

ВІСНИК

Чернівецького факультету
Національного університету
«Одеська юридична академія»



Наукове видання

Видається чотири рази на рік

Випуск № 1/2019

Чернівці
2019

УДК 340(477)(082)
ББК 67(4УКР)я43
В535

Засновник: Національний університет «Одеська юридична академія» Свідомство про державну реєстрацію: Серія КВ №19018–7898Р від 25.04.2012

Рекомендовано до друку рішенням вченої ради Національного університету «Одеська юридична академія», протокол №1 від 29.08.2017 р.

Збірник наукових праць включено до переліку фахових видань з юридичних наук згідно Наказу Міністерства освіти і науки України № 153 від 14.02.2014 р.

Вісник Чернівецького факультету Національного університету
В535 «Одеська юридична академія» : збірник наукових статей. – Чернівці,
2019. – № 1. – 182 с.

Збірник містить наукові статті з актуальних проблем теорії та історії держави і права, філософії права; конституційного та муніципального права; адміністративного, фінансового, податкового права; цивільного та господарського права і процесу; трудового права, права соціального забезпечення; аграрного, земельного, екологічного, природоресурсного права; кримінального права, кримінології, кримінально-виконавчого права; кримінального процесу, криміналістики, оперативно-розшукової діяльності; міжнародного права.

Розрахований на викладачів, науковців, практикуючих юристів, працівників органів державної влади та місцевого самоврядування, студентів та аспірантів юридичних та інших навчальних закладів, а також усіх, хто цікавиться сучасними проблемами права.

УДК 340(477)(082)
ББК 67(4УКР)я43

Адреса редакції: 58000, м. Чернівці, вул. Сковороди, 7.
E-mail: cherniv.visnyk@gmail.com

Головний редактор, голова редакційної ради:

Ківалов Сергій Васильович – президент Національного університету «Одеська юридична академія», народний депутат України, доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, Заслужений юрист України.

Редакційна рада:

Завальнюк Володимир Васильович – кандидат юридичних наук, професор, Заслужений юрист України;

Дрьомін Віктор Миколайович – завідувач кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, Заслужений діяч науки і техніки України;

Полянський Юрій Євгенович – кандидат юридичних наук, професор, Заслужений юрист України;

Аленін Юрій Павлович – професор кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, Заслужений юрист України;

Долежан Валентин Володимирович – професор кафедри організації судових та правоохоронних органів та адвокатури Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор;

Дудченко Валентина Віталіївна – вчений секретар Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, Заслужений юрист України;

Харитонов Євген Олегович – завідувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, Заслужений діяч науки і техніки України;

Харитонova Олена Іванівна – завідувач кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія»,

доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України;

Стадніченко Станіслав Лешек (Stadniczenko Stanislav Leszek) – керівник кафедри державного права і прав людини Опольського Університету (м. Опольє, Республіка Польща), габілітований доктор, професор;

Латковська Тамара Анатоліївна – завідувач кафедри конституційного, адміністративного та фінансового права Чернівецького юридичного інституту Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор;

Воробчак Андрій Романович – в.о. директора Чернівецького юридичного інституту Національного університету «Одеська юридична академія»;

Сайфуліна Юлія Василівна – завідувач кафедри теорії та історії держави і права Чернівецького юридичного інституту Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, доцент;

Сидор Вікторія Дмитрівна – професор кафедри конституційного, адміністративного та міжнародного права Київського інституту інтелектуальної власності та права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор;

Юрчишин Василь Миколайович – завідувач кафедри кримінальної юстиції Чернівецького юридичного інституту Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, доцент;

Марущак Анна Валеріївна – доцент кафедри конституційного, адміністративного та фінансового права Чернівецького юридичного інституту Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук – відповідальний секретар.

ЗМІСТ

I. ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА. ФІЛОСОФІЯ ПРАВА

Стрибок Т.І. Правовий акт як компонент правової системи України	7
--	---

II. КОНСТИТУЦІЙНЕ ТА МУНІЦИПАЛЬНЕ ПРАВО

Асташева О.С. Шляхи співпраці органів публічної влади і інститутів громадянського суспільства	17
Панчишин Р.І. Історико-правові умови формування територіальної громади на українських землях у період національного самовизначення (XVI-XVII століття)	31

III. АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС. ФІНАНСОВЕ ПРАВО

Боксгорн А.В. Теоретичні питання розсуду у податковому праві ...	41
Борець Л.В. Розвиток державного внутрішнього фінансового контролю (аудиту) з урахуванням вимог Європейського Союзу	50
Брояков С.В. Оскарження до суду податкових консультацій як механізм забезпечення прав платника податків	59
Мандзюк О.І. Сутнісні складові категорії податку	69
Марущак А.В. Правова природа та основи діяльності Рахункової палати	78
Подольська А.А. Теоретичні засади визначення сутності податкового контролю	87

IV. ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС. ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС. ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Лавренюк О.Ю. Деякі правові аспекти використання образу (іміджу) спортсмена	98
Маленко О.В. До питання про адвокатську таємницю та її межі	111

V. КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС, КРИМІНАЛІСТИКА, ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

Кіцен Н.В. Сторона захисту в судовому провадженні у першій інстанції.....	121
Котюк І., Котюк О. Теоретико-правові аспекти визначення правомірності процесуальних рішень та дій.....	129
Сопронюк О. Накладення грошового стягнення як кримінально-процесуальна санкція	140
Юрчишин В.М. Щодо дисфункцій прокурора у досудовому розслідуванні.....	149
Юрчишин В.М., Гуцуляк М.Я. Особливі методи розслідування відповідно кримінального процесуального законодавства ФРН	159

VI. МІЖНАРОДНЕ ПРАВО ТА ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОНАВСТВО

Волощук О.Т. Гібридна війна як новітня форма агресії та форма глобального протистояння в сучасних міжнародних відносинах ...	169
---	-----

VII. РЕЦЕНЗІЇ

Юрчишин В.М. Рецензія на монографію Сачка О.В. «Проблеми реалізації верховенства права при застосуванні особливих форм та режимів кримінального провадження»	179
---	-----

I. ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА. ФІЛОСОФІЯ ПРАВА

УДК 340.1

Стрибоко Т.І.,
канд. юрид. наук, доцент кафедри
теорії та історії держави і права
Чернівецького юридичного інституту
Національного університету
«Одеська юридична академія»

ПРАВОВИЙ АКТ ЯК КОМПОНЕНТ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ

Стаття присвячена загальним засадам правового акта його класифікації та особливостям. Висвітлено, що основними видами правових актів є: нормативно-правові акти, індивідуальні акти, акти тлумачення та змішані акти. Обґрунтовано авторське бачення та доцільно проаналізовано природу правового акта з виявленням властивих йому ознак.

Ключові слова: нормативно-правовий акт, правовий акт, норма права.

The article is devoted to the general principles of a regulatory act of its classification and features. It highlights that the main types of legal acts are: legal acts, individual acts, acts of interpretation and mixed acts. The author's vision is substantiated and the nature of a legal act is analyzed expediently with the identification of its inherent features.

Key words: legal act, legal act, rule of law

Постановка проблеми. Для забезпечення нормального функціонування суспільства, соціальні, політичні, економічні, договірні та інші відносини мають врегульовуватися правовими нормами. Правовим нормам надають вигляду тих чи інших рішень, які є правовими актами. Правові акти є певними інструментами для розвитку правової системи країни, невід'ємними елементами

механізму дії права, інструментами реалізації права у правовому житті будь-якого суспільства. Адже, через систему правових актів право втілюється в життя при встановленні та регулюванні правил поведінки суб'єктів права, розв'язанні правових ситуацій, а також вирішенні юридичних справ, тобто правові акти є основними правовими засобами регулювання суспільних відносин.

Аналіз дослідження даної проблеми. Правові акти як компоненти правової системи на загальнотеоретичному рівні досліджувалися в роботах таких науковців, як: С.С. Алексєєв, А.С. Бар'як, Р.Ф. Васильєв, В.В. Іванов, І.В. Котелевська, Н.М. Крестовська, А.В. Малько, М.Г. Матузов, Ю.М. Оборотов, В.А. Ойгензихт, Н.Н. Онищенко, П.М. Рабінович, Т.В. Сендецька, О.Ф. Скакун, Ю.А. Тихомиров, А.Ф. Черданцев та ін.

Виклад основного матеріалу. Досліджуючи наукову літературу, різні автори класифікують правовий акт по-різному, виокремлюючи певні типи та види правових актів. Із точки зору логіки, класифікація – це послідовний поділ обсягу поняття, на кожному із рівнів якого має використовуватися один критерій поділу [1, с. 192–193].

У загальнотеоретичній юриспруденції О.Ф. Скакун правові акти класифікує за такими критеріями: 1) за формою вираження на: а) письмовий (акт-документ); б) усний (заяви, розпорядження, накази, вказівки); в) конклюдентний (акт-дія); 2) за юридичною субординацією: а) нормативні, що регулюють певну сферу суспільних відносин і є загальнообов'язковими; в) індивідуальні (ненормативні), що породжують права й обов'язки лише у тих конкретних суб'єктів, яким їх адресовано, у конкретному випадку; б) інтерпретаційні (акти тлумачення норм права), що мають допоміжний характер і, як правило, «обслуговують» нормативні акти; г) акти змішаного нормативно-конкретного змісту, тобто такі, що складаються з нормативних та індивідуальних норм, вони притаманні ряду правових систем романо-германського типу; д) нетипові (спеціалізовані) акти – акти, що затверджують положення, правила статутів, або акти, що складаються з декларацій, закликів, звернень [2, с. 502–503]; 3) у залежності від сфери правового регулювання та видів правовідносин: правові акти у сфері конституційних, міжнародних, адміністративних,

фінансових, цивільних, господарських, кримінальних, земельних, інших правовідносин.

В.В. Завальнюк пише, що структура системи правових актів в національних правових системах різних типів є єдиною: у кожній правовій системі є нормативні та позанормативні правові акти, письмові (документовані), усні та конклюдентні; усюди правовий акт є вираженням правової волі суб'єкта права – чи то окремої людини, чи колективного суб'єкта (сім'я, плем'я, народність), чи то держави. [3, с. 38].

А.С. Бар'як виокремлює такі критерії ієрархізації правових актів, тобто виокремлює таку їх класифікацію та види: 1) за типом правових актів: пріоритет мають нормативні правові акти над ненормативними (індивідуальними), які, у свою чергу, мають пріоритет над поведінковими правовими актами (правовими діями та поступками). Тим часом, один і той самий акт може бути нормативним та ненормативним одночасно. Наприклад, Указ Президента про створення центрального органу виконавчої влади з одночасним призначенням певної особи на посаду його керівника. У цьому акті будуть одночасно міститися як норми, так і індивідуальні приписи; 2) за формою вираження: найвища сила належить письмовим та знаковим правовим актом, нижча – усним, найнижча – конклюдентним. Знакові акти мають пріоритет над усними та конклюдентними, оскільки їх дія прямо впливає з нормативного рішення (наприклад, встановлення знаків дорожнього руху або світлофору). При цьому сила конклюдентних правових актів та усних правових актів є дуже близькою, і в залежності від ситуації вона може змінюватися, як може змінюватися ступінь відповідальності за поведінковий аспект їх реалізації. Наприклад, такий конклюдентний акт як спроба втечі підозрюваного у скоєнні злочину може мати більш серйозні негативні наслідки, ніж, наприклад, усна образа; 3) за сферою дії: пріоритет мають акти загальної дії над актами локальної дії (акти організацій та органів місцевого самоврядування). Акти органів місцевого самоврядування при цьому мають пріоритет над актами організацій, які знаходяться на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці; 4) за спрямованістю дії: на вершині ієрархії знаходяться міжнародні договори,

імplementовані у відповідному порядку, далі – законодавчі акти (які, у свою чергу, також мають власну ієрархію), далі – ординарні нормативно-правові договори; правоінтерпретаційні акти; правозастосовні акти (які, у свою чергу, ієрархізуються за принципом юридичної сили: рішення суду, рішення органів державної влади; акти посадових осіб); 5) за наявністю волевиявлення: акти-волевиявлення (законодавчі, правозастосовні та ін. акти) та акти інформаційного характеру (протокол судового засідання або слідчих дій) [4, с. 32–33]; 6) у залежності від правового акта-документу, який є родовим поняттям для цілої системи актів: нормативні правові акти, що встановлюють, змінюють чи скасовують правові норми; акти застосування норм права (акти державних та інших уповноважених державою органів, посадових осіб, які містять державно-владні персоніфіковані рішення з конкретних юридичних справ: вирок суду, наказ про призначення на посаду тощо); інтерпретаційні акти, або акти тлумачення права; акти реалізації прав та обов'язків (акти-документи, які закріплюють автономні рішення окремих суб'єктів права – індивідуально-правові договори, письмові правочини тощо) [5, с. 238–239]; 7) у залежності від функціонального призначення правового акта – типів правових актів: а) регулятивні (нормативно-правові акти); б) нерегулятивні (наприклад, процесуальна функція, що має на меті відповідне оформлення стадій проходження юридичної справи; документальна функція (наприклад, протокол огляду місця події, стенограма судового засідання, довідка з місця роботи тощо); односторонні акти реалізації права (індивідуальні правові акти – піднормативне (індивідуальне) правове регулювання: акти застосування права та індивідуальні договори [6, с. 267]); директиви; тощо). Отже, нерегулятивними правовими актами є акти процесуального характеру, функціональне призначення яких полягає в дотриманні відповідної процесуальної форми; акти документального характеру, мета яких полягає у фіксації явищ, подій, обставин та інших юридично значущих фактів; та акти односторонньої реалізації права, які виражені у правомірній поведінці суб'єктів права; в) змішані акти – особливий тип правових актів, які здійснюють виключно ціннісно-інформаційне правове регулювання, це акти, які

містять в собі елементи як регулятивних, так і нерегулятивних актів (наприклад, різного типу декларації) [7, с. 20–21].

