of limitations.

The second concept, which was aimed at legally substantiating the inexpediency and ineffectiveness of the existence of subjective civil law, deprived of the ability to be enforced, also practically reduced to adapting its basic provisions to the specified regulations on the proper performance of the obligation. Ultimately, this has led to a generally promising area of research leading to inconsistency and confusion. In our opinion, the main mistake here was to change the legal message and legal conclusion in the study of this temporal phenomenon.

Any legal analysis must be based not on the state of the normative superstructure, which is a secondary manifestation, but on a careful study of the essence and legal nature of the material relationship. And only the assessment of its internal properties will allow us to conclude: since the civil relationship, and hence the subjective right, continues to exist after the expiration of the statute of limitations (loss of the possibility of its judicial implementation), so the debtor's performance is due, and the latter is not has the right to demand the return of the execution with reference to the fact that he did not know about the expiration of the statute of limitations, as enshrined in law. Thus, the legislation reflects the actual essence of social relations, researched and scientifically substantiated, and not vice versa.

But another, no less important drawback of these two areas is that they carried out a legal analysis of the commented temporal coordinates within the existence of a protected (regulatory subjective) right. The fact is that the modern development of civil doctrine allows a completely different assessment of the real nature of the relationship. According to the new civil concept, the subjective substantive law is realized within the regulatory legal relationship, and in case of violation of the latter there is a new separate protective obligation, within which there is, in particular, a claim, the duration of which is determined by the statute of limitations. Today, this theory has an undeniable dominance in civilization [1, p. 26].

One of the shortcomings of the commented legal approaches is also the fact that their apologists considered only judicial protection to be appropriate, ie in fact the autonomous existence of other protection rights of a person other than the right to sue was denied. At the same time, it is obvious that judicial protection does not exhaust the protective property of the law. Therefore, according to the law, the

authorized person can protect his substantive right with the help of other legal tools: operational measures, administratively, etc. After all, appealing to a debtor with a non-judicial claim that can be satisfied by the latter is also a kind of exercise of subjective protection law. At the same time, it is logical to assume that their implementation after the expiration of the statute of limitations is possible only if the existence of the substantive protection right itself.

Therefore, in the study of commented public relations, it should be borne in mind that civil law provides not only judicial mechanisms to protect the violated civil law [2, p. 38–39]. In most cases, there are no regulations on non-judicial remedies regarding the period of their implementation: the law does not restrict the creditor's use of such remedies in time. And this can mean only one thing: the right to exercise the protection authority, which is part of the relevant protection obligation, exists for the duration of the civil protection law itself, except when the law explicitly establishes a special term of its validity. Thus, the implementation of security measures with the help of non-judicial jurisdictions, the use of permitted operational influence on the infringer outside the statute of limitations is a legitimate way to protect the violated substantive law. The violated substantive right after the expiration of the statute of limitations does not remain completely unprotected, although the degree of its protection is somewhat reduced.

Therefore, not only the content of the current civil law norms, but also the very essence of the commented relations do not give grounds to link the duration of the protected subjective right with the time of existence of the protected one. For example, the overdue right to receive payment under the contract of sale cannot exist in the regulatory regime and is terminated. From the time of the offense there is another – protection and legal relationship, the content of which includes various subjective rights of the carrier, aimed at terminating or compensating for the consequences of the violation, including identical in content regulatory protection right to demand performance in kind: pay freight costs. These protective powers can be exercised in various ways: voluntarily by the protagonist taking active action or by the debtor, by applying jurisdictional or non-jurisdictional measures provided by civil law. If a person has chosen a judicial method of exercising his or her protection right, he or she has the right to obtain it if he or she exercises his or her substantive right to sue (claim). Such exercise of the right is characterized by a certain

established duration of the relevant authority – statute of limitations, after this period the right to sue is terminated, and with it does not arise the right to enforce the protection claim. As you can see, only one power is exercised during the statute of limitations – harassment, and its course cannot be qualified as a time of implementation of a regulatory obligation or a protective legal relationship.

This legal approach makes it possible to assess the rule of Part 1 of Art. 267 CCU. First, as we have convincingly shown, the statute of limitations does not regulate the duration of the regulatory relationship, so its expiration in no way affects the absence of regulatory subjective law. Secondly, the end of the statute of limitations does not terminate the protective subjective right that began from the moment of the offense, but only establishes the temporal coordinates for the element of this right – the claim, the implementation of which during the statute of limitations provides further judicial protection. Therefore, it is quite obvious that with the expiration of the statute of limitations, the duration of the protective subjective right of the commissioner continues, which at the same time loses the ability to enforce. Therefore, the relevant security obligation of the defaulting debtor, aimed at terminating or compensating for the violation, may be voluntarily performed by him after the expiration of the statute of limitations, for example, by voluntary transfer of funds. And it is this fulfillment of the long-standing security duty was meant when constructing the rule of Part 1 of Art. 267 of the CCU, such implementation by virtue of a direct indication of this rule will be appropriate.

Finally, given the modern views on protection rights as separate from the regulatory independent powers of the person, the question of the existence of a violated subjective right after the expiration of the statute of limitations becomes quite simple. The statute of limitations does not apply to regulatory civil law at all, as the latter is exercised through the voluntary performance by the obligor of his duty properly. Instead, the possibility of enforcement of the claims stated in the lawsuit is an element of another – protective subjective civil law. This right at a certain stage of its existence has a coercive capacity, which is exercised through a state jurisdiction. It is this possibility of protection law and personifies the right to sue in the material sense (claim), which is subject to satisfaction. After the expiration of the claim, the protection right of its holder continues to exist, no longer having a claim.

Taking into account all the above and, based on the analysis of the nature of the relationship under study, we will certainly come to the conclusion that there is a protective subjective civil law outside the statute of limitations. It is a mistake to say that the creditor can no longer demand anything from the debtor, and the debtor is not obliged to do anything [3, p. 84]. On the contrary, the performance of his duty by the obligated person is the realization of the material right of the creditor. On the other hand, it is unfair to conclude that there is no defense mechanism after the expiration of the claim period. The protective legal relationship contains a non-litigation requirement against the debtor. Such a requirement is not extinguished by prescription and its voluntary implementation by the latter means the protection of the violated civil right after the expiration of the statute of limitations.

As we have already seen, the expiration of the statute of limitations does not terminate the duration of the protection and legal relationship that arose as a result of the offense. But the feedback between these legal categories, in principle, is possible, so in the literature has become quite a classic view that in cases where the existence of subjective law ends, there is no need to protect it, and therefore terminates the right to judicial protection of such a right [4, p. 182]. Let us not completely agree with this statement and here's why. The exercise of any right involves the implementation of the specific powers embedded in it, and the powers can be quite diverse. Thus, the lessee under the lease agreement within the regulatory interaction has the right to use the property, can sublease it, the landlord has the right to receive rent, require maintenance, and so on. All these civil subjective rights have a certain term, which is determined by the term of the contract. The term of the right to receive rent is also important for these relations. However, after the expiration of the agreement, all the mentioned subjective rights in the regulatory state lose their validity.

For example, the content of the obligation to use the leased property is the right of the lessee to use it at its discretion and the corresponding obligation of the lessor to refrain from obstacles to such use; accordingly, the content of the obligation to transfer the property is the right of the lessee to demand the transfer of the thing and the obligation of the lessor to make such a transfer. After the expiration of the contract, these obligations cease to be valid. What happens to the possibility of protecting such rights after that. First, it

is necessary to determine whether there has been a violation of substantive law during its validity. If not, then the right to sue the entitled person did not arise, and therefore there can be no question of its implementation. If the substantive law during its existence was violated and from that moment the statute of limitations began, the question of the possibility of judicial protection after the termination of this right becomes less clear.

Article 16 of the Civil Code of Ukraine defines a certain list of ways to protect civil law by a court. Depending on which of these methods is chosen, the question of the possibility of protecting an already terminated substantive right in the event that it was violated during its existence should be answered. If the protected right has ceased as a result of such a violation (for example, the destruction of a thing terminates the right of ownership), it is clear that such remedies as recognition of the right, termination of its violation, enforcement in kind cannot be considered adequate. They cannot be used due to the lack of protection of the protected object. And in this sense, the thesis of the termination of the right to sue with the termination of the subjective right itself is correct.

But this does not mean that this right loses its ability to defend. It can be protected by the implementation of another in the content of the claim. For example, if the right to protection of a substantive right is exercised by compensating for the damage (damage) caused by the violation, the right to such protection is not extinguished by the expiry of the obligation itself. Therefore, we can talk about the protection of a non-existent right. And it's a different matter when the tenant's obligation to pay for the use of the property is not fulfilled in time. In this case, from the time of violation of the relevant civil law, a new substantive right of protective content arises, it is it that acquires the claim security and can be enforced. In this case, the content of the security authority will include the requirement to perform the duty in kind.

It is necessary to say a few words about the duration of the protective coercive capacity of the requirements arising from the additional obligations. As a general rule, it is fair to conclude that these claims are also extinguished with the expiration of the statute of limitations, and the relevant protection law, which derives from the protection law obligation, can be exercised voluntarily or otherwise out of court. However, it should be borne in mind that the statute of limitations on additional claims is terminated not only as a result of its

own expiration, but also as a result of the expiration of the statute of limitations on the claims of the main obligation. However, in any case, the loss of the enforceability of the protection claim arising from the breach of an additional obligation shall not be terminated.

2. On the ratio of the duration of protection of the right with the statute of limitations

The literature has also suggested that the temporal limit of the subjective right should be considered not the time of expiration of the statute of limitations, and the moment of rejection of the claim in connection with this circumstance [5, p. 42]. The authors of this thesis particularly emphasized the need to apply this approach to the creditor's right to receive money. V.P. Grybanov held the same position. He justified it by referring to the fact that the statute of limitations is a significant factor only when the case is heard in court. Only during such consideration the court can establish the facts of interruption or suspension of the statute of limitations, consider the reasons for the seriousness of its omission. At the same time, while criticizing the provision on the termination of a subjective right with the expiration of the statute of limitations, he made the term of the right dependent on the moment of the court decision on the refusal to protect the right. In his opinion, the court's refusal to protect the right entails the loss of the substantive subjective right [6, p. 253].

Let's just say that it was not about any refusal of the claim (because the refusal to satisfy the claim due to the fact that the right did not belong to the plaintiff, there can be no question of its termination after the court decision), but only on the refusal related to the non-renewal of the statute of limitations. From this, the scholar concluded that the voluntary performance of the debtor, carried out before such a court decision, should be recognized as the performance of his duty under the existing obligation. But, as you know, the law indicates the impossibility of returning the executed, regardless of when the execution took place: before the court decision, or after. The author comments on the latter situation less successfully: since the obligation was terminated after the court waived the claim due to the expiration of the statute of limitations, a new relationship arises between the debtor and the creditor upon voluntary performance.

As we can see, the commented theory makes the term of civil law dependent on the decision of the court, which is satisfied or not satisfied the requirements for the protection of this right. If we

evaluate the problem from this point of view, we will definitely come to the conclusion that the obligation exists throughout the court proceedings and its continued existence depends entirely on whether the court recognizes the statute of limitations as expired. At the same time, within the framework of the commented approach, the question that will inevitably arise under this legal justification remains unresolved: what about the existence of the right when the entitled person does not apply to the court for its protection at all? The author does not answer this question.

Like previous theories, this one is also unable to solve the problem of what obligation the debtor still performed after the expiration of the statute of limitations. The law refers to an obligation that has expired. So this is the same commitment as before. This is the view of other researchers: after the expiration of the statute of limitations, the substantive right to sue is extinguished, but it is the subjective right that continues to exist [7, p. 67]. However, they also had some difficulties in substantiating the nature of substantive law, not endowed with the ability to enforce. And only new civil studies have opened up opportunities to address this issue.

In fact, both the expiry of the limitation period and the entry into force of a judgment denying the creditor claims in connection with the omission of the limitation period have the same effect: these legal facts do not terminate the protective obligation. The debtor's obligation to act in favor of the creditor continues, which in turn means the legitimacy of voluntary enforcement after the court has rejected the claim due to the expiration of the statute of limitations. By the way, the fact that the omission of the statute of limitations is an independent ground for refusing to satisfy the claim once again further confirms that its expiration does not affect the existence of the violated subjective right. Otherwise, the expiration of the statute of limitations would automatically mean the expiration of the protected right, which would lead to a different justification for the rejection of the claim – in the absence of the plaintiff's subjective right.

However, despite its general inconsistency and inconsistency, this legal construction provides an impetus for a more detailed analysis of the temporal nature of a person's subjective right in the period from the moment of filing a lawsuit to a court decision that was denied due to the expiration of the statute of limitations. In the case of timely filing of a claim, the duration of the claim (statute of limitations) is terminated prematurely due to the exhaustion of the right and the

impossibility of its re-implementation. The protection right, which arose at the moment of violation of the regulatory material relation, continues to exist and can be realized by application of judicial coercion. However, if the court finds that the statute of limitations on the relevant claims has expired and on this basis refuses to satisfy the claim, it will actually mean that the coercive capacity of the protective claim was lost at the time of filing the claim. In other words, nothing changes at all, just the fact of missing the time for judicial protection was recorded "retrospectively". Therefore, the consequences of the debtor's voluntary performance of his overdue and overdue obligation after the expiration of the statute of limitations will not differ from those that occurred in the case of performance of the same obligation after the court decision. The latter situation is fully covered by the legal mechanism governing the general rule on the validity of protective obligations deprived of coercive power.

Thus, the expiry of the limitation period and the expiry of the possibility of obtaining judicial protection as a general rule does not affect the existence of a subjective right. However, scientific proposals on the inexpediency of the continued existence of so-called natural rights, deprived of the possibility of judicial protection, as we have already said, remain relevant, especially for economic turnover. This thesis finds its supporters in modern conditions, even though researchers are increasingly aware of the fact that in the natural state after the expiration of the statute of limitations continues to be not regulatory but protective subjective right of the authorized person. Thus, it is now widely believed that the rule of the continued existence of a subjective right after it has lost its capacity to enforce is valid if its other temporal coordinates are not established by law. In other words, some scholars believe that the legislator in some cases followed the path of termination of substantive law as a result of the expiration of the statute of limitations on the relevant requirements.

Indeed, legislation of this kind, which determined the fate of a long-standing subjective right and the corresponding obligation not in favor of their holders, took place, and, by and large, continues to exist today. It is a question of transfer to the property of the state of the property unreasonably received by the business entity. For example, the Regulations on Accounting Reports and Balance Sheets, approved in 1951, stipulated that the amount of accounts payable by socialist organizations for which the statute of limitations had expired should be transferred to the budget, and in relations between cooperatives

and public organizations to the debtor's profits. At the same time, overdue receivables were subject to write-off to the loss of the business entity that missed the statute of limitations. However, the repayment of the debt after the expiration of the statute of limitations did not release the debtor from the obligation to transfer accounts payable to the budget. But the defect of this approach was immediately apparent as soon as this rule was compared with another – the impossibility for the debtor to demand the return of the performance after the expiration of the statute of limitations.