Система регулятивних правових актів є набагато більш розгалуженою та складною, що пояснюється, насамперед, специфікою форм та способів правового регулювання [7, с. 21]. Із приводу цього усе більшого визнання, як уявляється, набуває судження Ю.М. Оборотова, щодо того, що розгляд правового регулювання за напрямками нормативного та індивідуального є недостатнім для того, щоб охопити усю палітру правових засобів, які використовуються для впорядкування суспільних відносин та розв'язання правових ситуацій. На думку науковця, доцільно розмежовувати нормативне, ненормативне та індивідуальне правове регулювання як особливі та самостійні типи правового регулювання [8, с. 19–20]. Вважається, що кожному із цих різновидів правового регулювання будуть відповідати ті чи інші різновиди правових актів у їх розгалуженій системі [7, с. 21].

Основними видами правових актів є нормативно-правові акти, індивідуальні акти, акти тлумачення, змішані акти, а також нормативно-правові договори. Так, відомо, що основним видом нормативних актів є нормативно-правовий акт, який є зовнішньою формою об'єктивації норми права, яка є загальновизнаною, в юридичній науці є основою правової системи. Норма права, як зазначають О.В. Зайчук і Н.М. Оніщенко, – це загальне правило поведінки, що поширюється на необмежену кількість осіб і розраховане на багаторазове застосування [9, с. 140].

Отже, як пише Н.М. Пархоменко, нормативно-правовий акт виникає на ранній стадії розвитку держави й отримує подальший розвиток на всіх наступних етапах державотворення. Поява, а потім і значне поширення такого джерела права було пов'язано не тільки з прискоренням соціального прогресу, головним чином із розвитком соціальної диференціації суспільства та зростанням приватних інтересів, поширенням впливу держави на життя суспільства. Протягом тривалого розвитку та удосконалення державно-правових інститутів нормативно-правовий акт пройшов ряд етапів свого становлення [10, с. 111–112].

На теперішній час, на думку деяких вчених, поняття «нормативно-правові акти» містить в собі комплекс актів

правотворчості, виданих органами законодавчої і виконавчої влади. Нормативно-правові акти видаються органами державної влади лише у певній формі та в рамках компетенції певного правотворчого органу. Таким чином, нормативно-правовий акт – загальнообов’язкове офіційне рішення спеціально уповноваженого суб’єкта, прийняте в певному порядку, яке встановлює нові правові норми, змінює або скасовує уже наявні та приймається органами державної влади у процесі правотворчості [11, с. 165]. М.І. Байтін зазначає, що нормативно-правовий акт – це владне розпорядження державних органів, яке встановлює, змінює чи скасовує норми права (закон, кодекс, постанова, інструкція та ін.) Він є одним з основних джерел права сучасної держави, переважною формою правового регулювання суспільних відносин [12, с. 360].

Існують й інші точки зору з приводу поняття нормативно-правового акта, а саме – під нормативно-правовим актом розуміється вираження у письмовій формі рішення компетентних державних органів, в яких норми права є вміщеними. Нормативно-правовий акт є основним джерелом (формою) права в Україні. На думку О.Ф. Скакун, джерелом (формою) права є вихідні від держави або визнані нею офіційно-документальні форми вираження і закріплення норм права, які надають їм юридичного, загальнообов’язкового значення [13, с. 87]. Н.М. Пархоменко вважає, що нормативно-правовий акт – це найбільш поширене на теперішній час джерело права, яке містить норми (правила поведінки), встановлені або визнані державою, забезпечені можливістю державного примусу; – це рішення компетентних суб’єктів права, яке встановлює, змінює чи скасовує юридичні норми в односторонньому вольовому порядку [10, с. 111].

Ознаками нормативно-правового акта в цілому та нормативно-правового акта України є: 1) результатом правотворчої діяльності державних органів, тобто встановлюються, приймаються або санкціонуються тільки державними органами влади або уповноваженими на те особами або народом (через референдум); 2) змістом є загальнообов’язкові правила поведінки, а також завжди містить нові норми права або змінює (скасовує) чинні, чітко формулює зміст юридичних прав і обов’язків; 3) порядок прийняття і реалізації має процесуальний характер; 4) дія

розрахована на постійний або тривалий час; 5) формально-визначеним; 6) загальнообов'язковість для виконання, у протилежному випадку настає юридична відповідальність; 7) письмовий характер; 8) об'єктом регулювання є найбільш важливі суспільні відносини; 9) підставою для встановлення, зміни або скасування правил поведінки нормативно-правового змісту [10, с. 114];

Як зазначає Н.М. Пархоменко, для теорії права, а також практики застосування нормативно-правових актів найважливіше значення має розподіл нормативно-правових актів за юридичною силою на закони та підзаконні нормативно-правові акти [10, с. 115]. Закон – це нормативно-правовий акт, що містить в юридичній формі характеристику закономірностей суспільного розвитку і регулює найважливіші сфери суспільних відносин (основи суспільного ладу та політики, права, свободи та обов'язки громадян, принципи організації держави та ін. соціальних інститутів, регулювання основних сфер життя суспільства: політичної, економічної, гуманітарної та інших); безпосередньо виявляє волю народу; приймається у встановленому порядку вищим органом державної влади або шляхом референдуму; має вищу юридичну силу. Таке визначення, на думку Н.М. Пархоменко, містить ознаки, сукупність яких дозволяє надати характеристику соціальній природі закону і його функціям, а також зробити аналіз особливих властивостей, що виокремлюють його серед інших нормативно-правових і правових актів [10, с. 115]. Підзаконні нормативно-правові акти – це нормативно-правові акти державних органів, що видаються на підставі законів, відповідно до законів і для їх виконання та покликані конкретизувати основні, принципові положення законів стосовно різних своєрідних інтересів [10, с. 118].

Отже, виходячи із вищезазначеного, видається, під нормативним правовим актом слід розуміти виданий у встановленому порядку акт уповноваженого на те органу державної влади, органу місцевого самоврядування або посадової особи, що встановлює правові норми (правила поведінки), обов'язкові для невизначеного кола осіб, розраховані на неодноразове застосування, що діють незалежно від того, виникли

або припинилися конкретні правовідносини, передбачені актом. Вважаємо, увагу акцентувати на тому, що закони та підзаконні нормативно-правові акти нормативної групи правових актів утворюють складну ієрархічну систему.

Наступним видом правових актів за юридичною субординацією є індивідуальні (ненормативні) правові акти. Ненормативні (індивідуальні) – індивідуальні правові акти, що встановлюють, змінюють, відміняють права та обов'язки конкретних осіб чи юридичної особи, розраховані на одноразове застосування, після реалізації вичерпують свою дію і не містять в собі правових норм.

Індивідуальний правовий акт є різновидом правового акта, що не містить норм права та являє собою односторонню вольову владну дію державного органу виконавчої влади або його посадової особи, що забезпечує реалізацію правових норм у зв'язку з конкретною справою, що породжує виникнення, зміну або припинення конкретних правовідносин, прав і обов'язків точно визначених суб'єктів права. Шляхом видання індивідуальних правових актів норми законів і підзаконних нормативних правових актів застосовуються уповноваженими на те органами та особами у формі конкретних приписів. Тому деякі індивідуальні правові акти називають актами застосування права. Усі дослідники індивідуальних правових актів неминуче стикалися з низкою проблем, серед яких найбільш значущими вважаються дві: 1) насамперед, це множинність індивідуальних правових актів.

Наступний вид правових актів за юридичною силою – це інтерпретаційні правові акти, в юридичній літературі їх ще називають актами тлумачення норм права. Як зазначає М.В. Цвік, інтерпретаційний акт – це правовий акт-документ офіційного тлумачення правових норм, який містить формально-обов'язкове роз'яснення їх змісту. Інтерпретаційний акт – це документ, який містить результат інтелектуальної діяльності в осмисленні змісту правової норми, що здійснюється компетентними органами. Саме тому такі акти завжди мають офіційний характер [15, с. 381].

Результат офіційного тлумачення норм права не приводить до появи нормативного акта, не встановлює й не скасовує норми права, тобто діяльність із тлумачення норм не слід ототожнювати з

нормотворчою діяльністю. Акти тлумачення мають особливу правову природу, тому і діють у єдності з нормами права, не маючи самостійного значення. Ці акти є обов'язковими у тому розумінні, що містять офіційну державно-владну позицію щодо розуміння змісту правових норм і зобов'язують суб'єктів адекватно сприймати зміст норми. Однаковість у розумінні змісту нормативно-правових актів – це передумова однаковості їх застосування, реалізації, ефективності, законності в цілому. Результати тлумачення мають бути вираженими у певних офіційних актах.

Виходячи із вищезазначеного, слід сказати, що нормативно-правові акти відрізняються від інших правових актів, наприклад, від акта застосування норм, права, акта тлумачення норм права, нормативно-правового договору.

Так, нормативно-правовий акт відрізняється від акта тлумачення норм права, акта застосування норм права: 1) нормативно-правовий акт містить в собі правові норми, встановлює нові права й обов'язки, яких раніше не було, або змінює (скасовує) їх. Інші юридичні акти не встановлюють нових норм права. Акт тлумачення норм права, наприклад, лише пояснює чинні норми; 2) нормативно-правовий акт містить норми права загального характеру, тоді як індивідуальний акт (акт застосування норм права) має індивідуальну спрямованість.

Висновки. Слід сказати, що, окрім зазначених класичних правових актів – нормативних, індивідуальних, інтерпретаційних, – є акти змішаного змісту, тобто такі, що складаються з нормативних і правозастосовних норм. Якщо в тексті правового акта містяться правові норми й індивідуально-конкретні розпорядження, він вважається нормативним. Під правовим актом індивідуального характеру розуміється акт, що встановлює, змінює чи скасовує права й обов'язки конкретних осіб (фізичних, юридичних).

Література:

1. Цофнас А.Ю. Гносеология : учеб. пособ. Одесса. 2011. 248 с.
2. Скакун О.Ф. Теорія держави і права. Харків. 2001. 656 с.

3. Завальнюк В.В. Розвиток права та місце людини у поглядах фундаторів юридичної антропології. Юридичний вісник. 2011. № 4. С. 36–39.
4. Бар'як А.С. Система правових актів як аспект правової системи. Митна справа. 2013. № 6(2.2). С. 31–36.
5. Бар'як А.С. Система правових актів: методологія дослідження. Актуальні проблеми держави і права : зб. наук, праць. 2012. Вип. 67. С. 236–242.
6. Скаун О.Ф. Теорія права й держави : підруч. / О.Ф. Скаун. – 3-тє вид. Київ. 2011. 524 с.
7. Бар'як А.С. Щодо типології правових актів. Форум права. 2013. № 2. С. 19–24.
8. Оборотов Ю.Н. Теория государства и права (прагматический курс) : экзам. справоч. Одесса. 2006. 184 с.
9. Зайчук О.В. Теорія держави і права. Академічний курс. Київ. 2006. 688 с.
10. Пархоменко Н.М. Договір у системі права України : дис... канд. юрид. наук : 12.00.01 / НАН України. Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. Київ, 1998.
11. Боднар Т.В. Договірні зобов'язання в цивільному праві: загальні положення. Київ. 2007. 280 с.
12. Байтин М.И. Сущность права : микроформа (современное нормативное понимание на грани двух веков). Саратов. 2001. 416 с.
13. Юсупов В.А. Правоприменительная деятельность органов управления. Москва. 1979. 261 с.
14. Цвік М.В. Загальна теорія держави і права. Харків. 2009. 584 с.

I. КОНСТИТУЦІЙНЕ ТА МУНІЦИПАЛЬНЕ ПРАВО

УДК 342.5

Асташева О.С.,
студентка 2-го курсу юридичного факультету
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

ШЛЯХИ СПІВПРАЦІ ОРГАНІВ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ І ІНСТИТУТІВ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА

Публікація присвячена виявленню особливостей співпраці органів публічної влади і інститутів громадянського суспільства в умовах побудови та функціонування громадянського суспільства в Україні.

Ключові слова: публічна влада, інститут місцевого самоврядування, громадянське суспільство.

Публикация посвящена выявлению особенностей сотрудничества органов публичной власти и институтов гражданского общества в условиях построения и функционирования гражданского общества в Украине.

Ключевые слова: публичная власть, институт местного самоуправления, гражданское общество.

The publication is devoted to revealing peculiarities of cooperation between public authorities and civil society institutions in the context of the construction and functioning of civil society in Ukraine.

Key words: public authority, institute of local self-government, civil society.

Постановка проблеми. Зростання ролі громадянського суспільства у суспільному житті України, активна діяльність України в напрямку євроатлантичної інтеграції – все це

обумовлює актуальність дослідження громадянського суспільства в контексті співпраці з органами публічної влади. Існує проблема взаємодії громадянського суспільства, неурядових громадських організацій з державними установами. Враховуючи те, які кошти виділяються державою чи міжнародними донорами на розвиток громадянського суспільства і власне стан суспільної налаштованості до цих питань, важливим є якісне регулювання даних відносин.

Метою даної статті є дослідження особливостей понятійного апарату і його доцільності щодо вживаних термінів, нормативної бази та власне шляхів співпраці в умовах побудови та функціонування громадянського суспільства в Україні.

Ступінь наукової розробки проблеми. У юридичній літературі зазначеною проблематикою займалися: Р.Мельник, О.Зарічний, Л.Ільчук, О.Белокурова, Т.Бельська, Р.Даль, І.Ібрагімова, М.Ільїн, О.Радченко, Н.Розенблюм, Ф.Рудич та інші.

Виклад основного матеріалу. Однією з найбільших проблем у сучасному адміністративному просторі є розмите визначення понять. Це не дивно, адже там де є чіткість, не може бути місця підміні сенсу і маніпуляції фактами. Для того, щоб мати можливість про щось говорити потрібно знати, що лежить в основі поняття і чи доречно його використовувати. Візьмемо до уваги словосполучення «публічна влада». Виходячи з поняття «влада» варто зазначити, що воно передбачає взаємозв'язок двох суб'єктів, в якому другий виступає об'єктом владного впливу. Також об'єктом владного впливу можуть бути і неживі предмети. Прикметник «публічна» в поєднанні зі словом влада розуміє під собою орієнтацію на задоволення широких суспільних потреб[8].

Публічна влада врегульовує публічні справи і має територіальну спрямованість. В загальному владні відносини притаманні суспільному життю. Це плата за життя в суспільстві, бо жити в ньому і бути вільним від його правил неможливо [4].

Сам термін «публічна влада», зрештою, є нововведенням за часів незалежної України. Через задіяння більшої кількості суб'єктів у державотворенні, реалізації влади, радянський

термін «державна влада» не охоплював всіх функцій, які почали здійснюватися органами вже публічної влади. Вперше саме в Конституції з'явилося узагальнююче поняття, яке змогло об'єднати державну владу і місцеве самоврядування, і було визнано, що права й свободи людини є невідчужуваними й непорушними. В статті 5 вказується, що «народ здійснює владу безпосередньо через органи державної влади та органи місцевого самоврядування» [6]. Виходячи з цього положення, місцеве самоврядування – окрема, самостійна форма реалізації народовладдя, яка спрямована на забезпечення реалізації прав і свобод громадян. Цей термін закріплено і в інших чинних нормативно-правових актах. Розвиток такого інституту як місцеве самоврядування веде до подальшого впровадження демократії в суспільстві. Це система недержавних суспільних відносин та інститутів, які гарантують людині (громадянину) реалізацію його природних, соціальних прав, у тому числі через органи державної влади і місцевого самоврядування.

Інститут місцевого самоврядування, який виражає інтереси територіальних громад у громадянському суспільстві, відіграє величезну роль у забезпеченні автономії суспільства від держави, але, з іншого боку, він поєднує суспільство з державою, забезпечуючи вирішення соціально-політичних функцій на місцевому рівні, тому що держава і її інститути не в змозі досить повно охопити приватні інтереси, які досить динамічні й різноманітні.

Громадянське суспільство складається з асоціацій, які за своєю суттю не є політичними. До них належать сім'ї, громади, різні види добровільних організацій, профспілки, підприємства малого бізнесу, великі корпорації та релігійні спільноти.

Європейський економічний і соціальний комітет 1999 року дав оцінку громадянському суспільству і зробив поглиблений аналіз самого поняття. Даний комітет теж виступає представником громадянського суспільства. Згідно з авторами цього документа ефективним ресурсом у боротьбі з дефіцитом демократії всередині ЄС і браком довіри з боку громадян є введення інститутів громадянського суспільства. Комітет складається з представників різних категорій економічної

діяльності, зокрема «представників виробників, фермерів, працівників транспорту, комерсантів, ремісників, представників вільних професій та широкої громадськості». Цей перелік ніколи не вважався вичерпним [8].

Структурно громадянське суспільство в Україні можна представити такими сегментами (соціальними інститутами, групами):

- громадські організації та об'єднання громадян;
- політичні партії, що не прийшли до влади;
- благодійні організації;
- громадські ЗМІ;
- самоврядні територіальні громади;
- трудові та навчальні колективи;
- професійні та творчі спілки;
- релігійні об'єднання [15].

Станом на 13 квітня 2018 року українці невисоко оцінюють розвиток громадянського суспільства в Україні. Лише 10% називають його розвиток високим, за даними опитування Фонду «Демократичні ініціативи» імені Ілька Кучеріва – більше 85% не є членами жодних громадських об'єднань.

Така статистика пов'язана з тим, що більшість населення взагалі не розуміє що це і навіщо воно потрібне, а решта просто не вірить в те, що воно є дієвим соціальним інститутом. Тобто надзвичайно актуальним є розбір цього поняття в українських реаліях. Важливими компонентами громадянського суспільства є демократія й місцеве самоврядування, яке є окремою формою публічної влади поряд з державною владою [12].

Неодмінною складовою стабільності взаємовідносин влади та інститутів громадянського суспільства є досконалість нормативно-правової бази, що забезпечить відкрити та прозору діяльність владних структур, врахування громадської думки при застосуванні нових форм і технологій роботи з громадськістю, залучить громадян до участі в реалізації муніципальних і регіональних соціальних програм [1].

Які нормативно-правові акти регулюють дані взаємовідносини на даний час і чи є вони дієвими? Спершу потрібно визначити завдання, які стоять перед

взаємовідносинами між суспільством, що рухається до звання громадянського, і держави, що претендує на статус правової, соціальної.

Вони покликані забезпечувати:

1. Для людини:

- створення достатньої законодавчої основи для реалізації політичної свободи, соціальних гарантій і справедливості;

- захист від чиновницької сваволі.

2. Для суспільства:

- рівну правову захищеність усіх його соціальних прошарків із боку держави;

- передбачення безконфліктності, структурованості і політичної упорядкованості (усі суперечки вирішуються в рамках прийнятих законів);

- загальний захист суспільства як цілісного саморегулюючого організму від негативного впливу зовнішніх чинників;

- контроль суспільства над державою, прозорість і підзвітність діяльності його структур.

3. Для держави: втілення прав людини в юридичні норми і в механізми захисту цих прав [5].

Розвиток громадянського суспільства на офіційному рівні закріплено в указі Президента «Про сприяння розвитку громадянського суспільства».

В ньому вказуються основні проблеми розвитку громадянського суспільства в Україні та можливі шляхи їх вирішення [14]. У Посланні Президента України до Верховної Ради України “Про внутрішнє і зовнішнє становище України у 2005 році” серед головних пріоритетів розвитку визначено налагодження повноцінного діалогу між владою та громадськими організаціями [15].

Витоки громадянського суспільства слід шукати в природних правах і свободах людини. Вони отримують статус позитивного права, вливаються у сферу діяльності держави. Держава ж, захищаючи права і свободи індивіда, проникає у його власну сферу влади. Таким чином починає працювати

механізм цілісного функціонування влади держави і влади людини [16].

Відбувається зближення інтересів держави і людини, формується і розвивається право і влада нового типу.

Отже, виходячи з цього твердження, вагомим є аспект взаємодії державної влади та влади інститутів громадянського суспільства.

Іноді може здаватися, що інститут громадянського суспільства не властивий українській ментальності. Оріся Луцевич, експертка Проекту ЄС для розвитку громадянського суспільства в Україні, менеджерка Українського форуму Chatham House спростовує цей міф.

«У нас фактично з нічого, вже на європейських стандартах була створена культурна інституція, яка покликана розвивати українську культуру. Згадуються слова Черчилля, який сказав — що якщо у нас не буде культури, то для чого тоді нам захищати свою країну. В умовах агресії це особливо важливий момент», - вважає вона [12].

Чи є доцільною співпраця інститутів громадянського суспільства і органів публічної влади? Для того щоб відповісти на це питання, потрібно чітко усвідомити перелік їхніх завдань, функцій та призначення в цілому.

Громадянське суспільство і публічна влада відображають різні аспекти людського буття, виконують різні завдання і мають різне призначення. Однак їх об'єднує спільна мета: повна реалізація прав, свобод і законних інтересів приватних осіб. Виходимо з того, що компонентами громадянського суспільства є демократія й місцеве самоврядування, як окрема форма публічної влади поряд з державною владою. Отже, муніципальна влада входить до публічної, і таким чином одне поняття частково включає інше. Таким чином ми не можемо встановлювати чіткі критерії для розрізнення цих понять. Вони не є тотожними і не протистоять одне одному. Їхні функції, хоча розрізняються, але тісно переплетені. Тому для практики важливим є їхнє співвідношення саме в площині розрізнення завдань, функцій та призначення.

Візьмемо до уваги муніципальну і державну владу, а також владу інститутів громадянського суспільства.

Державна влада в демократичних умовах виражає волю народу, місцева влада – виражає волю лише частини цього народу – територіальної громади. В теорії колізій не виникає. На практиці навіть враховуючи децентралізацію, є проблеми в бік перетягування повноважень державною владою. Тобто існують недоліки з розмежуванням повноважень державної влади та влади органів місцевого самоврядування.

Варто зазначити, що на відміну від інститутів громадянського суспільства та форм місцевого самоврядування, держава є політичною організацією всього народу. Тобто державна влада є організованою формою вираження політичної влади всього суспільства. Муніципальна ж влада виконує важливі функції щодо вирішення суспільних проблем на місцях. Вона є виразником зовнішнього впливу, засобом стримування зовні, а також є можливим способом вираження інтересів громадянського суспільства. Загалом муніципальна влада є повноправним самодостатнім елементом політичної системи.

Розглядаючи недержавні організації як суб'єкти публічноправових відносин, можна навести пояснення причин розгляду цих відносин у межах адміністративно-правової наукової спеціальності:

- вони є суб'єктами адміністративного права та виражають інтереси інших суб'єктів (громадян та інших фізичних осіб);

- вони реалізують державні функції (передусім реалізація прав людини і правозахист, освіта, наукові дослідження);

- вони беруть участь у публічному управлінні;

- вони активно взаємодіють і забезпечують контроль за діяльністю державних органів, передусім органів виконавчої влади та місцевого самоврядування, та в свою чергу перебувають під загальним контролем з боку держави;

- їх діяльність регламентована адміністративно-правовими нормами, передусім законами України «Про

громадські об'єднання», «Про благодійну діяльність та благодійні організації»;

- низка положень їх внутрішньої організаційної діяльності аналогічні положенням державних установ та організацій, тобто за допомогою інструментарію адміністративного права їх можливо вдосконалювати;

- вони активно беруть участь у відносинах, які регламентують фінансове та інформаційне право.

Держава та громадянське суспільство реалізують ідентичні цілі, досягаючи їх проте за допомогою відмінних засобів і форм інституційної дії. При цьому через структурні та функціональні відмінності державницького і громадянського підходів, варто відмовлятися від визначення чітких меж і сфер діяльності та закликати державу поважати повноваження інститутів громадянського суспільства.

Доречне сучасне співвідношення громадянського суспільства з державою може бути схарактеризоване як рівноправна взаємодія. Органи, які представляють державу, здійснюють регулятивно-охоронні функції щодо інституцій громадянського суспільства. За рахунок податків і зборів, внесених до державного бюджету, утримуються державні службовці, які забезпечують поєднання інтересів держави, суспільства та осіб, які потребують визнаної суспільством соціальної підтримки. У сфері економіко-фінансових відносин державні й недержавні суб'єкти постають як вільні та рівноправні партнери-конкуренти, які взаємодіють на підставі принципів ринкової системи господарювання [11].

Розвиток такого інституту публічної влади, як місцеве самоврядування, веде до подальшого розвитку демократії в суспільстві.

Інститут місцевого самоврядування, який виражає інтереси територіальних громад у громадянському суспільстві, відіграє величезну роль у забезпеченні автономії суспільства від держави, але, з іншого боку, він поєднує суспільство з державою, забезпечуючи вирішення соціально-політичних функцій на місцевому рівні, тому що держава і її інститути не в

зможі досить повно охопити приватні інтереси, які досить динамічні й різноманітні [9].

Щоб якісно вирішити ту чи іншу проблему, потрібно в першу чергу визнати її, доступно проінформувати населення про її наявність і можливі шляхи вирішення.

Коли людина розуміє, що саме від неї залежить і як їй потрібно діяти, то з'являється суспільна думка.

Коли це відбувається осмислено, то підбурює до спільних дій. Тому надзвичайно важливим є покращення доступу до інформації у населення і викорінення правового нігілізму.

Головне завдання громадського моніторингу влади – отримання вірогідної, повної, об'єктивної та своєчасної інформації, її системний аналіз та оцінка з метою підготовки умов для вироблення пропозицій і прийняття рішень щодо формування й реалізації державної політики з важливих соціально-економічних проблем.

У контексті подальшої демократизації влади в Україні громадський моніторинг влади набуває особливого значення. Він сприяє підвищенню прозорості дій органів державної влади; активному залученню громадян до участі в управлінні та ухваленні рішень з питань життєдіяльності суспільства; посиленню контролю за діями та рішеннями органів влади з боку громадськості.

В контексті покращення співпраці потрібно також виділити такий критерій: державне фінансування органів громадянського суспільства.

Зрештою враховуючи розробку нової Дорожньої карти ЄС, то вона повинна стати більш структурованою і директивною.

В Україні буде чотири пріоритетні напрями:

- 1) Сприятливе середовище
- 2) Діалог між громадянським суспільством і урядом
- 3) Потенціал громадянського суспільства
- 4) Підтримка ОГС з боку ЄС [3].

У вищезгаданому указі Президента «Про сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні» постановлялося

розробити ефективні механізми надання фінансової підтримки громадським ініціативам, спрямованим на реалізацію Національної стратегії сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні на 2016 – 2020 роки.

Якщо взяти до уваги онлайн опитування, яке проводив Європейський Простір протягом місяця серед активістів та представників громадянського суспільства щодо державного фінансування третього сектору на національному та регіональному рівнях, то згідно із результатами, 100% респондентів вважають, що система державного фінансування організацій громадянського суспільства потребує змін. Майже 70% опитаних збираються подавати заявки на отримання бюджетних коштів наступного року. Минулого року 296,8 мільйонів гривень було виділено з державного бюджету для фінансування громадських організацій. У цю суму увійшли кошти Міністерства соціальної політики, Міністерства молоді та спорту та Міністерства культури.

Якщо ж подивитися на обсяги Міжнародного фонду "Відродження", то організаціям громадянського суспільства у 2017 році було надано приблизно таку ж суму — 237,6 мільйонів гривень. Однак, державне фінансування в бюджетах організацій громадянського суспільства складає невелику частину — це лише 3% з державного бюджету та 3% з місцевого бюджету, згідно із даними Державного комітету статистики України за 2017 рік.

Проблема друга це брак порозуміння між органами влади та громадським сектором.

Мета та завдання громадянського суспільства в умовах євроінтеграції полягають у забезпеченні прав і свобод усіх соціальних верств населення, у створенні умов, які сприяють підвищенню соціально-економічного рівня громадян, у задоволенні всіх потреб у різних сферах суспільних відносин, які дозволяють розкрити та реалізувати творчі здібності індивіда. У громадянському суспільстві не має існувати перебільшень – пріоритету держави в особі державних органів, анархії в управлінні суспільними справами, нігілізму стосовно права. Утворення рівноваги та балансу в громадянському

суспільстві є однією з основних умов його існування та подальшої модернізації в умовах євроінтеграції [8].