As we can see, at the same time there was a mechanism arising from the termination of a long-standing subjective right (this could explain the withdrawal of debt in favor of the state) and legal tools justifying the fulfillment of an existing long-standing obligation, which was, in fact, mutually exclusive. This rule was reflected in the Soviet normative act, which regulated the procedure for drawing up financial statements and balance sheets, approved by the resolution of the Council of Ministers of the USSR from 29.06.1979. In the same way, the fate of long-standing property rights was regulated - the law and law enforcement practice was dominated by the theory of transformation of things not demanded before the expiration of the statute of limitations into the category of ownerless and their transfer to state ownership. The theoretical explanation of this approach was given the following meaning: since in Soviet law there is no institution of acquisitive prescription, the fact of ownership of property, no matter how long it lasts, does not give rise to the owner of property rights. If the holdership lasts more than three years, then in connection with the repayment of property rights, the property passes to the state. Thus, it was established that the property, in respect of which the statute of limitations expired, acquires the status of state as ownerless. Judicial practice has developed in a similar direction. The highest courts of the USSR and the RSFSR have repeatedly recognized state-owned objects in connection with the loss of property rights by prescription.

However, a detailed study of the effectiveness of these prescriptions shows that they have never been very effective. Moreover, the introduction of such a mechanism is impossible now, when freedom of enterprise and inviolability of property rights are reduced to the rank of constitutional provisions. Therefore, the rules of modern law, for example, paragraph 11 of Art. 10 of the Law “On the State Tax Service in Ukraine”, according to which the tax authority has the right

to collect in favor of the state in court unreasonably received by business entities, does not apply to the termination of the subjective right in case of certain circumstances coercive protective property of the right, or the expiration of the deadline, etc.). These powers may be exercised in the case of certain frauds or other offenses not related to the normal exercise or protection of a subjective right.

As another example of the influence of normatively established rules of conduct on the duration of subjective substantive law, certain provisions of the current tax legislation and, in particular, the Tax Code of Ukraine are usually cited. In fact, tax regulations do not explicitly state that the expiration of the statute of limitations is associated with the termination of civil law, but its expiration affects the possibility of exercising such a right, which some researchers consider as a special regulation of repayment [8, p. 62–63]. In particular, the tax law establishes that a debt for which the statute of limitations is overdue is considered bad. This circumstance allows the creditor company under certain conditions (creation of a provision for doubtful debts) to write off this debt with its attribution to the costs of the entity. Instead, the debtor must include his accounts payable, which have acquired the status of bad debts due to the expiration of the statute of limitations on the requirements for its recovery, to his income. Thus, the literature suggests that the legislation has created certain conditions for the termination of overdue obligations by participants in economic relations: the old substantive law can be attributed to the liabilities of the enterprise, and the long-term debt – to the acquired assets, which affects the tax relations of these sub projects.

Let us recall the definition of ongoing debt to both participants of the obligatory interaction, given by S.I. Koretsky: the relationship of two persons concluding an agreement can be presented in two Latin terms – "debit" (guilty) and "credit" (trust someone). Thus, when a person who lends money to someone believes that it is a loan, and then he is called a creditor, the person who receives a loan becomes guilty – it is a debit, and then he is called a debtor [9, p. 124]. Thus, indeed, the normative allocation of bad debts to expenses will reduce the amount of taxable profit, while the amount of non-repayable financial assistance, which includes the amount overdue by the debtor, increases the debtor's income, which leads to an increase in the tax base. This raises the question of whether the write-off of debt in the sense of tax and accounting law is not a termination of the legal

relationship and the relevant subjective right, for example, debt forgiveness? The answer to this question is not obvious, so the relevant rule of the Civil Code on debt forgiveness in this context needs further interpretation.

According to the rules of tax (accounting) debt (receivables and payables, respectively, the creditor and the debtor) is a debt that is accounted for on a certain date. Accounts receivable arise either from the date of shipment of goods, or from the time of submission of work results, or from the date of write-off of funds to pay for goods (works, services), etc. [10, p. 39]. Is the moment of occurrence of receivables at the same time the initial statute of limitations? It is necessary to agree with the considerations expressed in the literature that the dates of occurrence of the debt accounted by the enterprise and the date of the beginning of the statute of limitations do not coincide [11, p. 54]. Moreover, the terms of receivables and payables established by the tax legislation do not coincide with each other. For example, the date of the receivable is the day of debiting the bank account, while the date of the receivable for the same obligation is the day of crediting the bank account for the goods.

As you can see, the basis of accounting for receivables (accounts payable) in tax law is the moment of actual performance of the obligation, while the statute of limitations is associated with the moment of violation, ie the time when the obligation was to be performed, and from the moment of realization of the fact of non-performance by the creditor. Therefore, the terms of fulfillment of obligations set out in the contract do not directly affect the terms of receivables (payables). For example, the parties to the contract of sale agreed that the money will be transferred to the seller by July 15, and the goods will arrive on August 30. In the event of non-performance of the monetary obligation, the statute of limitations for payment will begin on July 16, while receivables on this amount in the account of the seller will arise after the shipment of goods. In this case, the initial moment of the statute of limitations on claims for recovery of receivables begins not from the time of occurrence of this debt, but from the time of the offense, but it is possible that the time of such an offense will occur much earlier than the legal entity accounts receivable. Thus, the time of occurrence of receivables in accordance with the legislation on accounting, as a rule, does not coincide with the term of occurrence of the subjective regulatory obligation, it does not coincide with the initial moment of the statute of limitations.

Recent changes in tax law have not eliminated the legal inconsistencies associated with the actual loss of balance and synchronicity in the actions of the debtor and the creditor, aimed at deregistering the relevant receivables and payables as a possible step to terminate the liability. The criterion for classifying receivables as bad is now overdue, which is associated with the expiration of the statute of limitations on the relevant requirements, and hence the impossibility of recovery. The latter definition by the fiscal authorities themselves is identified with the expiration of a three-year or other special claim period, although, in fact, this is not always the case. First of all, it should be noted the legal differences between civil law and accounting and tax understanding of the concept of statute of limitations. As you know, the provisions of civil law as a general rule do not apply to tax relations (Article 1 of the CCU). However, in the acts regulating these public relations, there are indications of the legal consequences of the expiration of the statute of limitations, while the relevant institution is purely civil. Therefore, whether we like it or not, when designing mechanisms related to the payment of taxes, we must be guided by the rules of the Civil Code to determine the starting point and calculate the statute of limitations.

To calculate the final moment of its duration, it is important to calculate the initial period from which the period begins. According to the rules of Chapter 19 of the CCU, the statute of limitations on the relevant requirements begins from the moment when the authorized person learned or could have learned about the violation of his subjective right. This is a general rule of Article 261 of the CCU. As for the binding relationship, in which the term of performance of the obligation is set by the parties, the statute of limitations here begins from the time of performance of the obligation, if it has not been performed. Instead, when selling goods, the accounting often reflects the starting point of the statute of limitations on the requirements for payment for the goods from the date of its posting under the act of acceptance, transfer date of write-off from the balance sheet or the time of the contract. Meanwhile, this does not always correspond to the terms of the contract, the analysis of the content of which should be based on determining the statute of limitations for receivables. Indeed, the latter occurs after the ownership of the goods passes to the contractor, or the supplier transfers to him the act of work performed, performs services, as a result of which buyers have an obligation to counter actions (payment, counter delivery) [12, p. 2].

However, the purchase agreement may establish an obligation for the buyer to pay for a certain period after receipt of the goods [13, p. 144]. It is after the omission of this period and should begin counting the statute of limitations [14, p. 115].

In addition, as follows from the legal requirements of the relevant institution of civil law, the statute of limitations on specific requirements for the defaulting debtor is not always continuous. Under certain circumstances, it may be suspended (Article 263 of the CCU) or interrupted (Article 264 of the CCU). It is not difficult to notice that the factual data that affect the preconditions for suspension or interruption of the statute of limitations are understood and properly assessed, first of all, by the creditor, while the debtor may not even know about it. In any case, the presence of these factors will indicate a longer than nominal, the duration of the statute of limitations, which delays the implementation of the relevant tax adjustments by the creditor. But this, as a rule, will not affect the same actions of the debtor. Therefore, it is quite probable that the debtor, according to his records, must attribute the outstanding accounts payable to income, while, in fact, the mere fact of expiration of the statutory limitation period for this requirement does not mean that the statute of limitations has expired.

The expiration of, say, a three-year period for recovery claims only indicates that the creditor has not applied to the court during that time. However, the Commissioner may have circumstances that affect the calculation of the statute of limitations (for example, those that stop the statute of limitations), which the debtor is not aware of. Therefore, the statute of limitations on the creditor's claims will continue, and the debtor at this time will attribute his debt to gross income. The same result can be achieved by different qualifications of managed and obligated persons of the same action of the debtor: the former will consider it a recognition of the obligation (and will calculate the ancient course first), while the latter does not recognize a similar characteristic of its action. As you can see, the term of assignment of bad debts by the creditor to its costs can be significantly increased, while overdue accounts payable are subject to attribution by the debtor to their income under the threat of sanctions immediately after the nominal duration of the statute of limitations. Of course, such legislative tricks to some extent help to replenish the budget, but clearly do not contribute to the achievement of certainty in the material relations between the participants in the civil circulation.

Let us now turn to the question posed above about the relationship between the described legal tools for the reflection and write-off of bad receivables and payables with the termination of the relevant economic subjective rights and legal obligations. Based on previous research, we will consider the provisions of the commented legal mechanism on the effectiveness of the material obligation after the expiration of the statute of limitations, as required by both the creditor and the debtor. The creditor may include the value of overdue receivables in his assets, but, in principle, the right not to do so, because it is his right and due to various circumstances, he may refrain temporarily or at all from this step.

At the same time, regardless of the write-off or non-write-off of overdue debt by the creditor, the debtor after the expiration of the statute of limitations under the same tax legislation of Ukraine must take certain actions that affect the occurrence of relevant tax liabilities. When its accounts payable for goods received but not paid for become hopeless, from a tax point of view, it is transformed into non-repayable financial assistance. Therefore, after the expiration of the statute of limitations on accounts payable, the buyer must accrue income. Failure to comply with this obligation is a violation of the Tax Code of Ukraine and entails the application of certain sanctions to the business entity. Such actions of the debtor, according to some researchers, terminate the substantive law in this regard [15, p. 31–32]. But this statement is unconvincing, because such a fixation of the termination of the obligation by the debtor does not always correspond to the adequate actions of the creditor, who is entitled to a reduction in income for the period. In addition, the sole termination of the obligation by the debtor, of course, is illegal.

Therefore, under tax law, the debtor must reflect the hopelessness of his obligation and this leads to certain consequences for him (increase in income), and the creditor can reduce its income tax liabilities by increasing costs. But, regardless of the commission of these actions, it would be premature to say that they indicate forgiveness of debt. It is obvious that the requirement of the law to include in the debtor's income amounts of overdue accounts payable in no way affects the existence of a binding legal relationship. After all, if the legislator had this in mind, he would have clearly stated in the law that debt forgiveness should be considered the commission by the creditor of actions that led to the attribution of overdue receivables to its costs. As you can see, such a normative instruction is not observed.

This is all the more obvious because the tax legislation does not provide for the creditor to include the amount of overdue receivables in his own expenses. Therefore, regardless of whether or not to perform certain actions provided for by tax and accounting regulations, the subjective protection right of the creditor in this regard continues to exist after the expiration of the statute of limitations, although it no longer has the ability to be enforced. As indicated, the creditor may take other non-judicial measures to influence the debtor, in addition, the obligation of the latter may be performed voluntarily and after the expiration of the claim.

Thus, it is erroneous to assume that the terms introduced by the legislator in tax law determine the temporal boundaries of the existence of subjective rights and obligations of business entities [16, p. 118]. The very fact of writing off the debt in terms of optimization of assets under tax rules or in accordance with the provisions of accounting does not mean termination of the liability, removal of overdue receivables from the assets of the entity due to the expiration of the statute of limitations does not mean provided for in Art. 605 CCU. This is a unilateral action of the creditor, which is not intended to terminate the obligation, but only documents the hopelessness of the obligation in terms of the possibility of its recovery by force. Assigning the amount of debt to income and even paying income tax does not affect the validity of the obligation, although the statute of limitations has expired. Therefore, we can confidently say about the effectiveness of the general civil rule for economic relations: the expiration of the statute of limitations does not lead to the termination of the subjective right and does not deprive the obligor of the status of the debtor.

3. Limitation in time of the protective capacity of the subjective right

As for the possibility of further termination of the legal obligation and the corresponding subjective right, which constitute the content of the legal relationship, it is possible under the general rule of Chapter 50 of the Civil Code, which lists the legal grounds for such a consequence. Among them there are no such as the expiration of the statute of limitations or the absence of this debt among the assets of the creditor, accounted for by him. In these situations, in fact, there may be preconditions for termination of the obligation, such as an agreement between the parties or debt forgiveness. But the very

postulates formulated in the tax law are obviously not enough to achieve such a consequence. Termination of the obligation by agreement of the parties must be properly executed and must be confirmed, in particular, by concluding an act of reconciliation of mutual debts agreed by the parties. Such a document should be concluded according to the rules provided for the conclusion of contracts, ie signed by authorized representatives of contractors.

Another legal basis for terminating the obligation is the forgiveness of the debt by the creditor. However, the legal tools described above for adjusting the accounting and tax accounting of economic entities again cannot be covered by its disposition. As a general rule, termination of the obligation, including debt forgiveness, deprives the creditor of the right not only to demand performance, but also to accept such performance. And not only does the debtor not have an obligation to perform, but he has no legal grounds to perform it at all, even voluntarily, because the obligation itself has ceased. If, in such circumstances, the obligation had already been considered terminated, its performance would be unjustified, as civil law does not provide for the possibility of resumption of the terminated obligation. However, the performance of obligations after the expiration of the statute of limitations and after the write-off of such debt by the creditor takes place. The customs of business turnover, which, by the way, should be applied under the new Tax Code (although this issue is currently problematic), in such a situation provide for the restoration of assets (but not civil liability) and recalculation of tax liabilities of counterparties.

In view of the above, it remains to be recognized that in order to terminate the obligation to forgive the debt, it is necessary to take quite clear actions that indicate such termination, and cannot be further interpreted differently by the parties. By analogy with the provisions of Art. 601 of the CCU and in accordance with the practice of application of this provision, the decision of the creditor to terminate the obligation must be set out in a statement addressed to the other party. Moreover, this approach must be general, because, although the relationship between individuals is less documented, they have the same legal meaning, the example of the possibility of termination of debt forgiveness, in particular, with the expiration of the statute of limitations applies to them. Therefore, it would be appropriate to amend the norm of Art. 605 of the Civil Code of Ukraine and state it, for example, as follows: “The creditor shall notify the debtor in writing of

the termination of the obligation to forgive the debt. The obligation shall be deemed terminated if the debtor does not express his objections within a reasonable time after such notification".

Thus, under any circumstances, the expiration of the statute of limitations does not affect the existence of a protective substantive legal relationship. After the expiration of the statute of limitations, the property of the claim to be enforced expires, but this does not affect the existence of the claim itself. Substantive law is not terminated, just as the claim itself is not terminated, although it can be satisfied only voluntarily [17, p. 87], or in other non-jurisdictional ways. This once again confirms the erroneous position of those authors who consider the existence of law impossible, because it cannot be realized through state coercion. Indeed, at first glance, it seems illogical to have a claim that is not provided by legal protection. But, as we see, the violated substantive law after the expiration of the statute of limitations does not remain completely unprotected, although the degree of its protection is reduced.