Дійсно, не всі ініціативи, запропоновані недержавним сектором для розвитку українського суспільства і держави, є готовими для впровадження. Чимало прикладів можна навести і як негативну практику взаємодії недержавних інституцій та державних органів, ініційованих недержавними структурами. Проте саме незаангажована оцінка такої практики співпраці дозволяє об'єктивно оцінити й удосконалити процес публічного управління суспільними процесами, а такі можливості виникають завдяки інституційним зв'язкам держави та недержавного сектору. Тому взаємодія державних і громадських інституцій у сучасній Україні є невід'ємним елементом модернізації публічного управління, у якому зацікавлені обидві сторони [8].

Порівняння інтересів, що складають сутність змагання за верховність у взаємодії держави і громадянського суспільства, надає можливість нам виділити для сучасних утворень такі крайні точки:

- авторитарна (сильна) держава і кероване суспільство;
- правова держава та громадянське суспільство.

Класифікація сучасних держав за цими типами можлива за співвідношенням їх інтересів, що виявляються на момент проведення аналізу. Таким чином, дослідження співвідношення інтересів держави та суспільства дозволяє диференціювати їх інтереси на такі групи: конфронтаційні, відмінні, паралельні та спільні.

Отже, диференціація суспільних і державних інтересів, пошук спільних інтересів і їх реалізація є сучасним напрямком розбудови держави, що існує в тісному зв'язку з громадянським суспільством.

Наостанок варто виділити діалог взаємодії влади і громадськості, що є інформуванням, стимулюванням, вихованням громадськості щодо участі у створенні та реалізації державної політики. Досягнення ефективного діалогу можливе шляхом реалізації принципу співпраці, який гарантує налагодження партнерських відносин між владою та

громадськістю. Це посилює ефект їх колективної відповідальності в результаті прийнятих ними спільних державно-управлінських рішень.

Висновки. Громадянське суспільство і публічна влада мають взаємозалежність – чим більше розвинутою є така форма публічної влади, як місцеве самоврядування, тим більше розвинутим є громадянське суспільство, в якому державна влада існує на центральному й регіональному рівнях, а місцеве самоврядування – на рівні територіальних громад та на регіональному рівні і є активним суб'єктом місцевої політики, здійснюючи управління місцевими справами в інтересах місцевого співтовариства.

Громадянське суспільство зміцнює публічну владу, роблячи її більш наближеною до громадян.

Громадянське суспільство є інтелектуальним опонентом держави, який доносить до влади зміст суспільних інтересів.

Воля державної влади в ідеалі має бути похідною від волі громадянського суспільства.

Щодо доцільності впровадження громадського моніторингу влади, то він дає змогу:

- виявити громадську та експертні думки щодо прийнятих органами державної влади управлінських рішень з важливих питань життєдіяльності суспільства;
- систематизувати та узагальнити різномірну інформацію на всіх рівнях управління;
- провести аналіз громадської думки щодо стану, основних проблем та перспектив розвитку окремих сфер, напрямів життєдіяльності суспільства;
- проаналізувати експертні оцінки щодо стану, основних проблем, перспектив формування та реалізації державної політики в окремих секторах чи сферах життєдіяльності суспільства;
- виявити рівень інформованості, динаміки змін стосовно підтримки різних верств населення й соціальних груп України в реалізації управлінських рішень у секторах, галузях чи сферах життєдіяльності суспільства;

- виявити рівень інформованості вітчизняних експертів щодо стану, основних проблем та перспектив реалізації управлінських рішень у секторах, галузях чи сферах життєдіяльності суспільства;

- забезпечити розробку аналітичних документів, орієнтованих на оцінку варіантів рішень і вибір найбільш оптимальних варіантів, які б відповідали обраній стратегії державної політики в секторах, галузях, сферах життєдіяльності суспільства;

- підвищити ефективність взаємодії законодавчої та виконавчої гілок влади в процесі вироблення чи прийняття важливих управлінських рішень.

Також в цьому пункті варто виділити становлення "демократії співучасті" - взаємодії державних органів з громадськістю, розширене інформування населення про державні справи та активізація широкої участі громадян під час прийняття рішень на всіх рівнях.

Сприяння саморозвитку громадянського суспільства з боку органів публічної влади (органів державної влади та органів місцевого самоврядування) передбачає:

1) створення системних, у першу чергу, правових і фінансових умов діяльності організацій і структур громадського сектора;

2) реалізацію політики громадської консолідації для вирішення соціально значущих проблем, спрямованої на забезпечення добробуту громадян;

3) визначення і втілення принципів, на яких будується взаємодія органів публічної влади зі структурами ділового і громадського секторів, створення інститутів взаємодії владного, ділового і громадського секторів;

4) удосконалення існуючих і розробка нових форм соціального партнерства та форм співробітництва органів публічної влади зі структурами ділового і громадського секторів;

5) вироблення ефективних механізмів підтримки діяльності недержавних організацій у реалізації ними соціально-значимих програм.

Література:

1. Гавкалова Н.Л., Грузд М.В. Взаємодія органів публічної влади та інститутів громадянського суспільства. Актуальні проблеми економіки. 2014. № 10. С. 281-290.
2. Галай А. О. Вибір оптимальної моделі взаємодії самоорганізованого громадянського суспільства та сучасної української держави. Адміністративне право і процес. 2014. №4 (10). С. 9–15.
3. Державне фінансування громадянського суспільства: гроші є. А стандарти?. Європейський простір. 2018. URL:<https://euprostit.org.ua/stories/138177> (дата звернення 10.05.2017 р.)
4. Зарічний О. А. Публічна влада та участь громадян: юридичне трактування. Митна справа. 2015. № 4(2). С. 141-146.
5. Ільчук Л.І., Ларіна Н.Б., Фугель Л.М. Роль і місце громадського суспільства у протидії корупції та механізми співпраці з органами державної влади: Навч.-метод. матеріали. Київ, 2011. 120 с.
6. Конституція України. від 28 червня 1996 року. Відомості Верховної Ради. 1996. №30. Ст. 141.
7. Крушельницька Т., Ралдугін Є. Деякі аспекти моніторингу діяльності органів державної влади щодо співпраці з інститутами громадянського суспільства в Україні. Вісник Національної академії державного управління при Президентові України. 2009. Вип. 1. С. 245-257.
8. Лотюк О.С. Категорія "громадянське суспільство" у вітчизняному і зарубіжному законодавстві. Адміністративне право і процес. 2014. № 3(9). С. 264-270.
9. Мельник Р.С. Загальне адміністративне право в питаннях і відповідях: навч. посіб. Київ: Юрінком Інтер, 2018. 308 с.
10. Міхненко А., Месюк А. Владні інститути та громадянське суспільство: діалог чи маніпуляція суспільною свідомістю?. Вісник Національної академії державного управління при Президентові України. 2009. Вип. 2. С. 5-12.
11. Оль П. А. Государство, общество, личность: проблемы совместимости. М.: Юрист, 2005. 303 с.
12. Потенціал громадянського суспільства України серед пріоритетів нової Дорожньої карти ЄС. Європейський простір. 2018. URL: <https://euprostit.org.ua/stories/135284> (дата звернення 10.05.2019 р.)

13. Про громадські об'єднання: Закон України від 22.03.2012 № 4572-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4572-17> (дата звернення: 25.10.2018).

14. Про сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні: Указ Президента України від 26 лютого 2016 р. № 68/2016. URL: <https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/68/2016> (дата звернення 10.05.2019 р.)

15. Усаченко Л. М. Співпраця органів державної влади з інститутами громадянського суспільства. Актуальні проблеми державного управління. 2009. № 1. С. 73-81.

16. Чехович Т. В. Сутність і юридична природа державної влади. Часопис Київського університету права. 2003. №3. С. 18-21.

УДК: 342.5

Панчишин Р.І.,

канд. юрид. наук,

докторант кафедри конституційного права
та порівняльного правознавства

Ужгородський національний університет

ІСТОРИКО-ПРАВОВІ УМОВИ ФОРМУВАННЯ ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ГРОМАДИ НА УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ У ПЕРІОД НАЦІОНАЛЬНОГО САМОВИЗНАЧЕННЯ (XVI-XVII СТОЛІТТЯ)

У статті висвітлено історико-правові умови формування територіальної громади на українських землях у період державного відродження та національного самовизначення, а саме – періоди Запорізької Січі та Гетьманської держави. Автором охарактеризовано організацію місцевої влади на території українських земель у досліджуваний період, визначено систему органів місцевого самоврядування, спосіб їх організації та функціонування. Проведено аналіз положень першого конституційного акта – Конституції Пилипа Орлика у частині, що стосується закріплення системи та повноважень органів місцевої влади. Визначено характер впливу магдебурзького права на становлення місцевого самоврядування на українських

землях. На підставі проведеного дослідження виявлено та узагальнено характерні риси розвитку територіальної громади та місцевого самоврядування у період національного самовизначення.

Ключові слова: історико-правові умови; територіальна громада; історичний розвиток; Запорізька Січ; Гетьманська держава; магдебурзьке право.

The article covers the historical and legal conditions of the formation of a territorial community on Ukrainian lands during the period of state revival and national self-determination, namely, the periods of Zaporizhzhya Sich and Hetman state. The author describes the organization of local authorities in the territory of Ukrainian lands during the period under study, the system of local self-government bodies, the way of their organization and functioning are determined. The analysis of the provisions of the first constitutional act - the Constitution of Pylyp Orlyk in the part concerning the consolidation of the system and powers of the local authorities. The character of the influence of Magdeburg Law on the formation of local self-government on the Ukrainian lands was determined. On the basis of the research, the characteristic features of the development of the territorial community and local self-government during the period of national self-determination were revealed and summarized.

Key words: historical and legal conditions; local community; historical development; Zaporizhzhya Sich; Hetman state; Magdeburg Law.

Постановка проблеми. Інститут місцевого самоврядування та статус територіальної громади на території сучасної України у своєму розвитку пройшли декілька історичних періодів, починаючи від утворення Київської Русі. Одним із найбільш важливих історичних етапів становлення місцевого самоврядування є період Запорізької Січі та Гетьманської держави. Не випадково загадану історичну добу називають періодом національного відродження, оскільки саме у цей період було закладено важливі державотворчі традиції та основи для подальшого розвитку місцевого самоврядування в

Україні. Саме питанням розвитку територіальної громади та місцевого самоврядування у період національного відродження присвячено дану статтю.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі історико-правові аспекти становлення та розвитку територіальної громади досліджували такі науковці, як Ю.М. Бисага, І.В. Козюра, М.В. Манзя, В.Г. Маргасова, О.М. Руденко, Н.В. Ткаленко та ін. Разом з тим, наукові дослідження у вказаній сфері, які охоплюють період національного самовизначення, зокрема, період Запорізької Січі та Гетьманської держави, залишаються недостатніми, епізодичними, що свідчить про відсутність комплексних досліджень широкого кола питань становлення та розвитку територіальної громади та місцевого самоврядування у вказаний період

Формулювання мети дослідження. Метою даної статті є проведення історико-правового аналізу становлення територіальної громади у період національного самовизначення (періоди Запорізької Січі та Гетьманської держави). Для реалізації поставленої мети необхідно виконати такі завдання: 1) охарактеризувати організацію місцевої влади на території українських земель у досліджуваний період, визначити систему органів місцевого самоврядування, спосіб їх організації та функціонування; 2) провести аналіз положень першого конституційного акта – Конституції Пилипа Орлика у частині, що стосується закріплення системи та повноважень органів місцевої влади; 3) визначити характер впливу магдебурзького права на становлення місцевого самоврядування на українських землях; 4) узагальнити характерні риси розвитку територіальної громади та місцевого самоврядування у період національного самовизначення – XVI-XVII століття.

Виклад основного матеріалу дослідження. Українські державотворчі традиції були уособлені в організації місцевого самоврядування в період Запорізької Січі. Як особлива козацька демократична республіка вона мала два поділи – військовий і територіальний. У військовому відношенні Запорізьке військо поділялося на 38 куренів. Вищим органом козацького

самоврядування, який вирішував найважливіші питання, були загальна або, як її частіше називали, військова рада. Крім загальних військових рад, у запорізьких козаків були ще й ради по куренях, які частіше називалися сходками. Курінні сходки збиралися у разі потреби для вирішення дрібних справ, термінових питань. Нарешті, були ще сходки по паланках. Вони розглядали переважно дрібні господарські питання [1, с. 34].

Тобто, організація місцевого самоврядування передбачала єдину лінійно-управлінську структуру, в якій від нижчого до вищого рівня функціонували відповідні органи, наділені повноваженнями вирішувати питання певного місцевого рівня. При цьому, військова рада, як найвищий орган місцевого самоврядування, уповноважена була вирішувати найбільш важливі для життя Запорізької Січі питання.

Так, до компетенції ради входили такі питання, як: оголошення війни й підписання мирних угод, господарські угоди. У свою чергу, кіш, керуючись рішеннями загальної ради, втілював ці настанови в життя [2, с. 70].

Військова рада у своїй діяльності спиралась на виконавчий орган – кіш, який, зокрема, забезпечував реалізацію управлінських рішень ради.

Характерною особливістю процесу формування виконавчого органу (кіш) була виборність його членів. На військовій раді всі козаки відкритим демократичним способом висували кандидатури (як правило, альтернативні), обговорювали їх і більшістю голосів обирали на ту чи іншу посаду (від курінних отаманів до десятників включно) [2, с. 70].

Між тим, не зважаючи на те, що організація місцевого самоврядування у Запорізькій Січі мала важливе значення для подальших державотворчих процесів на українських землях, утвердження національної самобутності держави, не можна оминати увагою той факт, що суттєвий вплив на процес формування органів місцевого самоврядування та на рішення, які приймалися цими органами, справляла заможне козацтво.