However, the indispensable companion of this approach is the following question: how long will there be a protective legal obligation, which is the content of such a relationship, and the corresponding subjective law, which is the content of the obligation? Will it be indefinite, or do some circumstances affect the validity of the obligation? After all, despite the differences from previous theories in determining which right (requirement) is exercised through the use of judicial coercion, and much greater internal coherence, this position is actually reduced to the above conclusions about the continued existence of subjective law, not secured by coercion protection. Therefore, if we do not limit the term of this protection right, then after the passage of time to ensure its enforcement, we must state the fact that the property relationship has so-called in-kind obligations that have lost coercive ability to implement (under Roman law such an obligation from the civil deprived of claim protection).

We believe that these are the questions that civil scientists have tried to solve, denying the existence of substantive law after the expiration of the statute of limitations and arguing about the possibility of restoring the already terminated law in certain circumstances. After all, it is quite difficult to explain the expediency of indefinite civil relations. Indeed, a situation where subjective civil law continues to be unenforced and enforcement is impossible only adds to legal uncertainty. However, objectively, these attempts were doomed to

failure because they were based on an incorrect legal basis, because the research was conducted within the wrong concept, according to which both regulatory law and claims are elements of the same subjective substantive law. But now the long-standing problem, even taking into account the latest civil developments, remains open and relevant. It is unfortunate that with the cessation of conceptual attempts to justify the expiration of subjective substantive law after the expiration of the statute of limitations, any doctrinal research on the duration of long-standing protection rights of a person has ended. Therefore, we must state the complete absence of relevant civil developments.

Meanwhile, it should be noted that the question of the duration of the protective subjective right (for example, a monetary obligation) is extremely important. Unfortunately, the civil doctrine has not developed serious conclusions that would be the basis for proper legal regulation, so the problem remains. In practice, this results in uncertainty of the period during which the authorized person may consider himself a creditor and his counterparty a debtor. After all, the presence of the latter's duty (even if deprived of compulsory security) for an indefinite period of time to voluntarily fulfill a long-standing obligation does not contribute to stability and certainty in civil relations. This applies not only to legal relations involving individuals, but also legal entities. It would seem that in the latter case, the share of obsolete debt is regulated by tax law: after the expiration of the statute of limitations, the debtor must include the amount of debt to their income, and the creditor may reduce them by this amount. However, as shown above, these actions do not mean the termination of the right, and this is explicitly stated by law, without denying the possibility of adjusting the transactions in the event of further voluntary performance of the duty.

Thus, the automatic rejection of even those scientific developments that, at first glance, seem unbalanced, is wrong: in every doctrine there is a rational grain that should be separated from the Internet surrounding its quasi-legal constructions. From this standpoint, the theoretical positions of scholars who defended the theory of the termination of the existence of substantive law with the loss of this essential characteristic of this right – the possibility of enforcement – deserve a more serious analysis. Indeed, it is impossible to agree with the conclusions about the connection between the period of existence of subjective substantive law (whether regulatory or protective). But the very question of the

inexpediency of the eternal existence of such a right, of course, deserves attention. After all, if we agree that after the expiration of the statute of limitations, subjective civil law continues to exist, then in the absence of statutory grounds for termination of the obligation, it will exist indefinitely.

Of course, this situation does not add stability and balance to civil relations, and the current civil law does not regulate this issue. It should be noted that at one time there were assumptions about the possibility of the existence of an independent period of statute of limitations of subjective rights, not directly related to the duration of the right to protection, which begins only from the moment of the offense. The law is able to die a natural death – to remain homeless, to be forgotten. However, it continues to be counted among the living, which creates uncertainty about the strength of the fact that took its rightful place. Therefore, there must be a moment that puts an end to such uncertainty, the statute of limitations, so to speak, erases the right that has died [18, p. 14]. Yes, this theory has not been further developed. Given these issues, the efforts of civil scientists to theoretically justify the timeliness of any subjective right deserve support. However, again, the linking of the period of protection of the subjective right to protection to the duration of its ability to enforce is clearly unsuccessful.

So, the problem of limiting the lifetime of natural protective relationships is real. How can it be solved? Here the perception of this issue on the basis of a similar comparison with the ancient civil law institution is strongly suggested. We will take as a basis the indisputable thesis, according to which the main reason for the introduction of any term is the satisfaction of a certain public interest, society needs certainty and order, including in relations between participants in civil circulation [19, p. 686–687]. The need to introduce a statute of limitations at one time was caused by the fact that the existence of unlimited time to apply coercion to a debtor who has not fulfilled his duty, just deprives society of such certainty, which in turn provokes his protest [20, p. 222]. The economic basis of law, which corresponds to the public need, disappears [21, p. 28–29].

Of course, both the creditor and the debtor must know and be aware of the moment when the relevant protective power – the claim – has expired. In order to ensure the stability and certainty of material turnover, this issue is also in the public interest. However, unfortunately, some regulations of the latest civil law, instead of ensuring the unambiguity and transparency of specific temporal factors

that determine the limits of the existence of law, err on the contrary. What is worth a short story Part 3 of Art. 267 of the Civil Code: the statute of limitations is applied by the court only on the application of a party to the dispute. Apparently, by introducing this rule, the legislator hoped that all questions about whether or not the subjective right ceases after the expiration of the statute of limitations will disappear, but it turned out the other way around. After all, if we adhere to the point of view of compulsory protection of the right to protection after the statute of limitations, we must agree that the validity of substantive law after the expiration of the statute of limitations depends on the will of the debtor and can last forever. But this is nonsense, which will be discussed in more detail in the next section of this work.

Security relations arise only in the case of violation of substantive law by the obligated person and are an independent type of civil relationship aimed at terminating the offense and eliminating its consequences. Such relations are terminated after the protection of the infringed right or after the expiration of the term established for this purpose (if such terms are established). The duration of the protection relationship is not related to the expiration of the statute of limitations. Thus, we can argue that with the coincidence of the statute of limitations terminates not the regulatory or protective substantive law, and the right to sue in the substantive sense, which was part of the protective legal relationship that arose in violation of substantive law. It is the protective obligation that continues to exist, becoming irrevocable.

Conclusions

As you know, scientific and socially significant justification for the introduction of a limited period of existence of the substantive right to sue (statute of limitations) was carried out in order to simultaneously satisfy the interests of society and the interests of a particular person [22, p. 406]. Of course, the introduction and regulation of such a restriction, at first glance, gave the impression that this institution serves only to protect the interests of the defendant, in its application all the advantages on the part of an unscrupulous violator, and all the troubles on the side of a careless creditor or owner [23, p. 447]. But, despite these obvious shortcomings, the statute of limitations was still introduced. And this was done in order to achieve the social interest in the duration of the relevant protection authority. Today, there are virtually no scholars and rulemakers who would deny the expediency of

introducing temporal restrictions to exercise the subjective right to sue. This mechanism allows to achieve a certain stability of the mediated relations, to eliminate uncertainty about the existence of the creditor's right, to ensure the motivating, stimulating, disciplining nature of material interactions. All these circumstances, of course, are positive factors for achieving greater stability of property turnover in society.

However, almost all of the above circumstances, which have become decisive in the introduction of the statute of limitations, have an undeniable impact on the certainty of the protective relationship, which has lost its coercive protective properties. Therefore, the normative or contractual prescription of the protection law, which has lost its coercive capacity, will undoubtedly be in the interests of both society as a whole and the believer himself. After all, the fact that the latter lost interest in the right due to him manifested itself in the failure to pursue the claim during the statute of limitations, failure to apply established by contract or law operational measures to influence the violator and so on. It is quite logical that the stability and certainty of civil material turnover requires the establishment of certain criteria for the termination of the natural protective subjective right and the definition of time limits for its expiration.

We have already appeared in the literature with the relevant proposals, on occasion we will cite them again. "We believe that some other socially acceptable point of reference should be identified, according to which the social interest in the existence of the most long-standing subjective right is completely lost. It is proposed to indicate such a period of five years after the expiration of the statute of limitations for the relevant requirements. However, given the social purpose of certain subjective rights, this period may be different or differentiated on certain grounds. But the fact that the maximum duration of a long-standing subjective right must be established, in our opinion, is obvious. This will contribute to both the certainty of material turnover and the stabilization of the relationship itself" [24, p. 185].

Taking into account the research conducted in this chapter, we can draw some generalizing conclusions. The long-standing debate in civil doctrine as to whether or not substantive law itself is terminated with the expiration of the statute of limitations is no longer so acute. The vast majority of scholars now believe that the expiration of the statute of limitations does not affect the existence of regulatory law, with which it is possible to agree. At the same time, almost all researchers are talking about the validity of the most protected right, and this fact

is associated with the rule set out today in Part 1 of Art. 267 CCU. The following argument is made: it is due to the fact that the violated subjective right continues to exist after the statute of limitations has expired that the voluntary performance of the duty is proper and cannot be reversed.

As already mentioned, we cannot agree with this generally accepted thesis. Article 267 of the Civil Code of Ukraine and similar norms of other codes refer to the voluntary fulfillment not of the regulatory obligation of the debtor, but of what arises for him from the security obligation. As you know, the content of the protection law may include both the requirement to perform the duty in kind, and the requirement to pay a penalty, termination of legal relationship, compensation for material and moral damage (Article 16 of the CCU). Accordingly, the debtor has a certain obligation that corresponds to each of these requirements: to act in kind, to pay a penalty, to compensate for non-pecuniary damage, and so on. This obligation, performed after the expiration of the statute of limitations, is referred to in the commented legal norm, so the implementation of any of these requirements through the voluntary actions of the debtor will be appropriate.

In this case, the person who fulfilled the obligation after the expiration of the statute of limitations has no right to demand the return of the enforceable, even if at the time of execution did not know about the expiration of the statute of limitations. It is clear that only the existing obligation can be fulfilled after the expiration of the statute of limitations. The rule of law, which deprives the debtor of the right of recourse (sometimes figuratively referred to in the literature as a "weak form" of legal sanction), is a legal guarantee of protection of the creditor under a valid obligation, although not secured by a claim. Thus, the long-standing protective legal relationship continues to exist, it is impossible only to enforce the obligation, which, in fact, is confirmed by the possibility of its voluntary fulfillment. Agree, the terminated obligation cannot be fulfilled.

However, it is hardly possible to support the thesis that the substantive law after the coincidence of the statute of limitations generally loses the opportunity to be protected by the implementation of the protection relationship. Indeed, judicial protection of a subjective right outside the statute of limitations is not possible. But going to court is not the only way to protect a violated right. We believe that civil law today provides the creditor with ample opportunities to protect the infringed right in addition to resolving the

dispute. Accordingly, the statute of limitations does not apply to such protection relations (appeals to other jurisdictions, self-defense of the law, application of sanctions of an operational nature, etc.). The only important thing is that at the time of such actions aimed at protecting the violated civil law, the substantive protective law itself must exist. And the coincidence of the statute of limitations on court claims under such a right, again, does not terminate the subjective substantive law, giving it a so-called natural character.

References:

1. Крашенинников Е.А. Предмет судебной защиты и предмет осуществления в Исковом производстве. *Механизмы защиты субъективных гражданских прав*. Сбор. научных трудов / Под ред. В.В. Бутнева, Ярославль: ЯрГУ, 1990. С. 17–26.

2. Мотовиловкер Е.Я. Право на иск в механизме защиты субъективных гражданских прав. *Механизмы защиты субъективных гражданских прав*. Сбор. научных трудов / Под ред. В.В. Бутнева, Ярославль : ЯрГУ, 1990. С. 36–46.

3. Ринг М. Действие исковой давности в советском гражданском праве. *Советское государство и право*. 1953. № 8. С. 76–85.

4. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2000. 411 с.

5. Кириллова М.Я., Крашенинников П.В. Сроки в гражданском праве. Исковая давность. Москва : Статут, 2006. 48 с.

6. Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. Москва : Изд-во МГУ, 1972. 284 с.

7. Черепахин Б.Б. Спорные вопросы понятия и действия исковой давности. *Советское государство и право.* 1957. № 7. С. 62–70.

8. Семыкина Л.М. Сравнительная характеристика классификации и оценки обязательств, используемых в системах российских и международных стандартов. *Научный результат. Серия «Экономические исследования».* 2014. № 1. С. 61–69.

9. Корецкий С.И. Краткое руководство по бухгалтерии. Москва : Сирин, 1925. 320 с.

10. Сук Л. Облік розрахунків з покупцями. *Бухгалтерія в сільському господарстві*. 2010. № 23. С. 39–44.

11. Докийчук К., Жаркова О. Исковая давность и налогообложение. *Бізнес.* 2004. № 14. С. 53–57.

12. Бірюкова О.А. Умови виникнення дебіторської заборгованості на підприємстві. *Вісник Чернігівського державного технологічного університету*. URL: vistnic.stu.cn.ua/index.pl?task=arcl&l. С. 2.

13. Пархоменко В. М. Розрахунки з покупцями та замовниками: обліковий аспект. *Вісник ЖДТУ: економічні науки*. 2012. № 3(61). С. 143–145.

14. Дем'яненко А.В. Теоретичні підходи до трактування категорії дебіторської заборгованості науковцями. Збірник наукових праць IV Всеукраїнської науково-практичної конференції *Актуальні проблеми ефективного соціально-економічного розвитку України: пошук молодих*. Вінниця, 2015. С. 110–116.

15. Панченко І. Відображення у податковому обліку платника податку сум заборгованості по зобов'язаннях, за якою минув строк позовної давності. *Економіка. Фінанси. Право*. 2000. № 4. С. 30–33.

16. Музика В. Роль строків у податковому праві. *Підприємництво, господарство і право*. 2005. № 10. С. 117–120.

17. Крашенинников Е.А., Носов В.А. Последствия истечения исковой давности. *Предмет процессуальной деятельности в суде и арбитраже* : сборник научн. трудов. Ярославль : Изд-во ЯрГУ, 1985. С. 82–89.

18. Боровиковский А.Л. Отчет судьи. Санкт-Петербург, 1892. Т. 2. 260 с.

19. Riezler E. Kommentar zu & 194-225|| Staudingers Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch. 7-8 Aulf/ - Munchen und Berlin, 1912/ - Bd/ 1. 800 s.

20. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права / под ред.: Краснокутский В.А..11-е изд., первое посмерт., просм. и доп. Москва : Бр. Башмаковы, 1914. Т. 1. 499 с.

21. Гурвич М.А. Пресекательные сроки в советском гражданском праве. Москва : ВЮЗИ, 1961. 80 с.

22. Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права: Введение и общая часть / Эннекцерус Л., Кипп Т., Вольф М.; под ред., с предисл.: Генкин Д.М.; пер. с нем. Новицкий И.Б. Москва : Иностр. лит., 1950. Т. 1. 483 с.

23. Энгельман И.Е. О давности по русскому гражданскому праву. Историко-догматическое исследование. Москва : Статут, 2003. 511 с.

24. Гуйван П.Д. Теоретичні питання строків у приватному праві : монографія. Харків : Право, 2014. 632 с.