З цього приводу І.С. Кривцун зазначає, що військова старшина, спираючись на багате козацтво, намагалася використати цю суспільно-політичну організацію у своїх

інтересах. Вона досить часто уникала звіту перед козаками про свою політичну діяльність, наперекір звичаям, що склалися. Утримувала у своїх руках виборні посади впродовж декількох років. Як знаряддя класового впливу старшина почала використовувати також військовий суд. Але таке засилля старшини не могло все ж зруйнувати основних демократичних принципів побудови органів влади і управління козацтва, позбавити цю систему притаманних їй рис демократизму [3, с. 246].

Правові засади територіальної організації місцевого самоврядування знайшли своє втілення в одному із перших конституційних актів України – Конституції Пилипа Орлика. В цьому історичному документі були відображені не лише державотворчі ідеї, але й також проблеми та недоліки тодішньої організації місцевого управління.

Зокрема, за свідченням багатьох науковців, у Конституції Пилипа Орлика підтверджувалося станове самоврядування, чим закладені основи сучасного місцевого самоврядування. В розділі XIII цього історичного документу зазначалося: «Стольне місто Русі – Київ – та інші міста України нехай непорушно і недоторкано зберігають всі свої права і привілеї, слушно їм надані. Гідністю цих виборчих зборів постановлено і доручено ствердити у свій час гетьманською владою» [4, с.129].

Також в Конституції Пилипа Орлика йшлося про те, що на українські міста лягає чималий тягар і через те, що багато сіл, які раніше їм належали і надавали допомогу у виконанні громадських робіт, повідходили у приватне володіння до різних державців духовних та світських. Тому, звертаючись до гетьманської старшини, зазначалося, що після завершення військових злиднів та отримання перемоги та свободи від московського підданства, спеціально обраними комісарами має бути проведена генеральна ревізія всіх маєтностей, що знаходяться у володінні можновладців, а результати її подані до Генеральної Ради, що при гетьманові. На ній і має бути вирішено, хто має право, а хто не має права володіти та користуватися військовими угіддями та маєтностями та які

повинності і послушенства підданські можновладцями мають виконуватися.

Стольне місто Київ та інші українські міста з магістратами своїми і з усіма правами та привілеями, законно їм наданими, повинні бути непорушно збережені. Це ухвалювалось спеціальним актом і доручалося підтвердити у подальшому гетьманською владою [5].

Зі змісту наведених положень Конституції Пилипа Орлика вбачається, що соціальне розширення суспільства певним чином стояло на заваді рівномірного розвитку держави.

Разом з тим в другій половині XVIII ст. відбувається процес формування старшини у нову генерацію української еліти, яка бере на себе військові функції і функції управління. У складних політичних умовах ця старшина знаходить своє історичне місце і починає відігравати значну роль при розв'язанні багатьох важливих питань української державності [3, с. 246].

Свої особливості мала організація місцевого самоврядування цивільного населення на українських землях у період Гетьманської держави.

Як зазначає з цього приводу Матвєєва Т.О., за українсько-московським договором 1654 р. у Гетьманщині була закріплена правова система, яка склалася у період народно-визвольної війни 1648-1654 рр. і містила норми Литовського Статуту 1588 р., магдебурзького права, нормативні акти гетьманської влади, українського звичаєвого права тощо [6, с. 114].

Як зауважує з цього приводу І.С. Лісна, з одержанням магдебурзького права українське місто потрапляло в нові умови розвитку. Самоврядування на основі цього права фактично повністю зняло з міста юридичну та фінансову залежність від великого князя. В адміністративно-правовому плані самоврядування на основі магдебурзького права остаточно відокремлювало місто від села, надавши міщанам юридичні гарантії приватної власності, певний економічний стимул, воно створювало сприятливі умови для господарського розвитку

міста. Це прискорювало розшарування суспільства та формування соціальних верств [7, с. 17].

Тобто, фактично на підставі магдебурзького права міська громада отримувала значні привілеї у порівнянні із мешканцями сільських територій, на яких продовжувала поширюватися центральна князівська (королівська) влада, що закладали основи нерівномірного розвитку відповідних територій. Такий стан посилювався ще й тим, що крім права на місцеве самоврядування, міські жителі отримували майнові та господарські вольності, що створювало умови для формування приватної власності міщан, вільного торгового обігу між містами та відповідно, їх збагаченню.

Міське самоврядування за магдебурзьким правом утворювала система органів, зокрема: магістратура у складі ради на чолі з бурмістром та лави на чолі з війтом. Влада війта складала найважливішу частину муніципального управління, усі жителі міста повинні були підкорятися йому: війту і нараді присяжних належала судова влада. Війт – це найвища посадова особа міста в основному призначалася королем і з усіх міст України, що мали магдебурзьке право, тільки жителі Києва його самостійно обирали. Війт і бурмістри приймали рішення після згоди радців, але вони часто порушували норми магдебурзького права, про що свідчать скарги городян Великому князю та королю. Члени магістрату, війт і бурмістри охоронялися від зазіхань на їх життя, честь і гідність. Статути міст передбачали суворі покарання за такі порушення [8, с. 122].

Таким чином, у містах та селищах української держави зберігались звичаї та традиції магдебурзького права, хоча більшість дослідників вказують на певні особливості, притаманні системі магдебурзького права в українських містах у період Гетьманщини.

Зокрема, О.І. Гуржій, провівши ґрунтовне дослідження даного історичного періоду, дійшов до висновку, що на характер та обсяг застосування магдебургії на місцях свій відбиток накладали тогочасні політичні й соціальні реалії життя. В Україні, порівняно із Західною Європою, були іншими організація магістратів, рівень самоврядування міст. Це

зумовлювало територіальні особливості в застосуванні магдебурзького права в Україні. Найбільше рис виборності мало магдебурзьке право у Гетьманщині, де його нормами, поряд з іншими джерелами, керувалися не тільки магістратські, а й полкові суди [9, с. 155–156].

Оскільки більшість міського населення у досліджувану добу було покозачене та стало так званим городовим козацтвом, відповідно, у містах на більшій території українських земель встановлювалась військова організація місцевого управління. Нечисельне цивільне міське населення очолював городовий отаман, влада якого спиралась на міщанське самоврядування. Починаючи з 1710 р. на місцях зміцнювалась полкова влада, яка спиралася на потужну підтримку місцевих еліт.

Юридично міста поділялися на дві групи – магістратські й ратушні. Перші з них користувалися магдебурзьким правом, одержаним переважно ще від польської влади і підтвердженням згодом гетьманами або царським урядом. За ним міста діставали самоврядування, податковий і судовий імунітет, право власності на землю, ремісничі та торговельні пільги тощо. Ним встановлювався порядок обрання міських властей, їх управлінські функції, основи цивільного та кримінального права, норми оподаткування, регламентування діяльності ремісничих цехів і купецьких об'єднань тощо. Важливу роль у системі міського самоврядування відігравали виборні магістрати, які складалися з ради (райці на чолі з бурмистром) і лави, або лавничого суду. Райці відали адміністративно-господарськими справами: міським господарством організацією оборони міста, збиранням торгових мит, підтриманням зв'язків з гетьманською адміністрацією та царськими воєводами [10, с. 76].

Висновки з даного дослідження і перспективи подальших розвідок у даному напрямку. Таким чином, проведений в даній статті науково-правовий аналіз дозволяє зробити висновок, що розвиток територіальної громади та місцевого самоврядування у період національного самовизначення відзначився такими характерними рисами: 1) в цей період закладались основи національної державотворчої

традиції, в якій не останню роль відігравали козацька громада, на чолі зі старшиною; 2) запроваджувалась виборність посадових осіб місцевого самоврядування; 3) організовується ієрархічна система органів місцевого самоврядування від найвищого (військової ради) до нижчого органу (курені); 4) самоврядування цивільного населення здійснювалось за магдебурзьким правом.

Запровадження магдебурзького права на українських землях дало значний поштовх для подальшого розвитку місцевого самоврядування, передусім, на території українських міст. Це мало значення для утвердження європейських традицій та європеїзації культури місцевого самоуправління в тих містах, де діяло магдебурзьке право.

Перспективами подальших досліджень у цьому напрямку може стати дослідження сучасних правових умов подальшого розвитку статусу територіальної громади (об'єднаної громади).

Література:

1. Руденко О.М., Козюра І.В., Ткаленко Н.В., Маргасова В.Г. Історія та теорія місцевого самоврядування : навч. посібн. Київ : Кондор-Видавництво, 2016. 226 с.
2. Манзя М.В. Ретроспективний аналіз формування та концептуальні напрями подальшого розвитку місцевого самоврядування в Україні . Держава та регіони. Серія: Державне управління, 2014. № 1 (45). С. 68-77.
3. Кривцун І.С. Організація Запорізького козацтва – формування основ самоврядування в Україні. Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. 2005. Вип. 29. С. 241-247.
4. Голосніченко І.П., Голосніченко Д.І., Денчук Р.О. Розвиток місцевого самоврядування та його роль в управлінні комунальною власністю. Вісник НТУУ «КПІ». Політологія. Соціологія. Право : збірник наукових праць. 2012. № 1 (13). С. 128–134.
5. Конституція Пилипа Орлика: Конституція від 5 квітня 1710 року. URL : <http://gska2.rada.gov.ua/site/const/istoriya/1710.html>.
6. Матвеева Т.О. Законодавство Гетьманщини у 18 ст. / Форум права. 2016. № 2. С. 114-123.

7. Лісна І.С. Магдебурзьке право на українських землях / Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія Юридичні науки. 2016. Вип. 2. Т. 1. С. 15-18.

8. Камінська Н.В. Місцеве самоврядування: теоретико-історичний і порівняльно-правовий аналіз : навч. посіб. Київ. ун-т туризму, економіки і права. К. : КНТ, 2010. 232 с.

9. Гуржій О.І. Українська козацька держава в другій половині XVII-XVIII ст.: кордони, населення, право. К: Основи, 1996. 222 с.

10. Горобець В. Влада та соціум Гетьманату. Дослідження з політичної і соціальної історії ранньомодерної України. К.: Інститут історії України НАН України, 2009. 271 с.

III. АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС. ФІНАНСОВЕ ПРАВО

УДК: 347.73

Боксгорн А.В.,

аспірант кафедри адміністративного права
та адміністративного процесу
Одеського державного університету внутрішніх справ,
викладач кафедри державно-правових дисциплін
Одеського державного університету внутрішніх справ

ТЕОРЕТИЧНІ ПИТАННЯ РОЗСУДУ У ПОДАТКОВОМУ ПРАВІ

У статті розглянуто питання сутності розсуду через призму податкового права. Автором було проаналізовано доктринальні підходи до визначення дискреції та її особливості у податкових правовідносинах, що зумовлено їх специфічними рисами (різним правовим положенням суб'єктів та необхідністю дотримання балансу між публічними та приватними інтересами). Автор звертає увагу на існування розсуду не тільки у процесі правореалізації, а й в локальній нормотворчості на місцевому рівні в цій сфері.

Ключові слова: розсуд у податковому праві, податкові правовідносини, дискреція.

Abstract. The article deals with the issue of the discretion essence through the prism of Tax law. The author analyzed the doctrinal approaches of the discretion as the definition and its peculiarities in tax legal relations, caused by their peculiar features (different legal positions of subjects and the need to balance between public and private interests). The author draws attention to the existence of discretion not only in the process of rights realization, but also in local rule-making at the district level of this sphere.

Key words: discretion in tax law, tax relations, discretion.

Постановка проблеми. Розсуд у правовій доктрині являє собою дискусійну проблему, яка з кожним роком набуває все більшої актуальності та є предметом значної кількості наукових досліджень. Існування розсуду, визначення його меж та місця у системі правового регулювання утворюють сферу, яка є однією з найменш досліджених у праві. Крім того, розвиток законодавства зумовлює більш прискіпливе вивчення вихідних категорій задля уникнення прогалин у праві та можливості зловживання правом.

Окремі аспекти цього феномену знайшли відображення у працях багатьох вітчизняних та зарубіжних дослідників, які належать до різних наукових напрямів на кшталт соціології, філософії, юриспруденції тощо. Такі вчені, як В.Г.Антропов, М.В.Багрій, Є.В.Білозьоров, В.Ф.Бохан, І.Л.Желтобрюх, О.П.Коренєв, М.П.Кучерявенко, В.В.Лазарєв, П.І.Люблінський, А.С.Макаренко, В.М.Манохіна, А.А.Музика, О.А.Панасюк, А.С.Петрова, Г.Ф.Шершеневич та інші внесли неоціненний вклад у розвиток правової думки з цього питання. В той же час, аналізуючи наукові роботи, присвячені цьому явищу правової реальності можна зазначити, що величезна кількість питань залишаються відкритими та потребують подальшого, більш глибокого вивчення. Серед них можна виокремити не тільки співвідношення розсуду із такими категоріями як «зловживання правом», «дискреція», «лобізм», а й сам факт існування розсуду в контексті його межування із свавіллям тощо. Характеризування «розсуду» є вкрай складним, оскільки зачіпає як тлумачення із позиції лексичного значення і має об'єктивну природу, так і торкається суб'єктивної природи та психологічно-вольових особливостей суб'єкта, який його застосовує.

Метою статті є дослідження сутності розсуду у податковому праві.

Виклад основного матеріалу. Доктринальні підходи до визначення розсуду характеризуються багатоманітністю та неоднозначністю, враховуючи його існування у різних сферах життя. Нас цікавить саме розуміння розсуду в площині правової сфери. З цієї позиції варто зазначити, що суть розсуду в праві багато в чому обумовлена самою природою суб'єктивного права.

Нами підтримується позиція О. П. Коренева, який вважає, що під час прийняття рішення на власний розсуд державному органу чи посадовій особі надається вибір (можливість, міра свободи) для відшукування і прийняття найкориснішого, найдоцільнішого, на їх думку, рішення, вчинення або невчинення того чи іншого діяння. Такий вибір не повинен виходити за межі правових норм, а коли вони відсутні, – то за межі загального духу права [7, с.73]. Розсуд не є безмежним. Він є певним важелем, який гарантує досягнення поставлених державою цілей, балансу в суспільстві, стабільності та впорядкованості взаємовідносин і застосовуються завдяки використанню законодавцем такої юридичної техніки, яка характеризуються наявністю оціночних категорій, відносно визначених норм тощо. Однією з таких категорій виступає свобода, яка неодноразово згадується вченими у контексті визначення сутності розсуду. Свобода дійсно уявляє собою складний предмет для розуміння його сутності, що є причиною існування значної кількості поглядів і думок, які нерідко є суперечливими. Аби характеризувати правові явища через призму свободи важливим є вивчення не тільки законодавства та його практичного втілення у життя, а й філософських підстав, що є проявом ідеологічної функції права. На нашу думку, цілком логічно визначати свободу як контамінацію вибору та необхідності. А.Барак пише: «Для мене розсуд - це повноваження, надане особі, яка володіє владою обирати між двома і більше альтернативами, коли кожна із альтернатив законна» [2, с.81]. В. Г. Антропов відносить до предмету розсуду вибір між прийняттям рішення або утриманням від його прийняття. Зазначена теза використовується для обґрунтування твердження про присутність розсуду у будь-якому випадку правозастосування [1, с. 13].

Переміщуючи вектор дослідження у площину податкового права, перш за все варто дослідити особливості відносин, які воно регулює. В цілому податкове право не є тією галуззю, де, на перший погляд, можливе та доцільне застосування розсуду. На перший план виступає необхідність кореляції між публічними та приватними інтересами, адже мова

йде про фінансову діяльність держави та місцевого самоврядування, з одного боку метою якої є акумуляція грошових коштів в дохід бюджетів всіх рівнів, а з іншого пов'язана із наявністю податкового тиску на платників податків та їх небажанням відчуження власності на користь держави. Податкові відносини є одними з найбільш конфліктних у плані обрання оптимальних форм правового регулювання. Слушним є зауваження М.П.Кучерявенко. Вчений зазначає, що нормативне регулювання має об'єктивно обґрунтувати логічність, доцільність і, відповідно, законність вилучення частини грошей у особи, яка чесно заробила (отримала) певну суму, в дохід держави або її окремого адміністративно-територіального утворення. У платника виникає питання: чому частина того, що я заробив своїми зусиллями, я повинен комусь віддати? Ще більш посилюється подібне протиріччя при зіставленні в регулюванні суспільних доходів і витрат [8]. Виходячи із того, що конфліктність є об'єктивною ознакою таких правовідносин, прагнення законодавця мінімізувати можливість розсуду у праві та якомога чіткіше і зрозуміліше викласти норми є зрозумілим. Однак, як підкреслює Едвард Морс (Edward Morse), деяка дискреція в сфері оподаткування неминуча як через лінгвістичну невизначеність законодавства (linguistic indeterminacy) і його різні інтерпретації зацікавленими особами, так і через об'єктивну неможливість охопити податковими нормами кожен ситуацію, яка потребує законодавчої регламентації [15]. Т. В. Кашаніна зазначає, що: «Бувають випадки, коли законодавець вважає недоцільним давати вичерпну детальну регламентацію суспільних відносин, він вдається до узагальненого, «широкого» програмування конкретних казусів у нормах права за допомогою оціночних категорій, надаючи суб'єктам правовідносин самим наповнити їх змістом і врегулювати конкретну ситуацію. Таким чином, оціночні поняття у процесі їх застосування дають можливість здійснити індивідуальну регламентацію суспільних відносин [6].

Також правове положення учасників характеризується нерівністю. Юридична нерівність як риса податково-правового регулювання базується на нееквівалентній природі фінансових

відносин, що відображається в змісті і структурі прав і обов'язків суб'єктів податкового права, коли одні суб'єкти мають юридично владні повноваження стосовно інших [9]. Не дивлячись на тенденцію зближення публічного права із приватним у різних площинах правової матерії, основним методом правого регулювання у сучасних умовах є метод владних приписів, хоч із цивільно-правовим “вкрапленням” та трансформацією в більш “лояльний” метод [14]. Однак, все ж таки правове положення учасників податкових правовідносин не є рівним.

Проте існують певні важелі, за рахунок яких правове положення платника податків та контролюючого органу в певному сенсі вирівнюються. Одним із них є закріплення принципу презумпції правомірності рішень платника податків, який покликаний захистити його інтерес та діє у разі можливості прояву дискреції. І.Л.Желтобрюх у дисертаційному дослідженні “Розсуд в податковому правозастосуванні” зазначає, що він є певним засобом обмеження негативного розсуду в податковому правозастосуванні саме щодо контролюючих органів, але стосовно платників податків, навпаки, дозволяє діяти з урахуванням їх власних інтересів для досягнення найбільш сприятливих правових та економічних наслідків [5, с. 3]. Адже розсуд уявляє собою правовий механізм, що покликаний не тільки усунути недоліки неправильного застосування юридичної техніки та подолати колізії та прогалини у праві, що виникають внаслідок цього, а й має сприяти можливості вирішення того чи іншого питання максимально враховуючи всі особливості, що мають місце у кожній окремій ситуації. Дискреція при використанні правових принципів проявляється двояко: по-перше, у виборі принципу, релевантного в конкретній ситуації, і по-друге - в інтерпретації його змісту. Принципи виступають не тільки джерелом розсуду, але і важливим засобом (критерієм) її легітимації: вони обмежують дискрецію податкових органів, виступаючи одним з меж дискреційного розсуду [3].

Існування розсуду обумовлено необхідністю в динамізмі права та його гнучкості. Як правило у традиційній науці розсуд

розглядається як прерогатива суб'єкта владних повноважень, спрямована на застосування норм права. Одним із прикладів дискреції у податкових відносинах є можливість уповноваженої особи прийняти рішення про застосування такого виняткового способу забезпечення виконання зобов'язань платником податків, як адміністративний арешт майна платника податків. Крім того, контролюючий орган, як має право обрати чи не обирати цей спосіб, так і визначити який саме різновид (умовний чи повний) є доцільним для застосування, оцінивши всі можливі ризики [13]. Однак, деякими вченими обґрунтовується позиція наявності дискреційної складової у рішеннях платників податку, наприклад при виборі переходу на спрощену систему оподаткування при наявності такої можливості. Така позиція також пояснюється існуванням вищезгаданого принципу [5].

Розглянувши поняття, ознаки та сутність розсуду можна наголосити на присвяченні уваги тільки деяким його аспектам, а саме місцю розсуду у судовій діяльності та його загальнотеоретичному визначенню, як правозастосовної діяльності. Нами підтримується точка зору О.О. Нікітіна, який зазначає, що такі підходи безпідставно звужують категорію «розсуд у праві» виключаючи з неї, наприклад, розсуд законодавця або розсуд суб'єктів права при виборі можливих варіантів поведінки» [12]. Схожої позиції дотримується і П. Лебедев, на думку якого існування розсуду найчастіше пов'язано із необхідністю конкретизації нормативно-правових актів або з проблемами так званої «виконавчої нормотворчості» [11]. Одним із прикладів такої локальної нормотворчості є встановлення місцевих податків, зборів та їх розмірів місцевими радами у межах, передбачених Податковим кодексом України (далі – ПК України). У ст.10 ПК України визначено, що місцеві ради обов'язково установлюють єдиний податок та податок на майно (в частині транспортного податку та плати за землю, крім земельного податку за лісові землі), а також вирішують питання щодо встановлення податку на майно (в частині податку на нерухоме майно, відмінне від земельної ділянки) та встановлення збору за місця для паркування транспортних

засобів, туристичного збору та земельного податку за лісові землі у межах передбачених законодавством [13]. Тобто, місцевим радам надається право приймати рішення щодо необхідності встановлення деяких податків та визначенні окремих їх елементів, у межах передбачених ПК України. Такі рішення є результатом здійснення владних повноважень уповноважених осіб. З одного боку, ці особи виконують приписи законодавства, застосовуючи норми права, а з іншого вони є суб'єктами нормотворчої діяльності і тут мова йде вже про розсуд законодавця. Деякі вчені таку діяльність не розглядають як нормотворчу, а лише акцентують увагу на тому, що державні органи та органи місцевого самоврядування, уповноважені давати владні приписи, самі “пов'язані” імперативними вимогами законодавства про податки та збори.

Ми погоджуємося із О.В. Дьомінім, який під час аналізу обмежень підзаконної нормотворчості у сфері податків і зборів виокремлює лише такі причини як: загальний характер актів податкового законодавства, який вимагає їх подальшої конкретизації; оперативність підзаконної нормотворчості, яка дозволяє своєчасно усувати прогалини та суперечності податкового права; вирішення питань організаційного та юридико-технічного характеру, які недоцільно регулювати на рівні закону [4, с. 31]. Ю.В. Старих також звертає увагу на існування розсуду у законотворчій діяльності в контексті встановлення податків та зборів суб'єктів РФ та муніципальних утворень. Вчена розмежовує встановлення податків і зборів на два етапи: первинний (базовий), який здійснюється на федеральному рівні та вторинний (похідний), який має місце на місцевому рівні [5, с. 18]. Таким чином, розсуд присутній не тільки у процесі правореалізації. У контексті наукового аналізу проблеми суб'єктів розсуду в податковому правозастосуванні, слід погодитися з В. В. Лазарєвим, який стверджує, що осмисленим теоретично повинен бути і той факт, що норми права та фактичні обставини складають основу правозастосовного акту через доволі своєрідного посередника – через особистість людини, яка застосовує право, її психіку [10, с. 22].

Висновки. Варто констатувати, що процес прийняття управлінських рішень залежить від низки як об'єктивних, так і суб'єктивних факторів. Якщо об'єктивна складова є більш-менш зрозумілою і уявляє собою історичний аспект виникнення та розвитку державності, місце держави на міжнародній арені, стан розвитку правової науки, юридичної техніки тощо, то із суб'єктивною складовою все набагато складніше. Тут має місце не тільки обізнаність суб'єкта правозастосування у певній галузі законодавства чи здатність до аналізу інформації, що є в наявності, емоційні якості, а й можлива зацікавленість у прийнятті тих чи інших рішень, яка може ґрунтуватися на власному інтересі або бути результатом корупційної схеми. Делегування повноважень на місця з одного боку створює умови для децентралізації влади та приведення законодавства до міжнародних норм та стандартів, а з іншого дає можливість приймати зручні для себе рішення органами влади. Питання обсягу та напрямків дискреції, обмеження розсуду на рівні муніципальної нормотворчості, лобізму та гіпотетичної можливості зловживання правом у діяльності місцевих рад залишаються неврегульованими законодавством і потребують більшої уваги з боку науковців та практичних діячів. Однак виникає питання: які обмеження будуть адекватними сьогодишнім реаліям? Відповідь на це питання вкрай важко надати, оскільки для кожного окремого податку критерій адекватності буде своїм.

Література:

1. Антропов В. Г. Правоприменительное усмотрение: понятие и формирование (логико-семантический аспект): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук [текст] / В. Г. Антропов. – Волгоград, 1995. – 20 с.
2. Барак А. Судейское усмотрение текст/ А.Барак / Пер. с англ. А.Ю. Лисин. – М.: Изд-во НОРМА, 1999. – 246 с.
3. Демин А. В. Дискреция в налоговом праве // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2017. Вып. 35. С. 42-55.
4. Демин А.В. К вопросу об ограничении подзаконного нормотворчества в сфере налогов и сборов // Финансовое право, 2009, №11. С. 30-33.

5. Желтобрюх І. Л. Розсуд у податковому правозастосуванні : дис. ...канд. юрид. наук : 12.00.07 / Желтобрюх Ірина Леонтіївна – Ірпінь, 2016. – 199 с.
6. Кашанина Т. В. Оценочные понятия в советском праве / Т.В. Кашанина // Правоведение, 1976. – № 1. – С. 25, с. 76–77.
7. Коренев А. П. Нормы административного права и их применение [текст] / А. П. Коренев. – М.: Юрид. лит., 1978. – 141 с.
8. Кучерявенко М. П. Особливості розсуду у податково-правовому регулюванні [Електронний ресурс] // Journal «ScienceRise: Juridical Science». – 2017. – Режим доступу до ресурсу: <file:///C:/Users/ods-office/Downloads/111208-238319-1-PB.pdf>
9. Кучерявенко М. Податковий обов'язок: зміст, структура, засоби забезпечення [Електронний ресурс] // Вісник академії правових наук України. – 2001. – Режим доступу до ресурсу: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/4597/1/Kuheryavenk_122.pdf
10. Лазарев В. В. Социально-психологические аспекты применения права / В. В. Лазарев. – Казань, 1982. – 143 с.
11. Лебедев П. Н. Применение права в управленческом процессе [текст] / П. Н. Лебедев // Советское государство и право. – 1969. – № 4. – С. 51–54.
12. Никитин А. А. Усмотрение в праве и его признаки [Електронний ресурс] / А. А. Никитин // Вестник Саратовской государственной юридической академии. – 2012. – Режим доступу до ресурсу: <https://cyberleninka.ru/article/n/usmotrenie-v-prave-i-ego-priznaki>.
13. Податковий кодекс України: Кодекс від 02.12.2010 № 2755-VI / Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2011. № 13-14. - № 15-16. - № 17. – Ст. 112.
14. Тихомиров Ю.А. Публичное право: падения и взлеты // Государство и право. 1996. №1.
15. Morse E. A. Reflections on the Rule of Law and «Clear Reflection of Income»: What Constrains Discretion? Cornell Journal of Law and Public Policy. 1999. Vol. 8. Issue 3. Pp. 445–459. (In Eng.).

УДК 347.73

Борець Л.В.,
доцент кафедри фінансового права
Навчально-наукового інституту
«Юридичний інститут Державного
вищого навчального закладу
«Київський національний економічний
університет імені Вадима Гетьмана»

РОЗВИТОК ДЕРЖАВНОГО ВНУТРІШНЬОГО ФІНАНСОВОГО КОНТРОЛЮ (АУДИТУ) З УРАХУВАННЯМ ВИМОГ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

У статті досліджено розвиток державного внутрішнього фінансового контролю (аудиту), елементами якого є внутрішній контроль та внутрішній аудит, з урахуванням вимог Європейського Союзу.