DOI https://doi.org/10.36059/978-966-397-237-4-16

Шаповал Л. І.,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
Національної академії внутрішніх справ,
м. Київ

ВИДИ ПРЕДСТАВНИЦТВА В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Анотація. *Проаналізовано види представництва в цивільному праві України, надано їх правову характеристику і розкрито зміст кожного з них. Під час розкриття загальних положень про диференціацію представництва звертається увага на те, що вольові акти опікуна повинні перебувати у прямій залежності зі здійсненням суб'єктивних прав і виконання обов'язків підопічного та вказівкою закону.*

Звернено увагу на те, що найбільш природним явищем, що відповідає сутності цивільно-правового представництва, є договірне представництво. У разі відсутності договору про представництво виникають явища, що подібні до представництва, але за своєю сутністю не дуже близькі до нього.

У разі з'ясування особливостей недоговірного представництва звернено увагу на те, що опікун недієздатного виражає свою волю, яка визначається і диктується покладеними на нього обов'язками щодо захисту прав недієздатного. Воля опікуна спрямована не на заміну волі підопічного, а на вибір засобів щодо здійснення суб'єктивних прав і виконання обов'язків підопічного. Це істотно відрізняє відносини, що виникають у разі вчинення правочинів опікунами від імені їх недієздатних підопічних, від правочинів, вчинених дієздатними громадянами через представників.

Вступ

Інтереси України як самостійної незалежної демократичної держави вимагають створення чітко визначеної законодавчої бази, яка дасть можливість нашій державі інтегруватись у європейський та світовий простір.

На сучасному етапі розбудови української державності, проведення системних правових реформ одним з головних завдань є така організація громадського життя, за якої всіляко

полегшуються і розширюються можливості набуття, здійснення та захисту суб'єктивних прав і виконання обов'язків. Ефективним засобом такого розвитку суспільства є цивільно-правовий інститут представництва.

Значення цього інституту у суспільному житті зумовлене тим, що за допомогою інституту представництва створюються додаткові можливості для здійснення прав і виконання обов'язків учасниками цивільних правовідносин, забезпечується більш повний захист їхніх суб'єктивних прав, підвищується ефективність встановлення економічних зв'язків між суб'єктами господарювання.

Громадяни нерідко звертаються до представництва, вчиняючи правочини, здійснюючи свої права (у разі отримання заробітної плати, поштового переказу і т.п.), а також виконуючи обов'язки батьків (усиновлювачів) та опікунів стосовно малолітніх чи недієздатних осіб.

Представництво застосовується і у відносинах з участю юридичних осіб.

Цивільно-правовий інститут представництва об'єднує різноманітні за своїм змістом відносини з участю фізичних та юридичних осіб, державних та громадських організацій. Сфера застосування представництва охоплює всі галузі економіки нашої держави. Саме тому інтерес до дослідження проблем, пов'язаних з розкриттям правової природи представництва, його змісту, видів та інших питань проявляють як науковці, так і практики.

Варто зазначити, що останніми роками в Україні на монографічному рівні питання цивільно-правового представництва досліджувались у дисертаційних роботах Н. Федорченко, І. Гелецької, С. Керимова, але, незважаючи на певні досягнення в цьому напрямі, залишились спірними низка теоретичних положень, пов'язаних з представництвом у цивільному праві. Мають місце протиріччя у системі законодавчих актів, норми яких регулюють суспільні відносини щодо представництва. Залишається не досить визначеною роль держави у захисті прав малолітніх та недієздатних осіб, які постраждали від протиправної діяльності опікунів чи інших осіб, причетних до представництва щодо них.

Саме тому проблеми правового регулювання суспільних відносин, пов'язаних з представництвом у цивільному праві, набувають усе більшого значення, чим і зумовлюється актуальність теми дослідження та доцільність проведення його в рамках цієї монографії.

1. Загальні положення про диференціацію представництва

Види представництва неможливо встановити без визначення підстав його виникнення. Якщо встановлено, що представництво є певним цивільно-правовим відношенням, то як будь-яке правовідношення воно виникає на підставі юридичних фактів. Юридичні факти – теж явище неоднорідне. Вони поділяються на події та дії. Дії – це наслідки волевиявлення людей. Події настають незалежно від волевиявлення.

Дослідженню підстав виникнення представництва значну увагу приділила І. Гелецька. Дослідивши позиції багатьох авторів з цього питання, вона дійшла висновку, що найбільш правильною є позиція тих авторів, які поділяють представництво на два види: законне (обов'язкове) та добровільне. Обов'язкове представництво виникає внаслідок обставин, що не залежать від волі особи, яку представляють, причому юридичні факти – підстави представництва – не регулюють відносини між особою, яку представляють, та представником. Це робить закон [1, с. 69].

Обґрунтовуючи свої висновки, І. Гелецька наголошує, що у разі обов'язкового представництва, яке встановлюється або за прямою вказівкою закону або на основі розпорядчого акта, що видається відповідно до закону, саме закон визначає і повноваження представника. Зокрема, повноваження опікуна як представника.

Тому у таких випадках воля представника формується волею законодавця, а не особи, яку представляють, яка, як особа недієздатна, не володіє юридично значущою волею. Однак якщо недієздатні не володіють юридично значущою волею, то вони володіють юридично значущими інтересами, з якими і повинен рахуватися опікун у своїй діяльності. Відповідно до інтересів підопічних закон визначає повноваження опікуна. Таким чином, вольові акти опікуна перебувають у прямій залежності від інтересів підопічного та прямої вказівки законодавця [1, с. 72].

Навівши таку цитату, ми переслідуємо мету не тільки послатись на роботу І. Гелецької, але й звернути увагу на оригінальність обґрунтування законного представництва. Беззаперечно, автор має рацію, коли стверджує, що недієздатні не володіють юридично значущою волею і тому їх волю необхідно замінити волею іншої особи. Що ж до твердження, що недієздатний володіє юридично значущим інтересом, з яким повинен рахуватись опікун, то необхідно визначитись, що ж являє собою інтерес недієздатного.

В. Грібанов запропонував таке визначення поняття інтересу: це потреба, що прийняла форму свідомого спонукання і прояву в житті бажань, намірів, прагнень і знайшла відображення у тих відносинах, у які вступають особи у процесі своєї діяльності [2, с. 240]. Як видно, інтерес – це потреба, що прийняла форму свідомого спонукання, а тому недієздатний інтересу мати не може.

І. Бірюков під інтересом у цивільному праві розуміє об'єктивну причину діяльності суб'єкта, спрямовану на задоволення певних майнових потреб, потреб, що виникають у сфері інтелектуальної діяльності, та потреб, що породжуються наявністю та функціонуванням особистих немайнових прав та обов'язків [3, с. 20].

Недієздатний не в змозі самостійно визначити об'єктивну причину своєї діяльності і не може самостійно задовольняти майнові та немайнові потреби.

І. Гелецька стверджує, що недієздатний володіє не просто інтересом, а юридично значущим інтересом. З огляду на те, що більшість авторів інтерес відокремлюють від суб'єктивних прав, вважаючи, що ні природа інтересу, ні сутність суб'єктивного права, ні взаємний зв'язок між ними не дають підстав для твердження про те, що інтерес входить у самий зміст суб'єктивного права [2, с. 240].

На думку В. Тархова, вказівка на інтерес уповноваженої особи в понятті суб'єктивного права не є ні правильною, ні корисною. Вона ускладнює теоретичні дослідження і може завдавати шкоди охороні суб'єктивних прав [4, с. 129].

Інтерес, навіть перебуваючи під охороною закону чи права, на відміну від суб'єктивного права, не має такої правової можливості, як останнє, оскільки не забезпечується юридичним обов'язком іншої сторони. Законний інтерес відбиває лише легітимне прагнення свого носія до того, що не заборонено законом, тобто тільки його бажання, мрію, потяг до нього, а отже, і не юридичну, а фактичну (соціальну) можливість [5].

Отже, інтерес, по-перше, перебуває поза суб'єктивним правом, по-друге, він є проявом волі носія суб'єктивного права (інакше його б не можна було поділяти на юридично значимий і протиправний).

Виходячи з викладеного, важко погодитись з тим, що опікун повинен рахуватись у своїй діяльності тільки з юридично значущим інтересом підопічного та вказівками законодавця.

Недієздатний є особою правоздатною, а як правоздатна особа він здатний мати цивільні права і обов'язки, але він не тільки здатний мати, а й має низку особистих немайнових прав, принаймні тих, що виникають від народження. Він має певні майнові права (пенсію, інші виплати та майно). Він може мати суб'єктивні права, що виникають у результаті інтелектуальної діяльності.

Тому вольові акти опікуна повинні перебувати у прямій залежності зі здійсненням суб'єктивних прав і виконання обов'язків підопічного та вказівкою закону. При цьому необхідно враховувати вимоги, що застосовуються у разі задоволення певних інтересів дієздатних осіб. Тут має місце неначебто аналогія інтересу.

Про інтерес можна вести мову у разі виникнення договірного представництва. Для досягнення свого інтересу особа, яку представляють, і вступає у представницькі відносини. Саме діяльність представника у договірному представництві повинна бути спрямована на задоволення відповідних майнових потреб особи, яку представляють, потреб, що виникають у сфері інтелектуальної діяльності, та потреб, що породжуються наявністю та функціонуванням особистих немайнових прав та обов'язків, а це є складовою частиною інтересу особи, яку представляють.

І. Гелецька стверджує, що підставою обов'язкового представництва можна вважати народження дитини, посвідчене належним чином, посилаючись при цьому на ст. 121 СК України. Необхідно звернути увагу, по-перше, на те, що у ст. 121 СК України термін «представник» не використовується, і по-друге, у наведеній статті скоріше йдеться про правоздатність матері, батька і дитини. З народженням у дитини виникає правоздатність, а у її батьків обсяг правоздатності значно розширюється.

А тепер щодо договірного (добровільного) представництва. Добровільне представництво виникає через договір та видачу довіреності і характеризується тим, що воля його суб'єктів має вирішальне значення для його виникнення.

Саме тому, зазначаючи, що законне представництво не залежить від волі особи, яку представляють, було б логічним сказати, що воно принаймні залежить від волі представника стати представником.

Відчуваючи спірність такої класифікації, І. Гелецька звертає увагу на те, що у разі добровільного представництва внутрішнє правовідношення виникає, як правило, через договір, зокрема, договір доручення.

Роблячи з цього висновок, зазначимо, що співвідношення права та обов'язку повіреного з виконання доручення є паралельним і він не тільки несе обов'язок вчинити певні дії від імені довірителя, але і має право (повноваження) вчинити ці дії [1, с. 74].

В обов'язковому представництві чомусь звертається увага лише на відсутність волі особи, яку представляють, звертаючи особливу увагу на безпорадність цієї особи. Саме з цієї причини закон немов би примушує опікуна цієї особи здійснювати її суб'єктивні права та обов'язки.

Такий підхід до вирішення проблеми класифікації представництва видається не зовсім вдалим. Адже якщо визнати представниками малолітнього його батьків, то виявиться, що вони мають набагато більше можливостей проявити свою волю щодо здійснення суб'єктивних цивільних прав своїх малолітніх дітей порівняно з добровільним представником.

Саме в цьому протиріччі проявляється непослідовність прибічників поділу представництва на договірне і законне. І, можливо, це викликало найбільшу критику їх позицій. Адже в літературі зверталась увага на те, що «сам термін «законне представництво» може ставити під сумнів інші види представництва» [6, с. 160]. Назване зауваження і натепер лишається фактично не спростованим.

У цьому зв'язку важко погодитись з висновком Г. Лазько, що оптимальними моделями цивільно-процесуального представництва є законне та договірне, які найбільш повно відповідають сучасним тенденціям побудови в Україні демократичної, соціальної та правової держави, а також визнання принципу верховенства права та прав і свобод особи як фундаментальних принципів функціонування громадянського суспільства [7, с. 56].

Такий висновок не відповідає ні сучасним тенденціям побудови в Україні демократичної, соціальної та правової держави, ні принципу верховенства права. Термін «законне представництво» свідчить про верховенство закону, а не права, що не відповідає демократичним тенденціям розвитку держави.

Не менш спірною є назва одного з видів представництва – обов'язкове представництво. Якщо однією з підстав виникнення договірного представництва є не тільки волевиявлення особи, яку представляють, а й представника, то з таких позицій необхідно підходити до аналізу правової природи законного (обов'язкового) представництва. Адже важко уявити ситуацію, у

якій особа призначається опікуном поза її волею. Як договірне, так і законне представництво, як правило, виникає за волею представника. Як виняток можна назвати встановлення батьківства у судовому порядку.

З викладеного видно, що поділ представництва на добровільне і обов'язкове приховує істотні протиріччя і породжує сумніви.

Найбільш природним явищем, що відповідає сутності цивільно-правового представництва, є договірне представництво. В його основі лежить погоджене волевиявлення представника і особи, яку він представляє. Як правило, таке представництво здійснюється за довіреністю.

У разі відсутності договору про представництво виникають явища, подібні до представництва, але за своєю сутністю не дуже близькі до нього. Тому цивільно-правове представництво найдоцільніше поділяти на договірне і недоговірне представництво. Недоговірне представництво виникає поза волею особи, яка потребує захисту через неможливість здійснювати свої суб'єктивні права чи виконувати обов'язки самостійно. Така класифікація закладена і в ч. 3 ст. 237 ЦК України, згідно з якою представництво виникає на підставі договору, закону, акта органу юридичної особи та з інших підстав, встановлених актами цивільного законодавства [8].

Висловлено думку про те, що підставами представництва можуть бути одні юридичні факти, а підставами повноваження – інші. Так, Б. Черепахін відносив до підстав представництва правочин про представництво, а підставою повноваження називав видачу довіреності [9, с. 198]. Згідно з іншою точкою зору, підстави представництва і підстави повноваження – одні й ті ж юридичні факти [10, с. 65]. Зміст питання не змінюється, – пише В. Рясенцев, – коли говорять не про підстави представництва, а про підстави повноваження, причому в цьому разі під повноваженням розуміють «право представництва» [11, с. 48].

Обсяг і характер повноважень, якими наділяється представник, залежать від того, з яких саме юридичних підстав виникло відношення по представництву. Водночас специфіка різних підстав виникнення відносин по представництву служить критерієм класифікації цих відносин [12, с. 203].

Ю. Калмиков та В. Тархов зазначають, що в основу класифікації підстав представництва повинен бути покладений загальний розподіл юридичних фактів на події і юридичні дії, і що таке

угруповання підстав представництва має визначений сенс. На їхню думку, в одних випадках представництво виникає незалежно від волі особи, яку представляє представник, в інших – встановлюється з волі особи, яку представляє представник [13, с. 186].

Але ж, як було зазначено, поділ представництва за волевиявленням особи, яку представляють, несе у собі значні протиріччя і викликає сумнів у доцільності такої класифікації.

Договірне представництво виникає за волею як дієздатної особи, яка звертається за допомогою до представника для вчинення правочинів, так і за волею представника. За загальним правилом відносини договірного представництва відповідають загальним умовам вчинення правочинів.

Що ж до диференціації представництва, то його можна класифікувати і за іншими ознаками:

– за підставами виникнення – договірне і недоговірне[1];

– за порядком надання повноважень – засноване на довіреності, законі, адміністративному акті;

– за змістом – виключне і комплексне;

– за способом виконання – таке, що виконується представником особисто, і таке, що виконується за передорученням.

2. Договірне представництво

Найбільш поширеною підставою виникнення представництва є договір, який пов'язує представника з особою, яку представляють.

Правильно вказувала О. Нєвзгодіна [14, с. 69] на те, що у разі договірного представництва юридичні факти, які є його підставою (згода, видача довіреності), несуть ніби «подвійне навантаження»: породжуючи внутрішні відносини представництва, вони одночасно є засобом індивідуального, здійснюваного на підставі норм права, регулювання відносин представництва, а тому є засобом формування конкретного змісту прав та обов'язків учасників представництва. Фіксація ж цього змісту зовні здійснюється відповідно до норм права про форму правочину.

[1] Недоговірне представництво – це представництво, яке виникає поза волею особи, яку представляють, або у випадках, передбачених законом, з урахуванням її волі.

У науці цивільного права існує декілька позицій з приводу того, чи виникає договірне представництво виключно за волею особи, яку представляють, чи для цього необхідне і волевиявлення представника.

Так, О. Нєвзгодіна [15, с. 63–64] трактує договірне представництво як таке, що виникає не тільки за волею особи, яку представляють, але одночасно і за волею представника. Неможливість виникнення договірного представництва без волі особи, яку представляють, очевидна. Не менш очевидним є той факт, що без зустрічного волевиявлення майбутнього представника прийняти на себе представницькі функції договірне представництво виникнути не може. Два зустрічні волевиявлення дають не що інше, як договір між особою, яку представляють, та представником, що спрямований на виникнення відносин представництва. Тому підставою виникнення договірного представництва може бути тільки згода сторін, зафіксована у договорі.

У літературі немає єдиного визначення поняття представництва за договором. Так, Ю. Заіка дає таке визначення представництва за договором: це таке представництво, яке виникає в результаті угоди між представником та особою, яку він представляє. Для здійснення такого представництва необхідно отримати довіреність, яку той, кого представляють, видає представникові як доказ наданих йому повноважень [16, с. 128], С. Ландкоф договірним називає таке представництво, яке побудоване на згоді між представником та довірителем. Найчастіше це договір доручення. Договірне представництво може виникати і на основі трудового договору. Межі повноваження договірного представника визначаються виключно за згодою довірителя [17, с. 123].

Дещо іншої точки зору дотримуються Ю. Толстой та А. Сергєєв, які вважають, що договірне представництво виникає виключно за волею учасників договору [18, с. 232], але, по суті, це не протирічить наведеному вище. Тому, як точно, на наш погляд, зазначила І. Гелецька, доцільно все-таки зазначений вид представництва йменувати саме договірним через те, що у такому разі без договору, згоди, домовленості не зможуть виникнути відносини представництва.

Своєрідної позиції дотримувався О. Йоффе [6, с. 198–199], коли доводив, що добровільне та договірне представництво – це не тотожні поняття. Його аргументи базувалися на тому, що

внутрішня сторона у добровільному представництві інколи може бути заснована не на договорі, а на інших актах права (наказ керівника, службова інструкція), і, оскільки має місце добровільне представництво, останнє здійснюється у порядку виконання представником службових обов'язків. Зовнішня сторона у добровільному представництві (повноваження) найчастіше виражається в односторонньому договорі (довіреності). А сам договір, навіть договір доручення, не містить повноваження особи і тому не може бути підставою внутрішньої сторони добровільного представництва. В. Вольфсон ще свого часу вказував, що «взаємини між довірником та довіреним визначено у договорі доручення. У цьому договорі визначено їхні внутрішні взаємини. Цей договір не торкається третіх осіб. Але призначення доручення полягає у тому, щоб через довіреного зв'язати безпосередньо довірника з контрагентом. Для цього треба, щоб внутрішні взаємини поміж довірником та довіреним мали свій зовнішній вираз, який був би доступний для відома третіх осіб... На підставі умов праці того чи іншого службовця, на підставі того, що саме він робить на підприємстві, здебільшого легко встановити також і межі його повноважень, що належать тому або іншому представникові... Але здебільшого договори з довіреним складаються поза підприємством довірника, що цей довірений обслуговує. У такому разі потрібне формальне визначення його вповноважень. Для цього і служить довіреність» [19, с. 145].

Із твердження О. Йоффе можна зробити висновок, що представництво може існувати окремо у формі добровільного та окремо у формі договірного. Але п. 1 ст. 244 ЦК України встановив, що за довіреністю може здійснюватися представництво, яке ґрунтується на договорі. Як було вище зазначено, основою договірного представництва, незалежно від підстав виникнення, завжди є договір двох сторін, тобто договір (договір доручення, трудовий договір). Договір доручення, беззаперечно, вважається підставою виникнення договірного представництва, як і трудовий договір.

Так, через договір доручення «одна сторона (повірений) зобов'язується вчинити від імені та за рахунок другої сторони (довірителя) певні юридичні дії. Правочин, вчинений повіреним, створює, змінює, припиняє цивільні права та обов'язки довірителя» (ст. 1000 ЦК України).

У договорі доручення або у виданій на підставі договору довіреності мають бути чітко визначені юридичні дії, які належить вчинити повіреному. Такі дії мають бути правомірними, конкретними та здійсненними (ст. 1003 ЦК України).

Сторонами в договорі доручення є довіритель і повірений, якими можуть бути дієздатні фізичні особи та юридичні особи.

Предметом договору доручення є юридичні дії, пов'язані із наданням нематеріальних посередницьких послуг (підписання документів, вчинення правочинів, навантаження вантажу тощо). Предмет договору доручення конкретизується у вказівках довірителя, які мають своєрідну форму замовлення на надання посередницьких послуг.

Законом не передбачені спеціальні вимоги щодо форми договору доручення, тому на договір доручення поширюються загальні правила про форму правочинів.

Строк дії договору доручення залежить від характеру даного довірителем доручення. У договорі доручення може бути визначений строк, протягом якого повірений має право діяти від імені довірителя. Ціна (розмір плати за послуги) у оплатному договорі доручення визначається домовленістю сторін.

Обов'язки повіреного:

– вчиняти дії відповідно до змісту даного йому доручення. Повірений може відступити від змісту доручення, але він повинен повідомити про це довірителя;

– виконати дане йому доручення особисто. Повірений має право передати виконання доручення іншій особі, якщо це передбачено договором або якщо повірений був вимушений до цього обставинами з метою охорони інтересів довірителя, але довіритель повинен бути про це негайно повідомлений;

– повідомляти довірителеві на його вимогу всі відомості про хід виконання його доручення;

– після виконання доручення або в разі припинення договору доручення до його виконання негайно повернути довірителеві довіреність, строк якої не закінчився, і надати звіт про виконання доручення та виправдні документи, якщо це вимагається за умовами договору та характером доручення;

– негайно передати довірителеві все одержане у зв'язку з виконанням договору (ст. ст. 1005–1006 ЦК України).

Довіритель зобов'язаний:

– видати повіреному довіреність на вчинення юридичних дій, передбачених договором доручення;

– забезпечити повіреного засобами, необхідними для виконання доручення;

– відшкодувати повіреному витрати, пов'язані з виконанням доручення;

– негайно прийняти від повіреного все одержане ним у зв'язку з виконанням доручення;

– виплатити повіреному плату, якщо вона йому належить (ст. 1007 ЦК України).

Договір доручення припиняється на загальних підставах припинення договору, а також у разі:

– відмови довірителя або повіреного від договору;

– визнання довірителя або повіреного недієздатним, обмеження його цивільної дієздатності або визнання безвісно відсутнім;

– смерті довірителя або повіреного. У разі смерті повіреного його спадкоємці повинні повідомити довірителя про припинення договору доручення та вжити заходів, необхідних для охорони майна довірителя, зокрема зберегти його речі, документи та передати їх довірителеві (ст. 1008 ЦК України).

Загалом, можна стверджувати про те, що договір доручення, основним змістом якого є домовленість про представництво, є договором про представництво. «Доручення, по суті справи, є не що інше, як договір про представництво. На нього тому і поширюються загальні правила про представництво, що містяться в ЦК України» [20, с. 508]. «За своєю правовою природою він є договором про представництво, за яким одна особа зобов'язана діяти від імені та за рахунок іншої особи» [21, с. 20].

Регулюючи внутрішні відносини особи, яку представляє представник, і представника, він одночасно служить тим юридичним фактом, що приводить до виникнення представництва. Договір доручення широко застосовується в цивільному, цивільно-процесуальному, трудовому і кримінально-процесуальному праві. Виступ адвоката у суді, отримання заробітної плати й інших виплат замість працівника, а також виступ адвоката в кримінальному процесі ґрунтуються на договорі доручення [22, с. 14].

Натепер у науковій і навчальній літературі досить чітко розмежовуються доручення і довіреність, що, безумовно, водночас зв'язано із включенням у чинному законодавстві норм про довіреність у Загальну частину Цивільного кодексу. Однак відголоси змішування, що раніше допускалися, ще зустрічаються і

у законодавстві, і в літературі, і в практиці. Так, у Законі України «Про нотаріат» до 2019–2020 років існував лише термін «доручення», такого ж терміна, як «довіреність», не існувало. Наприклад, лише 14.07.2020 року ч. 1 ст. 58 ЗУ «Про нотаріат» було опубліковано в новій редакції, де з'явився термін «довіреність», до цього йшлося про те, що нотаріуси посвідчують доручення.

Із зазначеного можна зробити висновок, що для уникнення розбіжностей між термінами «доручення» та «довіреність» ЗУ «Про нотаріат» лише нещодавно було узгоджено з Цивільним кодексом України. Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України з ЦК України вже до цього була узгоджена.

С. Братусь, О. Йоффе та В. Рясенцев зазначали, що внутрішня сторона в представництві за договором ґрунтується іноді не на договорі, а на актах адміністративного права (припис начальника, службова інструкція і т. п.), і тоді воно здійснюється в порядку виконання представником його службових обов'язків. Зовнішня сторона в представництві за договором (повноваження) в більшій частині ґрунтується на односторонньому правочині, вираженому в довіреності, чи в створенні такої обстановки, з якої треті особи мають підстави побачити наявність відповідного повноваження у певної особи (продавець у роздрібній торгівлі, касир і т. п.) [23, с. 198–199]. Але у такому разі взаємини сторін також виникають через договір (трудовий). Коли особа влаштовується на роботу, для виконання певних трудових функцій, вона тим самим автоматично дає згоду на подальші дії керівника стосовно неї у виконанні своїх посадових обов'язків.

Зазначимо, що у разі представництва на підставі акта органу юридичної особи, окрім наявності зустрічного волевиявлення майбутнього представника, присутній також і обов'язок діяти певним чином у зв'язку з виконанням цією особою службових обов'язків та приписів, які вказані у акті органу юридичної особи.

Приєднуючись до думки І. Гелецької [1, с. 145], зазначимо, що ми теж дотримуємося тієї позиції, що висвітлюване нами поняття все-таки має іменуватися саме договірним, бо договір – це один зі способів добровільного волевиявлення.

Підставою представництва за договором є факт членства у творчих організаціях. Письменник, художник і інший творчий працівник вступають у відповідну організацію по своїй волі. Ця обставина зумовлює добровільний характер представництва інтересів авторів і їх захист [22, с. 16].

Представництво за договором є всякий раз, коли особа, яка здатна і сама вступити в юридичні відносини, надає іншій особі за згодою з нею право вчиняти правочини від її імені (від імені особи, яку представляє представник) [24, с. 174].

Якщо у разі представництва за договором повноваження представника визначаються відповідно до закону волею особи, яку представляє представник, то це означає, що, вчиняючи власні вольові акти, представник зобов'язаний погоджуватися з волею особи, яку він представляє. Як, однак, бути у разі порушення представником цього його обов'язку? Чия воля заслуговує переваги – представника чи особи, яку представляє представник? Для відносин представника з особою, яку він представляє, завжди вирішальне значення має воля останнього, і якби представник порушив її, він був би зобов'язаний відшкодувати завдані йому збитки [12, с. 205–206].

Далі, на нашу думку, доречно розглянути, до якого виду представництва належать патронатні вихователі, прийомні батьки та батьки-вихователі [25, с. 20], діяльність яких запроваджена Сімейним кодексом України.

Патронатна сім'я, прийомна сім'я та будинок сімейного типу утворюється на підставі договору між патронатними вихователями, прийомними батьками, батьками-вихователями та органом опіки і піклування, який передає їм дитину-сироту або дитину, позбавлену батьківського піклування, для виховання та спільного проживання [25, с. 20].

Передаючи дитину патронатним вихователям, прийомним батькам, батькам-вихователям, орган опіки і піклування не втрачає зв'язків з цією дитиною. Він зобов'язаний контролювати виконання цими особами своїх обов'язків щодо виховання та утримання дітей.

На думку І. Бірюкова, за термінологією договір про патронат над дітьми має багато спільного з цивільно-правовим договором. А, на нашу думку, у зв'язку з доповненням СК України главами 20-1 та 20-2, то і договір про влаштування дітей до прийомної сім'ї та договір про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу теж має багато спільного з цивільно-правовим договором.

У ньому застосовуються цивільно-правові терміни: договір, сторони, оплатність, двосторонність тощо. Але за своєю правовою природою цей договір не є цивільно-правовим і на нього не можуть поширюватись положення зобов'язального права, тому що:

по-перше, предметом цього договору є діяльність, пов'язана з вихованням та утриманням дітей, що є сферою регулювання сімейного права;

по-друге, за невиконання умов договору не встановлена цивільно-правова відповідальність у вигляді відшкодування збитків чи інших майнових санкцій;

по-третє, патронатні вихователі, прийомні батьки, батьки-вихователі за своїм правовим статусом прирівнюються до опікуна (піклувальника) дитини, права та обов'язки якого встановлено не умовами договору, а нормами сімейного чи адміністративного законодавства [26, с. 274].

Слід зазначити, що на передачу дитини у сім'ю патронатного вихователя, до прийомної сім'ї чи до дитячого будинку сімейного типу потрібна згода дитини, якщо вона досягла такого віку, що може її висловити [27]. Це положення відповідає ч. 1 ст. 171 СК України, відповідно до якої дитина має право на те, щоб бути вислуханою батьками, іншими членами сім'ї, посадовими особами з питань, що стосуються її особисто, а також питань сім'ї [28, с. 380–381].

Як зазначила І. Гелецька, оскільки патронат є однією із форм влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування, у чужу сім'ю на виховання, зазначений інститут, на нашу думку, також може породжувати відносини представництва, тобто патронатний вихователь може займати правове становище опікуна або піклувальника [1]. Як бачимо, це знайшло відображення, закріплене у ч. 4 ст. 256-2 та ч. 4 ст. 256-6 Сімейного кодексу України, в яких зазначено, що прийомні батьки та батьки-вихователі є законними представниками прийомних дітей і діють без спеціальних на те повноважень як опікуни або піклувальники [25, с. 20].

На думку В. Рясенцева, патронатний вихователь є опікуном або піклувальником [29, с. 287]. Такої ж думки дотримується і Г. Свердлов. «Ми, – пише він, – повинні розглядати особу, що взяла дитину на виховання за договором патронату, як опікуна (піклувальника). Тільки таке рішення цього питання найбільшою мірою відповідає завданням охорони інтересів дитини»[2] [30, с. 86].

[2] На нашу думку, оскільки інтереси дитини формуються не самою дитиною, а іншими суб'єктами, тому правильніше було б писати не про охорону інтересів дитини, а про охорону суб'єктивних прав дитини.