Ключові слова: державний фінансовий контроль(аудит), внутрішній державний фінансовий контроль(аудит), внутрішній контроль, внутрішній аудит, система державного фінансового контролю(аудиту).

The article examines the development of the state internal financial control (audit), the elements of which are internal control and internal audit, taking into account the requirements of the European Union.

Key words: state financial control (audit), internal state financial control (audit), internal control, internal audit, system of state financial control (audit).

Постановка проблеми. Питання правового регулювання державного внутрішнього фінансового контролю (аудиту) є одним з найменш досліджених у науковому плані. Разом з тим, бракує фундаментальних комплексних досліджень правового регулювання відносин з державного внутрішнього фінансового контролю та внутрішнього аудиту бюджетних установ, визначення правового статусу підрозділів внутрішнього

аудиту центральних органів виконавчої влади та конкретизації їх контрольної компетенції.

Мета статті – проаналізувати розвиток внутрішнього державного фінансового контролю (аудиту) з урахуванням вимог Європейського Союзу та окреслити правові аспекти його удосконалення.

Виклад основного матеріалу. В Україні відбувається процес становлення системи державного фінансового контролю (аудиту). Відсутність єдиного методологічного підходу серед учених у галузі фінансового права, а також законодавчо не визначеність методологічної бази щодо основних понять та категорій, а саме: «державний фінансовий контроль(аудит)», «фінансовий контроль(аудит)», «контроль», «аудит», «фінансовий контроль», «фінансовий аудит», «система фінансового контролю», «зовнішній державний фінансовий контроль(аудит)», «внутрішній державний фінансовий контроль(аудит)», відсутність єдиної класифікації державного фінансового контролю (аудиту), відсутність єдиного методологічного інструментарію щодо понять форм і методів державного фінансового контролю (аудиту), стають негативними чинниками для розвитку державного фінансового контролю (аудиту) в Україні, ефективної правозастосовчої діяльності.

Достатньо не визначено місце й роль кожного суб'єкта державного фінансового контролю (аудиту) в його цілісній системі, відсутнє чітке розмежування сфер діяльності, нераціонально розподілено обов'язки між суб'єктами контролю, не координується робота між контрольними органами у сфері здійснення державного фінансового контролю (аудиту).

Дане питання лише частково та непослідовно врегульоване окремими законами та підзаконними нормативно-правовими актами. Закон України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні» регламентує у ст.1, що «здійснення державного фінансового контролю забезпечує центральний орган виконавчої влади, уповноважений Кабінетом Міністрів України на реалізацію державної політики у сфері державного фінансового контролю (далі – орган державного фінансового контролю) [2], тобто

Державною аудиторською службою України, а отже регулює правовий механізм здійснення державного внутрішнього фінансового контролю (далі - ДВФК). В той же час, виходячи із назви закону, який начебто мав би визначати систему державного фінансового контролю в Україні в цілому, йдеться тільки про ДВФК.

Слід відмітити, що у Законі України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю» не унормовано, що даний орган державного фінансового контролю здійснює державний внутрішній фінансовий контроль (аудит).

Тобто, необхідно на законодавчому рівні у проекті Закону «Про систему державного фінансового контролю (аудиту)» чітко визначити систему державного фінансового контролю (аудиту), суб'єктів контролю, їх місце у даній системі, взаємодію, обмін інформацією, повноваження, функції, об'єкти контролю, визначити форми та методи державного фінансового контролю (аудиту), унормувати інший категорійно-понятійний апарат. Це сприятиме максимальному наближенню до міжнародних стандартів та кращої практики ЄС щодо забезпечення здійснення ефективного контролю за управлінням та використанням державних (місцевих) ресурсів.

На сьогодні розбудова дієвої та ефективної системи фінансового контролю в державному секторі, яка базувалася б на основоположних принципах та кращих практиках ЄС, є вкрай важливим кроком у процесі впровадження реформи управління державними фінансами.

Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії та їхніми державами-членами, з іншої сторони, ратифікована Законом України № 1678-VII від 16.09.2014 (далі - Угода), визначає напрями співробітництва в галузі управління державними фінансами. Зокрема, передбачається:

– у галузі зовнішнього аудиту – імплементація стандартів і методик Міжнародної організації вищих органів фінансового контролю (INTOSAI), а також обмін найкращими практиками ЄС у сфері зовнішнього контролю та аудиту державних фінансів

з особливим акцентом на незалежності відповідних органів Сторін;

– у галузі державного внутрішнього фінансового контролю - подальший розвиток системи державного внутрішнього фінансового контролю шляхом гармонізації з міжнародно визнаними стандартами (Інститут внутрішніх аудиторів (ІІА), Міжнародна федерація бухгалтерів (ІFAC), INTOSAI) та методологіями, а також найкращою практикою ЄС щодо внутрішнього контролю та внутрішнього аудиту в державних органах [1].

На виконання Угоди розпорядженням Кабінету Міністрів України від 24 червня 2016 р. № 474 (в редакції від 18 грудня 2018 р. № 1102-р) схвалено Стратегію реформування державного управління України на період до 2021 року (далі - Стратегія), Концепцію реалізації державної політики у сфері реформування системи державного фінансового контролю до 2020 року (розпорядження Кабінету Міністрів України від 10 травня 2018 р. № 310-р) (далі Концепція). В Концепції акцентовано зосередити увагу на здійсненні ефективного контролю за управлінням та використанням державних (місцевих) ресурсів на центральному, регіональному і місцевому рівні відповідними державними органами, що здійснюють такий контроль (далі - органи контролю), та ідентифікувати проблеми законодавчого і організаційно-управлінського характеру у зазначеній сфері. Стратегія визначає такі напрями реформування: управління державними фінансами (адміністрування податків, підготовка та виконання державного бюджету, система державних закупівель, внутрішній аудит, облік та звітність, зовнішній аудит).

Розвиток органів Державної аудиторської служби України та Рахункової палати є важливим та одним із пріоритетних завдань країни в умовах євроінтеграції. Тому значної уваги потребують питання налагодження плідної та конструктивної співпраці між ними, зокрема щодо планування та проведення контрольних заходів, модернізації їх методологічного та нормативно-правового забезпечення, розробка правових механізмів здійснення громадського

контролю за використанням бюджетних (державних та місцевих) коштів та його здійснення.

На сьогодні, аналізуючи наявну законодавчу базу у сфері державного фінансового контролю (аудиту), можемо виокремити два його види в залежності від суб'єктів контролю:

- державний зовнішній фінансовий контроль (аудит), який здійснює Рахункова палата (орган спеціальної компетенції), ст. 4 Закону України «Про Рахункову палату України»;

- державний внутрішній фінансовий контроль (аудит).

1. централізований, який здійснюють органи Державної аудиторської служби України (орган спеціальної компетенції) (далі – Держаудитслужба), а також:

2. децентралізований, здійснюють:

- розпорядники бюджетних коштів (міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, їх територіальних органів), - забезпечують внутрішній контроль та внутрішній аудит;

- підрозділ бюджетної установи, - забезпечує проведення внутрішнього аудиту безпосередньо у бюджетній установі.

Практика свідчить про неефективність контрольної діяльності у сфері здійснення державного внутрішнього фінансового контролю (аудиту), відсутність відповідальності керівників контрольних органів. Іншою проблемою є незабезпечення окремими підрозділами проведення внутрішнього аудиту в тих установах, де він хоча б створений, ефективного виконання своїх функцій як інструменту з налагодження керівником ефективної системи внутрішнього контролю, спрямованої на запобігання порушенням бюджетного законодавства (що засвідчують також зростаючі щороку обсяги фінансових порушень, виявлених за результатами діяльності органів Держаудитслужби та Рахункової палати).

Так, матеріали зовнішніх перевірок системи МВС України щодо ефективності використання бюджетних коштів, показали, що реалізація системи управління бюджетними коштами в МВС України не забезпечує впровадження єдиної централізованої політики у сфері внутрішнього контролю та внутрішнього аудиту, та призводить до нераціонального та

неефективного використання бюджетних коштів. У Рішенні Рахункової палати від 11 квітня 2018 року № 10-2 «Про результати аудиту ефективності використання бюджетних коштів, виділених на забезпечення діяльності підрозділів, установ та закладів Національної поліції України встановлено, що у 2016-2017 роках з недотриманням чинного законодавства витрачено 71091,7 тис. грн., неефективно – 9193, 6 тис. грн.

Нормою Бюджетного Кодексу України визначено, що контроль від імені Верховної Ради України за надходженням коштів до Державного бюджету України та їх використанням здійснює Рахункова палата. Діяльність центральних органів виконавчої влади, які забезпечують проведення державної політики у сфері контролю за дотриманням бюджетного законодавства (у межах їх повноважень, встановлених цим Кодексом та іншими нормативно-правовими актами), спрямовується, координується та контролюється Кабінетом Міністрів України. Цією ж нормою зазначено, що розпорядники бюджетних коштів в особі їх керівників організовують внутрішній контроль і внутрішній аудит та забезпечують їх здійснення у своїх установах і на підприємствах, в установах та організаціях, що належать до сфери управління таких розпорядників бюджетних коштів, та надано визначення понять «внутрішній контроль», «внутрішній аудит», а саме:

внутрішнім контролем є комплекс заходів, що застосовуються керівником для забезпечення дотримання законності та ефективності використання бюджетних коштів, досягнення результатів відповідно до встановленої мети, завдань, планів і вимог щодо діяльності розпорядника бюджетних коштів і підприємств, установ та організацій, що належать до сфери його управління;

внутрішнім аудитом є діяльність, спрямована на удосконалення системи управління, внутрішнього контролю, запобігання фактам незаконного, неефективного та нерезультативного використання бюджетних коштів, виникненню помилок чи інших недоліків у діяльності розпорядника бюджетних коштів і підприємств, установ та

організацій, що належать до сфери його управління, та яка передбачає надання незалежних висновків і рекомендацій.

Для здійснення внутрішнього аудиту розпорядник бюджетних коштів в особі керівника утворює самостійний структурний підрозділ внутрішнього аудиту, що є підпорядкованим і підзвітним безпосередньо такому керівнику [3, ст. 26].

Основні засади здійснення внутрішнього контролю і внутрішнього аудиту та порядок утворення підрозділів внутрішнього аудиту визначаються Кабінетом Міністрів України [4], а організаційно-методологічні засади його здійснення – Міністерством фінансів України, яке забезпечує формування та реалізацію державної політики у сфері державного внутрішнього фінансового контролю, у тому числі здійснює оцінку функціонування систем внутрішнього контролю і внутрішнього аудиту.

Через відсутність ефективної системи внутрішнього контролю та незабезпечення належного здійснення діяльності з внутрішнього аудиту, сучасний стан фінансово-бюджетної дисципліни в центральних органах виконавчої влади є вкрай низьким. Тому дотримання принципу особистої відповідальності керівників на усіх рівнях є запорукою ефективного управління. Адже саме керівник згідно з вимогами Бюджетного кодексу несе відповідальність за всі дії і процеси в установі, у тому числі за внутрішній контроль і внутрішній аудит, які не обмежуються лише фінансовими аспектами діяльності. Водночас основними перешкодами на шляху реалізації функції внутрішнього аудиту в органах державного сектору є недостатність кадрового потенціалу для забезпечення потреб органів державного сектору спеціалістами з внутрішнього аудиту, недосконалість нормативно-правової бази з внутрішнього контролю та внутрішнього аудиту, а саме головне – не усвідомлення керівниками органів державного сектору ролі внутрішнього контролю та внутрішнього аудиту і, як наслідок, відсутність їх підтримки у розвитку цієї діяльності. Розв'язання такого роду проблем лежить у площині декількох складових: 1) удосконалення нормативно-правової бази у сфері

внутрішнього контролю та внутрішнього аудиту; 2) організація заходів, спрямованих на підтримку та розвиток внутрішнього контролю та внутрішнього аудиту.

Ураховуючи, що в міжнародних стандартах фінансового контролю відображений кращий світовий досвід і тенденції його розвитку, було б доцільно використовувати положення цих стандартів під час розробки вітчизняних стандартів оцінювання діяльності органів внутрішнього контролю (наприклад, у рамках аудиту ефективності). Разом із тим під час розробки системи національних стандартів не варто ігнорувати й накопичений досвід у законодавстві, теорії та практиці державного фінансового контролю України, тобто ті норми й положення, які вигідно відрізняють українські підходи від прийнятих у міжнародній практиці. Наприклад, після запровадження підрозділів внутрішнього аудиту в установах державного сектора управління, відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України № 1001, з 2012 р. набули чинності Стандарти внутрішнього аудиту для державного сектора, затверджені Наказом Міністерством фінансів України від 4 жовтня 2011 р. № 1247.

У Звіті про виконання Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом за 2017 р., підготовленого Урядовим офісом координації європейської та євроатлантичної інтеграції за підтримки Представництва ЄС в Україні та проекту Association4U, що фінансується Європейським Союзом, у розділі «Управління державними фінансами» визначено, що Міністерством фінансів на кінець 2017 р. завершено організаційні заходи для створення центру реформи внутрішнього контролю в Міністерстві фінансів України, у підрозділі «Реалізація зобов'язань у сфері внутрішнього фінансового контролю» визначено виконання:

- з 01 січня 2017 року повноваження на виконання функцій гармонізації ДВФК передано від Державної аудиторської служби до Міністерства фінансів України (відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 14.12.2016 р. №951), що повністю відповідає європейській практиці щодо функціонування центрального підрозділу

гармонізації у структурі Міністерства фінансів України (Департамент гармонізації ДВФК – визначено його функції, забезпечено укомплектування посад);

- визначено напрями подальшої співпраці з міжнародними партнерами (зокрема, Національною Академією фінансів та економіки Мінфіну Королівства Нідерланди) у сфері ДВФК. Розроблено Програму двостороннього співробітництва та «Дорожню карту» підтримки подальшого розвитку ДВФК;

- удосконалено правове регулювання у сфері ДВФК, зокрема, внесені зміни до 4 актів Уряду(у тому числі порядку проведення внутрішнього аудиту) та 4 наказів Мінфіну з питань внутрішнього контролю та внутрішнього аудиту (Методичних рекомендацій з організації внутрішнього контролю, Кодексу етики працівників підрозділу внутрішнього аудиту, Стандартів внутрішнього аудиту та Звітності про результати діяльності підрозділу внутрішнього аудиту), а також прийнято Порядок здійснення Міністерством фінансів України оцінки функціонування системи внутрішнього аудиту.