Між патронатом, опікою й піклуванням є й деякі розходження, але вони не стосуються суті відносин між вихователями й дітьми. Ці розходження здебільшого зберігаються лише у тексті законів, що регулюють патронат, опіку й піклування:

а) патронат відрізняється від опіки й піклування тим, що прийняття обов'язків патронатного вихователя цілком залежить від бажання особи, що бере дитину на виховання. Але практика не знає випадків призначення опікунів і піклувальників без їхньої на те згоди;

б) тривалість опіки й піклування встановлена законом, вона не може бути змінена сторонами. Строк патронату визначається сторонами під час укладання договору. Але все-таки це розходження не має практичного значення і суттєвого впливу на виховання осіб, які перебувають під патронатом, не справляють;

в) патронатний вихователь одержує щомісяця на утримання особи, яку він патронує, встановлену договором суму. Опікуни ж можуть отримувати кошти на утримання підопічних тільки в тих випадках, коли ці засоби відпускаються органами соціального забезпечення за клопотанням органів опіки й піклування [31, с. 51].

г) опіка й піклування ґрунтуються не на договорі, як патронат, а призначаються в судовому порядку.

Як зазначає В. Бошко, «діти, що перебувають під патронатом, звичайно, є чужими особі, що укладає договір про патронування, а не близькими їй по сімейній, кровно-родинній лінії» [32, с. 323].

Це суттєво впливає на правове становище патронатних вихователів порівняно з правами та обов'язками батьків. Якщо батьки здійснюють не тільки права своїх дітей, а й свої права та обов'язки, що становлять обсяг їх правоздатності щодо своїх дітей, то патронатні вихователі здійснюють лише права і обов'язки, зазначені в договорі, що є проявом їхньої дієздатності.

Що ж до розходження між патронатом і опікою, то повноваження опікуна формуються на підставі норм законодавства, а повноваження патронатного вихователя, крім того, і на підставі договору.

Якщо опікун здійснює захист прав підопічного за рахунок самого підопічного, то патронатний вихователь за кошти, представлені у патронатному договорі.

У літературі запропоновано три види патронатних договорів. Всі вони класифікуються за джерелом здійснення утримання дитини, що певним чином впливає на роль органу опіки і піклування у разі посвідчення такого договору.

1. За рахунок майна дитини – орган опіки і піклування діятиме від її імені як законний представник дитини.

2. За рахунок державного бюджету – орган опіки і піклування діятиме в інтересах держави.

3. За рахунок місцевого бюджету – як представник органу місцевого самоврядування – територіальної громади [33, с. 737].

Щодо першого виду договору, то він не викликає заперечень, бо співпадає з нашою думкою про правове становище органу опіки і піклування стосовно здійснення прав і обов'язків дитини. Адже опіка та піклування – це така форма передачі дітей, які внаслідок тих чи інших обставин залишилися без батьківського піклування, іншим особам, що має на меті їх виховання, захист їхніх особистих і майнових прав, охорону інших інтересів [26, с. 201].

Ми погоджуємось з цією класифікацією, але важко погодитись з думкою про те, що у разі укладання органом опіки і піклування договору за рахунок державного бюджету він діятиме тільки в інтересах держави. На нашу думку, орган опіки і піклування повинен виступати завжди в інтересах дитини.

Саме тому, що він є представником дитини, він і повинен діяти в її інтересах. Він, як представник дитини, повинен одержати гроші з фінансового органу держави чи територіальної громади. І, будучи представником дитини, укласти договір з патронатними вихователями, прийомними батьками чи батьками-вихователями щодо виховання і утримання дитини у сім'ї.

Таким чином, за підставами виникнення, джерелом фінансування патронатний договір теж можна віднести до договірного представництва.

СК України відніс прийомних батьків та батьків-вихователів до законних представників прийомних дітей, але, на нашу думку, з огляду на те, що для здійснення виховання та утримання цими особами прийомних дітей потрібно укладення договору між ними та органом опіки і піклування, то їх теж можна віднести швидше до договірного представництва, ніж до законного.

Також, на нашу думку, до договірного представника належить також і помічник, якого має право собі вибрати дієздатна фізична особа, яка за станом здоров'я не може самостійно здійснювати свої права та виконувати обов'язки (ч. 1 ст. 78 ЦК України).

Такий помічник призначається за заявою особи, яка потребує допомоги, після чого ім'я її помічника реєструється органом опіки та піклування, що підтверджується відповідним

документом. Згідно з ч. 2 ст. 78 ЦК України такий помічник має право на одержання пенсії, аліментів, заробітної плати, поштових відправлень, які належать фізичній особі, що потребує допомоги. Оскільки особа, яка потребує допомоги, є цілком дієздатною, то помічник може здійснювати зазначені дії тільки за згодою цієї особи. Помічник також має право здійснювати дрібні побутові правочини відповідно до повноважень, наданих йому дієздатною особою, помічником якої він є (ч. 3 ст. 78 ЦК України).

Однією з нових договірних форм інституту представництва є комерційне представництво.

Останнім часом усе більшого поширення набуває представництво, що здійснюється особами, які не перебувають у трудових правовідносинах із суб'єктами підприємницької діяльності. Йдеться про комерційних представників [34, с. 37].

Відповідно до ст. 243 ЦК України комерційним представником є особа, яка постійно та самостійно виступає представником підприємців під час укладення ними договорів у сфері підприємницької діяльності.

З правової природи комерційного представництва можна зробити висновок, що комерційними представниками можуть бути юридичні особи, які утворені у встановленому законом порядку, та фізичні особи – суб'єкти підприємницької діяльності [35, с. 158–159]. Такі представники, формально займаючи положення самостійних суб'єктів права, власне кажучи, повністю залежать від підприємств, інтересами яких вони покликані керуватися у своїй діяльності [36, с. 101].

Слід зазначити, що юридичні особи можуть представляти інтереси як інших юридичних осіб, так і фізичних осіб. Однак діяльність юридичної особи по представництву допускається лише в межах, передбачених у статуті (положенні) цієї юридичної особи. Причому для одних організацій вона може носити основний характер по представництву, наприклад, у суді по цивільних справах, а для інших – додатковий [37, с. 171].

За підставами свого виникнення комерційне представництво ґрунтується на договорі, укладеному між комерційним представником та особою, яку він представляє. За своєю правовою природою цей договір є договором доручення. Порівнюючи договір доручення з комерційним представництвом, А. Гуєв [38, с. 293] зауважив таке: «Відносини з комерційного представництва завжди мають бути оформлені письмово, тоді як

для договору доручення можлива й усна форма. Представник за комерційним представництвом здійснює свою діяльність постійно; повірений у договорі доручення може виступати і за разовим дорученням довірителя».

Слід зазначити, що ціллю комерційної діяльності є отримання прибутку. Але це зовсім не кінцева ціль діяльності підприємства загалом. Головна ціль його діяльності (місія) – задоволення громадських потреб у певних видах товарів у тих чи інших географічних межах ринку. Тільки через задоволення потреб можна отримати прибуток. Саме цим цілям у багато чому слугує інститут комерційного представництва. Принаймні, сприяє досягненню цих цілей, що і підтверджує зайвий раз, що знаннями в цій галузі повинен володіти будь-який юрист, який має намір спеціалізуватися в галузі комерційного права.

Комерційне представництво не є тотожним поняттю представництва, незважаючи на те, що походить від нього. Окремі дослідники справедливо вказують: «Поняття комерційного представництва, безумовно, як такого, що походить від класичної концепції цивільного представництва, але в дійсності запозиченого з розмовної мови, має свої особливості, які роблять його автономним поняттям» [39].

Якщо порівняти обидва ці поняття, можна знайти у них такі відмінності. По-перше, предметом цивільного представництва є одна або декілька юридичних дій, вчинюваних представником. Комерційний представник може вчиняти як юридичні, так і фактичні дії або тільки фактичні. Навіть якщо діяльність цивільного представника і включає у себе вчинення фактичних дій, цивільне представництво при цьому має на увазі вчинення виключно юридичних дій, ціль яких – створення, зміна або припинення правовідносин. Але ж представник – це особа, яка вчиняє юридичні дії на користь і від імені іншого; вчиняти дії означає: укладати договір, визнавати різного роду заяви, приймати оплату або поставку товару, тобто брати участь у юридичному правовідношенні. Подібні дії якраз і має вчиняти комерційний представник, уповноважений на укладання договорів від імені особи, яку представляє. Своїми діями він змінює юридичний стан останньої. Участь у справах іншої особи досить часто має змішаний характер з точки зору вчинюваних дій: фізичні та інтелектуальні, юридичні та неюридичні, що повністю відповідає правовому статусу комерційного представника. Однак

два складники діяльності представника та комерційного представника мають протилежне значення. Юридична діяльність представника переважає над фактичною діяльністю. Навпаки, правомочність, за якою комерційний представник може вчиняти правочини, які він підготував, не змінює юридичної природи його договору, головним чином залежної від діяльності фактичної (пошук контрагента та ведення з ним переговорів).

Наступна відмінність комерційного представництва полягає у тому, що діяльність цивільного представника є випадковою і одноосібною. Вона поширюється на одну або декілька справ. Комерційне представництво – це професія. Той, хто займається ним, вступає у довготривалі зв'язки з комітентом або наймачем. Ця діяльність полягає у неодноразовому вчиненні операцій певного виду та отримання прибутку. Знаходження клієнтури є звичайною діяльністю представника. Підтримуючи безперервні відносини зі своїм клієнтом, він веде переговори або укладає для нього максимум договорів одного виду.

Це дозволяє віднести комерційне представництво до підприємницької діяльності відповідно до ст. 42 Господарського кодексу України [40, с. 68].

3. Недоговірне представництво

Перед тим, як приступити до аналізу поставлених питань, необхідно зазначити, що деякі з них були предметом розгляду І. Гелецької. З урахуванням цього спрямуємо наші зусилля на вирішення питань щодо видів представництва дещо з іншого боку, спираючись при цьому на опрацювання попередників, співставляючи їх з вимогами чинного цивільного законодавства.

Як уже зазначалось, за підставами виникнення представництво можна поділити на договірне і недоговірне. Оскільки недоговірне представництво виникає поза волею особи, яка потребує захисту через неможливість здійснювати свої суб'єктивні права чи виконувати обов'язки самостійно, то по суті своїй представництвом можна назвати лише договірне представництво, де відбувається поєднання волі особи, яку представляють, і представника. Більше того, ініціатором такого представництва виступає особа, яка має право, але не в змозі самостійно здійснити свої права і виконати обов'язки через збіг певних життєвих обставин. Укладаючи договір доручення з повіреним, вона уповноважує його на заміну себе у здійсненні

тих прав, які вона не в змозі здійснити самостійно. Надавши повіреному повноваження, вона довірилась йому. І саме ця довіра втілилась у наданих повіреному повноваженнях. Тому за повноваженнями один з видів представництва може бути названо представництвом за довіреністю.

У тих випадках, коли повноваження довіритель надати не в змозі, то обов'язок формування повноважень базується на інших засадах. В одних випадках такий обов'язок на себе взяла держава, розробивши низку законодавчих актів, в інших повноваження випливають з акта юридичної особи або з інших, передбачених цивільним законодавством підстав (п. 3 ст. 237 ЦК України).

Необхідно також звернути увагу, що здебільшого здійснення права і виконання обов'язків одними особами за інших виникає не з чітко визначених повноважень, а з настанням певної події і проявляється у вигляді природного права, що є набагато ширшим за право, встановлене законом. Саме до такого права необхідно віднести права й обов'язки батьків стосовно своїх малолітніх дітей.

Розглянувши представництво за договором, яке здійснюється представниками дієздатних осіб, зазначимо, що зовсім по-іншому здійснюються права і виконуються обов'язки у випадках, коли правочини вчиняються на користь малолітніх чи недієздатних осіб. У такому разі закон не визнає у особи, яку представляє представник, розумної і свідомої волі, яка могла б направляти її дії в цивільному обігові. Саме відсутність цієї волі є причиною того, що малолітня особа чи особа, яка визнана недієздатною, не в змозі доручити іншим визначити повноваження щодо здійснення та захисту своїх прав.

На думку В. Рясенцева, у разі представництва за законом воля особи, яку представляє представник, не бере участі у призначенні представника і у визначенні його повноважень. Особа, яку представляє представник, не може також безпосередньо відміняти повноваження чи як-небудь впливати на діяльність представника [41, с. 222].

У зв'язку з цим воля таких осіб для вирішення питання про необхідність представлення їхніх інтересів зовні визнається незначною [42, с. 73].

Тут постає питання, а хто ж буде продавцем будинку, наприклад, який належить малолітній особі? Малолітній, його батьки чи опікун, якщо малолітній залишився без батьківського

піклування? Оскільки малолітній володіє частковою цивільною дієздатністю і не може вчиняти правочинів, то виходить, що законний представник буде виступати у разі продажу будинку і продавцем, і законним представником одночасно. Чи можливо це? Адже в такому разі буде виражатися воля тільки однієї особи, якою може бути батько, усиновитель чи опікун.

Опікун недієздатної особи також не може виражати волю особи, яку він представляє, тому що остання не володіє взагалі волею, якій може бути надане правове значення. Немає підстав у такому разі прибігати до фікції, говорячи, що опікун виражає ту волю, яку виразив би недієздатний, якби він такою волею володів. Опікун недієздатного виражає свою волю, яка визначається і диктується покладеними на нього обов'язками щодо захисту прав недієздатного.

Воля опікуна спрямована не на заміну волі підопічного, а на вибір засобів щодо здійснення суб'єктивних прав і виконання обов'язків підопічного.

Це істотно відрізняє відносини, що виникають у разі вчинення правочинів опікунами від імені їхніх недієздатних підопічних, від правочинів, вчинених дієздатними громадянами через представників.

Можливість розуміти значення своїх дій і керувати ними не властива людині з моменту народження, вона розвивається відповідно до її фізичного і розумового стану і виникає повною мірою лише з досягненням людиною певного віку. Тому за малолітньою дитиною не визнається дієздатності, тобто здатності власними діями здобувати права і приймати обов'язки, а також розпоряджатися приналежними їй правами і виконувати покладені на неї обов'язки. До досягнення 14 років дитина вважається частково дієздатною, тобто її дії, за винятком вузького кола прямо встановлених законом випадків, позбавлені всякого правового значення, а дії неповнолітніх від 14 до 18 років набувають правового значення, як правило, у разі згоди або наступному схвалення батьком, усиновлювачем або піклувальником. Лише в деяких випадках цілком дієздатними визнаються особи, що не досягли повноліття [43, с. 24].

Про те, що батьки є законними представниками своїх малолітніх дітей, йдеться у ст. 242 ЦК України.

О. Йоффе заперечував проти терміна «законне представництво», пропонуючи іменувати цей вид представництва «обов'язковим

представництвом». Термін «законне представництво», на його думку, по-перше, може посіяти сумнів у законності добровільного представництва, а по-друге, неточність, оскільки повноваження представника виникають не прямо із закону, а з виданого розпорядницького акта про призначення опікуна [44, с. 160].

Але, як зазначив А. Пергамент, з цими розуміннями навряд чи можна погодитися. Коли вживається, наприклад, термін «спадкоємець за законом», ні в кого не виникає сумнівів про законність спадкування за заповітом. Повноваження представника неповнолітнього випливають саме із закону, що покладає на вихователя дитини обов'язок захищати її права, для чого наділяє його правом і покладає на нього обов'язок діяти як представник неповнолітнього. Не можна прийняти на себе обов'язок усиновлювача або опікуна, не ставши одночасно представником дитини. Навіть у тих випадках, коли виховання здійснюється за договором (патронат), вихователь одночасно визнається представником дитини, що виховується [45, с. 182].

На думку І. Бірюкова, на перший погляд визнання батьків представниками своїх дітей не викликає сумніву. Але включення у ЦК України концепції природного права дає підстави дещо по-іншому подивитися на цю проблему. На його думку, з фактом народження не тільки дитина набуває правоздатності і стає носієм природних особистих цивільних прав, а й у її батьків значно розширюється обсяг цивільної правоздатності і виникають додаткові суб'єктивні цивільні права і обов'язки [46, с. 65–66]. І незалежно від того, чи встановлені ці права і обов'язки в законодавчих нормах, батьки будуть усе робити, щоб дитина росла здоровою і вихованою людиною.

Батьки, виховуючи дітей, здійснюють право на виховання.

Заходи, які здійснюють батьки, виховуючи дітей, являють собою у сукупності дії, які служать досягненню загальної мети – вихованню особистості, а також задоволенню почуття батьківської любові. Саме тому держава передбачає право громадянина – батька (матері) на виховання дітей [47, с. 26–28].

У процесі виховання батьки забезпечують функціонування не тільки природних прав дитини на життя, здоров'я, сім'ю, безпечне для життя і здоров'я довкілля, а й здійснюють свої суб'єктивні цивільні права і обов'язки щодо дитини. Здійснення цих прав і виконання обов'язків відбувається через те, що вони є батьками [46, с. 67].

Як було зазначено Я. Веберсом, специфіка здійснення батьківських прав виявляється в такому. По-перше, здійснення батьківських прав як обов'язкової передумови вимагає наявності дієздатності батька (матері) у сфері цивільного права. По-друге, права на виховання дітей, захист їхніх прав і інтересів не обов'язково повинні здійснюватися діями самих батьків, якщо навіть вони дієздатні. Фактичне здійснення окремих повноважень з комплексу батьківських прав може бути передане за згодою іншим особам, наприклад, турбота про виховання дітей може виконуватися родичами чи сторонніми особами [48, с. 203–204].

Відомі радянські вчені-цивілісти, які досліджували проблему представництва батьками своїх дітей, не могли враховувати положення концепції природного права, бо ця концепція за радянською правовою теорією взагалі не відносилась до явища правового. Тому ці питання досліджувались у межах положень теорії об'єктивного права щодо розвитку майнових відносин. Але і за таких умов зверталась увага на неоднозначність цього явища. Так, Р. Халфіна вбачала суттєву різницю між правовим становищем опікуна у разі вчинення ним правочинів від імені недієздатної особи і правовим становищем представника, який діє на підставі довіреності, виданої дієздатною особою. На її думку, є недоцільним об'єднання цих абсолютно різних за своїм характером відносин в один інститут представництва [42, с. 73]. Як зазначив І. Бірюков, хоча думка Р. Халфіної щодо визначення правового становища опікунів у разі виконання прав і обов'язків стосовно підопічного і не була підтримана науковцями і не знайшла відображення у цивільному законодавстві, але сама постановка цієї проблеми має суттєве значення і на сучасному етапі правотворення [46, с. 66].

У теорії цивільного права вже ставилось питання про недоцільність визнавати батьків законними представниками, але, на думку Я. Веберса, теорія не дає їм іншої кваліфікації [48, с. 143].

Представницькі функції батьків стосовно своїх малолітніх дітей підтверджені нотаріальною і судовою практикою. Але з аналізу сімейного законодавства вбачається, що представницькі функції батьків стосовно своїх малолітніх дітей засновані не на наданих ним повноваженнях, а на їхніх природних правах щодо виховання і утримання дітей.

Необхідно також виходити з того, що діти незалежно від віку і стану здоров'я є правоздатними громадянами. Вони здатні мати цивільні права і обов'язки. Для забезпечення особистих немайнових і майнових прав дітей органи опіки і піклування зобов'язані здійснювати контроль за поведінкою батьків з метою недопущення порушення ними прав своїх дітей. Однією з форм такого контролю є надання дозволу батькам на укладання деяких правочинів, пов'язаних з майновими правами їхніх дітей.

За правовою природою такий дозвіл не є повноваженням, а виступає підтвердженням наявності у батьків їхніх природних прав щодо здійснення представницьких функцій стосовно забезпечення прав своїх дітей.

Тому, виходячи з викладеного, пропонуємо внести зміни до ч. 1 ст. 44 ЗУ «Про нотаріат» та надати їй такого вигляду: «Під час посвідчення правочинів визначається обсяг цивільної дієздатності фізичних осіб, які беруть у них участь. У разі вчинення правочинів представником перевіряються його повноваження, а у разі вчинення правочинів батьками з'ясовується, що особи, які вчиняють правочини щодо майна малолітніх дітей, є їхніми батьками».

Виходячи з викладеного, можна дійти висновку, що позиція тих авторів, які виключають із прав і обов'язків батьків стосовно дітей їх представницькі функції, є не досить обґрунтованою. Перш за все, необхідно врахувати положення ст. 242 ЦК України, у частині першій якої зазначено, що батьки є законними представниками своїх малолітніх дітей.

Також слід зазначити, що згідно з ч. 2 ст. 154 СК України, батьки мають право звертатися до суду, органів державної влади, органів місцевого самоврядування та громадських організацій за захистом прав та інтересів дитини, а також непрацездатних сина, дочки як їх законні представники без спеціальних на те повноважень. Перша половина ч. 2 ст. 154 СК України, яка стосується права батьків звертатися до суду, органів державної влади, органів місцевого самоврядування та громадських організацій за захистом прав та інтересів дитини, зрозуміла і, на нашу думку, є цілком сприйнятливою. А друга половина ч. 2 ст. 154 СК України потребує перегляду та доопрацювання. Адже непрацездатний син чи дочка є дієздатними, вони здатні виявляти свою волю та можуть усвідомлювати свої вчинки. Таким чином, непрацездатна особа має право на вільне

волевиявлення, тобто для захисту своїх прав та інтересів вона має право сама звертатися до вищезазначених органів, а також може укласти договір з іншою особою (договір доручення) про захист своїх прав. Батьки ж, на відміну від повіреного, здійснюють захист прав своїх повнолітніх непрацездатних дочки і сина не на підставі виданої довіреності. Крім того, звернення до суду чи інших органів відбувається хоч і на підставі норм цивільного права, але в порядку, передбаченому нормами цивільно-процесуального права.

Отже, на підставі вищезазначеного було б доцільним внести деякі зміни до ч. 2 ст. 154 СК України. На нашу думку, ч. 2 ст. 154 СК України слід надати такий вигляд: «Батьки мають право звертатися до суду, органів державної влади, органів місцевого самоврядування та громадських організацій за захистом прав та інтересів дитини, а також дієздатних сина, дочки без спеціальних на те повноважень. Дієздатні непрацездатні син, дочка можуть доручити захист своїх прав іншим особам, оформивши належним чином повноваження цих осіб».

Зробивши спробу визначити правове становище батьків у разі вчинення ними правочинів стосовно своїх малолітніх дітей, не торкалися питання зловживання батьками своїми суб'єктивними правами щодо власних дітей. Вважаємо, що таке зловживання є винятком із загальних правил і не повинне впливати на зроблені нами висновки.

Зазначимо, що якщо права батьків щодо своїх неповнолітніх дітей випливають з природних прав людини, частина з яких визначена законом, і будь-яких додаткових заходів для встановлення цих прав не потребується, то зовсім по-іншому вирішується питання щодо опіки та піклування. Згідно зі ст. 60, 61, 63 ЦК України, опікун отримує повноваження законного представника не безпосередньо із закону, а через рішення суду про встановлення опіки та призначення опікуна. Через те наступною підставою виникнення недоговірного представництва є рішення суду.

Водночас актуальним є питання про визначення правового становища опікунів у разі вчинення ними правочинів стосовно підопічних.

В усіх тих випадках, коли турбота про дітей не може бути здійснена батьками або усиновителями, держава встановлює такий порядок, за якого інтереси дітей, турбота про них, їхнє виховання довіряються особам, які зможуть забезпечити

належне виконання цих почесних і складних обов'язків. Так само ретельно відбираються особи, яким можна довірити догляд і турботу про повнолітніх, цілком або частково недієздатних. Держава систематично контролює діяльність усіх цих осіб, перевіряє, як вони здійснюють свої обов'язки [42, с. 72].

У тих випадках, коли діти залишилися без батьківського піклування, над ними встановлюється опіка або піклування [22, с. 13].

У ст. 55 ЦК України говориться: «Опіка і піклування встановлюються з метою забезпечення немайнових і майнових прав та інтересів малолітніх, неповнолітніх осіб, а також повнолітніх осіб, які за станом здоров'я не можуть самостійно здійснювати свої права і виконувати обов'язки».

Не може бути призначений опікуном чи піклувальником той, хто має намір, наприклад, заволодіти майном підопічного. Але встановити це до призначення його опікуном чи піклувальником досить складно.

На думку З. Ромовської, найкраще для дитини, коли опікуном чи піклувальником стає хтось із її родичів.

Якщо дитина може виразити свою волю, то це має бути враховано у разі вибору опікуна чи піклувальника. У житті, на жаль, не завжди можна перевірити здатність особи до виховання дитини. Крім того, часто буває відсутність вибору опікуна (піклувальника), тому що лише одна особа зголошується бути опікуном чи піклувальником. Тому за відсутності можливості вибору опікуном та піклувальником може бути призначена особа, яка не готова до виконання нових для неї обов'язків [49, с. 464]. Це може потягти за собою непередбачувані негативні наслідки, одним з яких можуть бути правопорушення, скоєні підопічним. Тому у разі вчинення неповнолітніми суспільно небезпечних дій органи досудового слідства за допомогою матеріалів, наданих органами опіки і піклування, повинні встановлювати, чи не є ці дії результатом відсутності належної уваги до виховання дітей з боку опікунів.

Зловживання опікунськими обов'язками, тобто використання опіки з корисною метою і на шкоду підопічного (наприклад, зайняття житлової площі, використання майна, яке лишилося після смерті батьків) або залишення підопічних без нагляду та необхідної допомоги, тягне за собою кримінальну відповідальність [33, с. 199].

Опікуна та піклувальника іноді називають особами, які заміняють батьків. На нашу думку, З. Ромовська правильно зазначила, що таке прирівнювання їх до батьків є некоректним, адже ні матір, ні батька замінити, як правило, неможливо.

Опікун чи піклувальник одержує багато з тих прав та обов'язків щодо дитини, якими володіли її батьки, але, звичайно, не в порядку правонаступництва [49, с. 470].

Особи, у відношенні яких може виникнути припущення про те, що вони неналежним чином будуть виконувати свої обов'язки, самим законом не допускаються до виконання обов'язків опікуна. Для того щоб довірити виконання цих обов'язків тому або іншому громадянинові, закон висуває йому низку позитивних вимог. Наприклад, згідно з ч. 4 ст. 63 ЦК України, опікун або піклувальник призначаються переважно з осіб, які перебувають у сімейних, родинних відносинах з підопічним, з урахуванням особистих стосунків між ними, можливості особи виконувати обов'язки опікуна чи піклувальника. У разі призначення опікуна для малолітньої особи та у разі призначення піклувальника для неповнолітньої особи враховується бажання підопічного [42, с. 72–73].

Згідно з ч. 3 ст. 67 ЦК України, опікун вчиняє правочини від імені та в інтересах підопічного.

Опікуни недієздатних не вправі вчиняти правочини з підопічними, а також представляти інтереси осіб, які перебувають у них під опікою й піклуванням у разі вчинення правочинів або ведення судових справ між підопічним і чоловіком (дружиною) опікуна і його близьких родичів. Але в житті трапляються випадки, коли цього правила не дотримуються.

І справа тут, на нашу думку, не у судових помилках. Ці випадки свідчать про не досить чітке врегулювання правового становища опікунів (піклувальників) у судовому процесі. З одного боку, закон забороняє брати участь у справі представнику, якщо інтереси підопічного суперечать його інтересам або інтересам його дружини (чоловіка) й близьких родичів, а з іншого боку, не вказує, як же повинні бути здійснені цивільні й процесуальні права підопічного, якщо така колізія інтересів все-таки виникла [50, с. 124].

Зазначені норми акцентують увагу на правовому становищі опікуна і не згадують органи опіки і піклування. Між тим опіка (піклування) є особливою формою державної турботи про неповнолітніх дітей, що залишились без піклування батьків, та

повнолітніх осіб, які потребують допомоги щодо забезпечення їхніх прав та інтересів [51].

У зв'язку з тим, що орган опіки і піклування створено державою і є складовою частиною державного управління у сфері забезпечення прав та інтересів дітей, недієздатних та обмежено дієздатних осіб, а також те, що ці органи наділені низкою прав та обов'язків щодо організації опіки і піклування, то є всі підстави стверджувати, що ці органи посідають чільне місце в представницьких правовідносинах. Це місце визначається специфікою участі органу опіки і піклування у цих відносинах. Специфіка діяльності органів опіки і піклування проявляється в тому, що вони хоч і не є безпосередніми учасниками представницьких правовідносин, але перебирають на себе право здійснювати контроль за діяльністю опікуна.

Так, згідно зі ст. 71 ЦК України, опікун не має права без дозволу органу опіки та піклування:

– відмовитися від майнових прав підопічного;

– видавати письмові зобов'язання від імені підопічного;

– укладати договори, які підлягають нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації, в тому числі договору щодо поділу або обміну житлового будинку, квартири;

– укладати договори щодо іншого цінного майна [52, с. 231–232].

Необхідність попередньої згоди органів опіки на вчинення правочинів забезпечує інтереси підопічних. Якщо органи опіки і піклування дійдуть висновку, що вчинений правочин відповідає інтересам дитини, то такий правочин вважається дійсним з моменту його вчинення. У житті не виключені випадки, коли опікун змушений в інтересах підопічного вчинити правочин до отримання відповідного дозволу. Наприклад, у разі тяжкої хвороби підопічного може виникнути необхідність у швидкій реалізації частини його майна для використання отриманих коштів на лікування. Визнавши продаж доцільним, органи опіки вправі погодити дії опікуна і договір купівлі-продажу, проведений за таких обставин, буде визнано дійсним [45, с. 188].

Недієздатні особи не можуть розуміти значення своїх дій, отже, вони не можуть і нести відповідальності за завдану у результаті правочину шкоду майну особи, що вступила з ним в правочин. Своєю чергою дієздатна особа, що вчинила з недієздатною особою правочин й спричинила у зв'язку із цим

майновий збиток останній, зобов'язана цей збиток відшкодувати [53, с. 27].

Наприклад, Котів виміняв у недієздатного Ясова під час відсутності його опікуна чоботи на хутряну шапку, знаючи, що Ясов недієздатний. Суд визнав цей правочин недійсним і зобов'язав Котова повернути чоботи підопічному. Шапка ж Котова Ясовим була приведена в непридатність. У цьому разі збитки лягають на самого власника шапки, який вчинив правочин з недієздатною особою.

Опікуни в подібних випадках ніякої відповідальності за дії підопічних не несуть.

Шкода, завдана недієздатною фізичною особою, відшкодовується опікуном або закладом, який зобов'язаний здійснювати нагляд за нею, якщо він не доведе, що шкода була завдана не з його вини. Обов'язок цих осіб відшкодувати шкоду, завдану недієздатною фізичною особою, не припиняється в разі поновлення її цивільної дієздатності (ч. 1 ст. 1184 ЦК України) [8]. Але в цьому законодавчому визначенні закладено можливість порушення принципу справедливості та добросовісності. Адже не секрет, що недієздатний може завдати шкоду іншій особі за умови невинуватості опікуна. То чи справедливим для потерпілого буде відмова у відшкодуванні завданої йому шкоди? Може статись і так, що опікун хоч і не доведе, що шкода була завдана не з його вини, але виявиться неплатоспроможним, то і в цьому разі потерпілий залишиться без задоволення, що теж буде несправедливим.

Необхідно звернути також увагу і на те, що, наділяючи органи опіки і піклування широкими повноваженнями щодо захисту прав підопічних та визначаючи різні форми турботи про них, держава водночас не покладає майнової відповідальності за завдану шкоду особі, яка перебуває під опікою, ні на ці органи, ні на себе. Обов'язок органу опіки та піклування вимагати від опікуна відшкодування майнових збитків, завданих підопічному недобросовісним або недбалим виконанням опікунських обов'язків (п. 4.16. Правил опіки та піклування), є занадто слабкою ланкою у загальній системі заходів щодо відшкодування завданої цим особам шкоди (у опікуна може не виявитись майна, він може втратити заробіток тощо) [54, с. 88].

У зв'язку з вищевикладеним пропонуємо ЦК України доповнити статтею 1177-1 «Відшкодування майнової шкоди, завданої малолітній чи недієздатній особі її опікуном» такого змісту:

«1. Майнова шкода, що завдана малолітній чи недієздатній особі з вини її опікуна, відшкодовується ним у повному обсязі.

У разі смерті опікуна або виявленні його неплатоспроможності така шкода відшкодовується державою. Держава зобов'язана звернутися з регресним позовом до особи, з вини якої було завдано шкоду потерпілому.

2. Умови та порядок відшкодування державою майнової шкоди, завданої малолітній чи недієздатній особі з вини її опікуна, встановлюється законом».

А також ст. 1184 ЦК України доповнити частиною третьою такого змісту:

«3. Якщо буде доведено, що майнова шкода була завдана недієздатною фізичною особою не з вини опікуна або закладу, який зобов'язаний здійснювати нагляд за нею або він виявиться неплатоспроможним, то така шкода відшкодовується державою.

Умови та порядок відшкодування майнової шкоди, завданої майну фізичної особи недієздатним, встановлюється законом».

Відповідно до ч. 3 ст. 242 ЦК України законним представником у випадках, визначених законом, може бути й інша особа. Зокрема, А. Бабаскін до таких відносить учасника повного товариства або простого товариства, який має право діяти від імені товариства, якщо інше не встановлено засновницьким договором або договором простого товариства (ст. ст. 122, 1135) [55, с. 331].

Вказану думку підтримує і І. Кучеренко, мотивуючи це тим, що оскільки у повному товаристві відсутні виконавчі органи (колегіальні, одноособові), то ведення справ товариства за ст. 122 ЦК України можливе шляхом представництва товариства як юридичної особи кожним учасником повного товариства [55, с. 163].

Автори науково-практичного коментаря до цивільного законодавства України (А. Ярема, В. Карабань, В. Кривенко, В. Ротань) [56, с. 592] зазначили, що до представництва за законом належить також і представництво, що потребує додаткового юридичного акта. Окрім опікуна, який отримує повноваження законного представника не безпосередньо із закону, а через рішення суду про встановлення опіки та призначення опікуна (ст. 60, 61, 63 ЦК України).

З цим можна було б погодитися, якби не звертати увагу на вищевикладене. Призначаючи опікуна, суд діє від імені держави. Органи опіки і піклування, створені державою, повинні

забезпечити здійснення не тільки суб'єктивного права і виконання обов'язків підопічних, але й здійснювати контроль за діяльністю призначеного судом опікуна (піклувальника). Саме тому таке представництво правильніше називати недоговірним, що виникає на підставі рішення суду. Повноваження такого представництва формуються на підставі закону. За наданням повноваження таке представництво можна віднести до представництва, повноваження у якому виникає за законом.

Висновки

Вольові акти опікуна повинні перебувати у прямій залежності зі здійсненням суб'єктивних прав і виконанням обов'язків підопічного та вказівкою закону. При цьому необхідно враховувати засади справедливості, добросовісності і розумності стосовно підопічного.

Найбільш природним явищем, що відповідає сутності цивільно-правового представництва, є договірне представництво. В його основі лежить погоджене волевиявлення представника і особи, яку він представляє. Як правило, таке представництво здійснюється за довіреністю. За відсутності договору про представництво виникають явища, подібні до представництва. Тому цивільно-правове представництво найдоцільніше поділяти на договірне і недоговірне представництво.

Договірне представництво виникає за волею як дієздатної особи, яка звертається за допомогою до представника для вчинення правочинів, так і за волею представника. За загальним правилом відносини договірного представництва відповідають загальним умовам вчинення правочинів.

Договірне представництво може ґрунтуватися та здійснюватись на підставі договору доручення або на підставі акта органу юридичної особи. У разі представництва на підставі акта органу юридичної особи, окрім наявності зустрічного волевиявлення майбутнього представника, присутній також і обов'язок діяти певним чином у зв'язку з виконанням цією особою службових обов'язків та приписів, які вказані у акті органу юридичної особи.

За підставами виникнення, джерелом фінансування патронатний договір, договір про створення прийомної сім'ї та договір про створення будинку сімейного типу можна віднести до договірного представництва.

До договірного представника належать також і помічник, якого має право собі вибрати дієздатна фізична особа, яка за станом здоров'я не може самостійно здійснювати свої права та виконувати обов'язки.

Особливості інституту комерційного представництва:

– якщо перед фірмою постає питання, що доцільніше: відкрити філіал чи укласти договір з комерційним представником, то, безумовно, слід віддати перевагу комерційному представництву, оскільки це значно простіше, дешевше, оперативніше;

– з комерційним представником можна укласти такий договір, за яким він буде отримувати заробітну плату залежно, наприклад, від кількості укладених договорів поставки, тобто фінансові відносини будуть будуватися на принципі «самоокупності»;

– комерційний представник не пов'язаний трудовими відносинами з особою, яку він представляє;

– допускається одночасне комерційне представництво різних сторін у правочині.

Представницькі функції батьків стосовно своїх малолітніх дітей підтверджені нотаріальною і судовою практикою. Але з аналізу сімейного законодавства вбачається, що представницькі функції батьків стосовно своїх малолітніх дітей засновані не на наданих ним повноваженнях, а на їхніх природних правах щодо виховання і утримання дітей.

Список використаних джерел:

1. Гелецька І.О. Правове регулювання відносин представництва у цивільному праві : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2005. 205 с.

2. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав : монографія. Москва : Статут, 2000. 318 с.

3. Бірюков І.А. Інтерес і суб'єктивне цивільне право. *Право України*. 2004. № 8. С. 18–21.

4. Тархов В.А. Гражданское право. Чебоксары. 1997. 331 с.

5. Рішення Конституційного Суду України. Справа № 1-10/2004/. 1 грудня 2004 року № 18-рп/2004. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v018p710-04.

6. Советское гражданское право : учебник / под ред. О.С. Иоффе. Ленинград : ЛГУ, 1958. 511 с.

7. Лазько Г.З. Правова природа представництва в цивільному процесі : дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.03. Київ, 2006. 203 с.

8. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.02.2003 р., № 435-IV. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 25.06.2021).

9. Советское гражданское право : учебник / под ред. Б.Б. Черепахина. Москва : ЛГУ, 1971. 238 с.

10. Комментарий к Гражданскому кодексу Молдавской ССР / под ред. П.П. Морозова. Кишинев, 1971, 670 с.

11. Рясенцев В.А. Основания представительства в советском гражданском праве. *Ученые записки ВЮЗИ*. 1948. № 1. С. 48–50.

12. Советское гражданское право : учебник / под ред. О.С. Иоффе. Москва : Юрид. лит., 1967. 494 с.

13. Советское гражданское право : учебное пособие. В 2 т. / под ред. Ю.Х. Калмыкова, В.А. Тархова. Саратов : Изд-во Саратовского ун-та, 1991. Т. 1. 454 с.

14. Невзгодина Е.Л. Основания представительства в советском гражданском праве. Вопросы правового регулирования в социалистическом обществе. *Доклады конференции правоведов*. Свердловск, 1974. С. 68–82.

15. Невзгодина Е.Л. Представительство. Договор поручения. Доверенность. *Вопросы правового регулирования в социалистическом обществе*. Свердловск. 1973, № 18. С. 61–69.

16. Бірюков І.А., Заіка Ю.О., Співак В.М. Цивільне право України. Загальна частина : навчальний посібник. Київ : Наукова думка, 2000. 304 с.

17. Ландкоф С.Н. Основи цивільного права. Київ : «Радянська школа», 1948. 213 с.

18. Гражданское право : учебное пособие. В 2 ч. / под общ. ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. Санкт-Петербург : Теис., 1996. Ч. 1. 549 с.

19. Вольфсон В. Підручник цивільного права. Харьків : Юридичне видавництво Наркомюсту УРСР, 1927. 216 с.

20. Иоффе О.С. Обязательственное право. Москва : Юрид. лит., 1975. 880 с.

21. Урусова Г. Договір доручення: укладення та виконання. *Бухгалтерія*. 2003. № 20. С. 62–65.

22. Андреев В.К. Представительство в гражданском праве : учебное пособие. Калинин : КГУ, 1978. 87 с.

23. Советское гражданское право: в 2 т. / под ред О.С. Иоффе. Ленинград : Изд-во Ленинградского ун-та, 1971. Т. 1. 472 с.

24. Курс гражданского права / под ред. Г.Ф. Шерешевича. Тула : Автограф, 2001. 719 с.

25. Про внесення змін до Сімейного кодексу України : Закон України від 23 грудня 2006 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/524-16#Text.

26. Сімейне право України : підручник / за ред. В.С. Гопанчука. Київ : Істина, 2002. 304 с.

27. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 року №2947-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text.

28. Науково-практичний коментар до Сімейного кодексу України / за ред. Ю.С. Червоного. 2003. 461 с.

29. Рясенцев В.А. Семейное право. Москва : Юрид. лит., 1971. 324 с.

30. Свердлов Г.М. Охрана интересов детей в советском семейном и гражданском праве. Москва : Изд-во Академии наук СССР, 1955. 102 с.

31. Ершова Н.М. Опека, попечительство, усыновление. Москва : Госюриздат, 1984. 109 с.

32. Бошко В.И. Очерки советского семейного права. Киев : Госполитиздат УССР, 1952. 412 с.

33. Сімейне право : навчальний посібник / С.П. Індиченко, В.С. Гопанчук, О.В. Дзера, Л.А. Савченко ; за ред. О.В. Дзери. Київ : Вентурі, 1997. 272 с.

34. Дрішлюк А. Агентський договір у цивільному праві України. *Підприємництво, господарство і право*. 2003. № 3. С. 37–39.

35. Цивільне та сімейне право у запитаннях і відповідях : навчальний посібник / Є.О. Харитонов, О.М. Калітенко, В.М. Зубар та ін. ; під заг. ред. Є.О. Харитонова. Харків : Одіссей, 2002. 639 с.

36. Гражданское и торговое право капиталистических государств / под ред. В.П. Мозолина и М.И. Кулагина. Москва, 1980. 382 с.

37. Цивільне право України : підручник: в 2 ч. / за ред. Ч.Н. Азімова та ін. Харків : Право, 2000. Ч. 1. 365 с.

38. Гуев А.Н. Гражданское право. Москва : Инфра-М, 2003. Т. 2. 453 с.

39. Бабкина Е. Развитие теории представительства в коммерческих отношениях. *Белорусский журнал международного права и международных отношений*. 1999. № 4.

40. Чуркин А. Коммерческое представительство на фондовой бирже. *Підприємництво, господарство і право*. 2003. № 4. С. 68–70.

41. Советское гражданское право : учебник: в 2 ч. / под ред. В.А. Рясенцева. Москва : Юрид. лит., 1965. Ч. 1. 304 с.

42. Халфина Р.О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. Москва : Академия наук СССР, 1954. 238 с.

43. Кузнецова Л.Г., Шевченко Я.Н. Гражданско-правовое положение несовершеннолетних. Москва. 1968. 56 с.

44. Советское гражданское право : учебник / под ред. О.С. Иоффе. Ленинград : ЛГУ, 1958. 511 с.

45. Пергамент А.И. Опекун как гражданско-правовой представитель несовершеннолетнего. *Ученые записки ВИЮН*. М. 1968. № 14. С. 174–197.

46. Бірюков І.А. Правове становище батьків і опікунів при укладенні ними правочинів стосовно своїх малолітніх дітей чи підопічних ним осіб. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. № 6. 2004. С. 65–71.

47. Нечаева А.М. Права и обязанности родителей по воспитанию детей. Москва. 1973. 126 с.

48. Веберс Я.Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. Рига : Знание, 1976. 231 с.

49. Ромовська З.В. Сімейний кодекс України. Науково-практичний коментар. Київ, 2003, 633 с.

50. Бобренко Я., Скловский К. Вопросы гражданского представительства в судебной практике. *Советская юстиция*. 1982. № 9. С. 120–124.

51. Правила опіки та піклування : Наказ Державного комітету у справах сім'ї та молоді, Міністерства освіти України, МОЗ України, Міністерства праці та соціальної політики України від 26.05.1999 року № 34. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0387-99#Text.

52. Гражданское право : учебное пособие: в 2 т. / под общ. ред. П.Е. Орловского и С.М. Корнеева. Москва : Юрид. лит., 1969. Ч. 1. 558 с.

53. Ершова Н.М. Опека и попечительство над взрослыми. Москва : Госюриздат, 1962. 43 с.

54. Бірюков І.А. Співвідношення природних прав з цивільною правоздатністю та суб'єктивними правами фізичної особи. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. № 8. 2004. С. 83–89.

55. Цивільний кодекс України : науково-практиний коментар: у 2 ч. / за заг. ред. Я.М. Шевченко. Київ : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. Ч.1. 692 с.

56. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: в 4 т. / А.Г. Ярема, В.Я. Карабань, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань ; за ред. А.Г. Яреми. Київ : А.С.К. 2004. Т. 1. 928 с.

НОТАТКИ

НОТАТКИ

Наукове видання

«ПРОБЛЕМИ ПУБЛІЧНОГО ТА ПРИВАТНОГО ПРАВА»

Колективна монографія

Підписано до друку 01.06.2021. Формат 60х84/16.
Папір офсетний. Гарнітура Cambria. Цифровий друк.
Ум.-друк. арк. 29,06. Обл.вид.арк. 28,45
Наклад 100. Ціна договірна.
Віддруковано з готового оригінал-макета.

Видавничий дім «Гельветика»
65101, 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.ua
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
ДК № 6424 від 04.10.2018 р.