Отже, аналіз діючого законодавства дає можливість визначити позитивні зміни на шляху інтеграції України до Європейського Союзу у галузі внутрішнього державного фінансового контролю (аудиту).

Для ефективного здійснення ДВФК необхідно вирішити наступні проблеми: 1) визначити систему контролю за виконанням рекомендацій, вироблених за результатами перевірок; 2) унормувати понятійно-категорійний апарат державного фінансового контролю (аудиту) у відповідності до стандартів INTOSAI; 3) створити єдину інформаційну базу суб'єктів системи державного фінансового контролю (аудиту), в якій повинні бути дані щодо об'єктів контролю, які перевірялися (для виключення дублювання та паралелізму); орган державного фінансового контролю (аудиту), який здійснював перевірку; виявлені порушення; притягнення посадових осіб об'єкта контролю до відповідальності; дані щодо виконання пропозицій контрольного органу та вжиття відповідних заходів; дані щодо передачі матеріалів перевірки правоохоронним органам та ін.; 4) визначити у правовому полі відповідальність посадових осіб

державного фінансового контролю (аудиту) за якість внутрішнього аудиту; 5) визначити механізми співпраці органів державного внутрішнього фінансового контролю із громадськістю.

Література:

1. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, ратифіковано Законом № 1678-VII від 16.09.2014 ULR : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#n2820.

2. Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні (Назва Закону в редакції Закону № 5463-VI від 16.10.2012 р.). Відомості Верховної Ради України. 1993. № 13. Ст. 110.

3. Бюджетний кодекс України від 08.07.2010 р. № 2456-VI. Відомості Верховної Ради України. 2010. № 50-51. Ст. 572.

4. Порядок утворення структурних підрозділів внутрішнього аудиту та проведення такого аудиту в міністерствах, інших центральних органах виконавчої влади, їх територіальних органах та бюджетних установах, які належать до сфери управління міністерств, інших центральних органів виконавчої влади: Постанова Кабінету Міністрів України від 28.09.2011 р. № 1001 ULR: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1001-2011-%D0%BF>.

УДК 336.22

Брояков С.В.,
аспірант кафедри фінансового права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого

ОСКАРЖЕННЯ ДО СУДУ ПОДАТКОВИХ КОНСУЛЬТАЦІЙ ЯК МЕХАНІЗМ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ПЛАТНИКА ПОДАТКІВ

Досліджено правову природу права платника податків на одержання індивідуальної податкової консультації. Окреслено

коло ознак індивідуальних та узагальнюючих податкових консультацій та встановлено специфіку їх оскарження. Проаналізовано еволюціонування судової практики із оскарження податкових консультацій.

Ключові слова: податкова консультація, індивідуальна податкова консультація, узагальнююча податкова консультація, оскарження до суду, судова практика.

It has been researched the legal nature of taxpayer rights to resave individual tax consultation. We also circled features of individual and generalized tax consultation. In addition it has been analyzed the evaluation of the court practice in that sphere.

Key words: tax consultation, individual tax consultation, generalized tax consultation, appeal to court, court practice.

Постановка проблеми. Комплексність податково-правового регулювання обумовлює необхідність забезпечення послідовної поінформованості платника податків з приводу належних йому прав та обов'язків, щодо алгоритмів допустимої поведінки у сфері податкових відносин. Завдання ж податкових консультацій (індивідуальних та узагальнюючих) полягає у забезпеченні такого роду поінформованості платника податків. В той же самий час непоодинокими є випадки формального підходу контролюючого органу до надання таких податкових консультацій, що безумовно порушує права та інтереси платника податків. Єдиним механізмом подолання таких негативних тенденцій у податковому правозастосуванні є оскарження платником податків відповідних індивідуальних та узагальнюючих податкових консультацій. Однак судова практика в аспекті оскарження податкових консультацій не завжди вирізнялася послідовністю, що безумовно призводило до негативних тенденцій у правозастосовчій практиці та утвердження ролі податкових консультацій як ефективного засобу забезпечення прав та інтересів платника податків.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблематика пов'язана із судовим оскарженням індивідуальних та узагальнюючих податкових консультацій

станом на сьогоднішній день є недостатньо розробленою. Окремі аспекти податкових консультацій в механізмі податкового адміністрування досліджувалися у працях таких вчених, як Н. П. Каменська, В. І. Теремецький, О. С. Шевчик та ін.

Мета дослідження. Охарактеризувати право на одержання платником податків податкової консультації визначити коло іманентних рис різновидів податкових консультацій, встановити підстави для оскарження податкових консультацій, проаналізувати особливості еволюціонування судових підходів до визначення правової природи податкових консультацій.

Виклад основного матеріалу. Платник податків має право на одержання індивідуальної податкової консультації. Поінформованість платника податків про порядок реалізації належних йому прав та виконання покладених на нього податкових обов'язків є запорукою поступального та належного розвитку податкових відносин. В даному випадку головний акцент ставиться на понятті “право”, адже одержання платником податків податкової консультації є його специфічним, галузеводетермінованим правом. Зміст даного права полягає у можливості платника податків бути офіційно проінформованим про належні йому права та обов'язки, порядок їх реалізації/виконання, алгоритми належної поведінки у випадках неоднозначності тлумачення окремих положень законодавства, контроль за дотриманням якого покладено на контролюючий орган. В той же самий час міра ефективності такого інформаційного забезпечення платника податків напряму залежить від сумлінності контролюючого органу, який дає відповідь на поставлені платником податків запитання. При цьому, якщо контролюючий орган не належним чином виконує покладені на нього обов'язки із надання податкової консультації, платник податків може оскаржити в суді наказ, яким затверджується така консультація. Право на оскарження податкових консультацій до суду отримує свою безпосередню формалізацію в межах приписів пп. 17.1.7 п. 17.1 ст. 17 Податкового кодексу України, де зазначається, що платник

податків має право “оскаржувати ... індивідуальну податкову консультацію, яка йому надана, а також узагальнюючу податкову консультацію” [4].

З вищезазначеного вбачається, що оскаржувати до суду платник податків має право будь-який різновид податкових консультацій: як узагальнюючу податкову консультацію, так й індивідуальну податкову консультацію. В даному випадку, перед тим як перейти до розгляду піднятої проблематики, вбачається за доцільне визначити змістовне наповнення такого поняття як “податкова консультація” та відповідно таких категорій як “індивідуальна податкова консультація” й “узагальнююча податкова консультація”.

Слід зазначити, що дефініції відповідних понять отримують своє нормативне закріплення в межах Податкового кодексу України. Законодавець закріплює, що податкова консультація – це індивідуальна податкова консультація та узагальнююча податкова консультація, що надаються в порядку, передбаченому Податковим кодексом України (пп. 14.1.172 п. 14.1 ст. 14 Податкового кодексу України) [4]. Тобто нормотворець при наданні визначення даного поняття головні акценти ставить на: а) видовому різноманітті податкових консультацій; б) на процедурному аспекті їх надання. При цьому із відповідного визначення не вбачається за можливе виокремити які-небудь іманентні риси податкових консультацій.

В більшій мірі деталізованим є визначення видів податкових консультацій. Так, відповідно до приписів пп. 14.1.172¹ п. 14.1 ст. 14 Податкового кодексу України індивідуальна податкова консультація – це роз’яснення контролюючого органу, надане платнику податків щодо практичного використання окремих норм податкового та іншого законодавства, контроль за дотриманням якого покладено на контролюючий орган, та зареєстроване в єдиному реєстрі індивідуальних податкових консультацій. До головних рис індивідуальної податкової консультації можна віднести: а) індивідуальна консультація є актом-роз’ясненням контролюючого органу з приводу практичного використання норм законодавства (в аспекті податкового правозастосування);

б) надається за запитом платника податків; в) є валідною тільки у випадку її належної реєстрації. У свою чергу узагальнююча податкова консультація – це оприлюднення позиції центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну фінансову політику, щодо практичного використання окремих норм податкового та іншого законодавства, контроль за дотриманням якого покладено на контролюючі органи, що склалася за результатами узагальнення індивідуальних податкових консультацій, наданих контролюючими органами платникам податків, та/або у разі виявлення обставин, що свідчать про неоднозначність окремих норм такого законодавства (пп. 14.1.173 п. 14.1 ст. 14 Податкового кодексу України) [4]. Таким чином до іманентних рис узагальнюючої податкової консультації можна віднести: а) являє собою правову позицію Міністерства фінансів України з приводу практичного використання норм чинного законодавства (в аспекті податкового правозастосування); б) є результатом узагальнення роз'яснень, які викладені в множинності індивідуальних податкових консультацій та/або у разі виявлення неоднозначних для розуміння норм чинного законодавства, що стосується податково-правової сфери.

Не зважаючи на подібність правової природи відповідних видів податкових консультацій їх відмінності полягають у наступному: 1) індивідуальна податкова консультація надається виключно за ініціативою платника податків, тоді як прийняття узагальнюючої податкової консультації ініціюється суб'єктом владних повноважень – Міністерством фінансів України; 2) нетотожні суб'єкти видання консультацій (індивідуальні консультації – відповідний контролюючий орган; узагальнюючі консультації – центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну фінансову політику (Міністерство фінансів України); 3) індивідуальна консультація є актом індивідуальної дії, тоді як узагальнююча консультація є актом, який поширює свою дію на наперед невизначене коло осіб.

Головними спільними рисами відповідних різновидів податкових консультацій є те, що: а) вони стосуються

практичного використання норм законодавства (в аспекті податкового правозастосування); б) є своєрідною гарантією непритягнення до юридичної відповідальності; в) можуть бути оскаржені платником податків до суду.

Визначення змісту поняття “податкова консультація”, їх різновидів та виокремлення характеризуючих рис відповідних категорій має важливе значення для розуміння процесів їх оскарження. В даному випадку потрібно відмітити, що податкові консультації можуть бути оскаржені тільки до суду. Адміністративний порядок оскарження податкових консультацій (у порядку, визначеному положеннями ст. 56 Податкового кодексу України) не вбачається за можливе. Такого роду стан справ обумовлюється: а) прямою вказівкою в п. 53.2 ст. 53 Податкового кодексу України про оскарження податкових консультацій до суду (формальний аспект); б) відсутністю доцільності адміністративного оскарження, так як у виданні індивідуальних податкових консультацій в якості специфічного інституту “контрасигнатури” бере участь вищестоящий контролюючий орган – Державна фіскальна служба, який і є останньою інстанцією адміністративного оскарження, а узагальнюючі консультації видаються Міністерством фінансів України, який також є головним органом, що відповідно формує та реалізує фінансову політику держави (логічно-детермінований аспект).

Оскаржуються податкові консультації до адміністративного суду в порядку, визначеному положеннями Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України). Відповідно до п. 53.2 ст. 53 Податкового кодексу України платник податків може оскаржити до суду наказ про затвердження узагальнюючої податкової консультації або надану йому індивідуальну податкову консультацію як правовий акт індивідуальної дії, викладені в письмовій формі, які, на думку такого платника податків, суперечать нормам або змісту відповідного податку чи збору [4]. Тобто для того, щоб податкова консультація могла бути оскаржена до суду, повинен бути одночасний збіг наступних умов: а) податкова консультація повинна мати письмову форму (якщо

узагальнююча консультація завжди має письмову форму, то індивідуальна може надаватися в усній формі); б) на суб'єктивне переконання платника податків така консультація повинна суперечити нормам або ж змісту відповідного податку чи збору.

З приводу “суб'єктивного переконання”, то тут варто відмітити, що для подання позову та прийняття його до розгляду судом достатньо переконаності платника податків у невідповідності положень, викладених у податковій консультації, приписам діючого законодавства. Що ж стосується обґрунтованості таких “суб'єктивних переконань”, то вони будуть підтверджені або ж спростовані адміністративним судом за наслідками розгляду відповідної справи. У свою чергу письмова форма такої консультації є необхідною задля предметного дослідження судом належності сконструйованих контролюючим органом висновків, які отримали свою фіксацію в межах оскаржуваної консультації.

В аспекті оскарження податкових консультацій важливим є питання визначення правової природи актів в рамках, яких вони закріплюються, для того, щоб правильно визначити юрисдикційні аспекти такого оскарження. Так, у випадку із узагальнюючою податковою консультацією до суду оскаржується наказ про затвердження такої консультації (впливає з приписів п. 53.2 Податкового кодексу України). При цьому важливо відмітити, що такого роду наказ не є ані нормативно-правовим актом центрального органу виконавчої влади (Міністерства фінансів України), ані індивідуальним актом. Так, відповідно до п. 18 ч. 1 ст. 4 КАС України нормативно-правовий акт – це акт управління (рішення) суб'єкта владних повноважень, який встановлює, змінює, припиняє (скасовує) загальні правила регулювання однотипних відносин, і який розрахований на довгострокове та неодноразове застосування [5]. В даному випадку потрібно зауважити, що узагальнююча податкова консультація хоча й розрахована на довгострокове та неодноразове застосування, проте вона не встановлює загальних правил регулювання суспільних відносин – вона не створює норм права. В рамках узагальнюючої

податкової консультації отримує свою фіксацію правова позиція Міністерства фінансів України з приводу тих чи інших аспектів податкового правозастосування. Узагальнююча консультація є актом роз'яснення (актом-тлумачення), проте аж ніяк не нормативним актом.

Що ж стосується індивідуального акту, то під ним слід розуміти акт (рішення) суб'єкта владних повноважень, виданий (прийняте) на виконання владних управлінських функцій або в порядку надання адміністративних послуг, який стосується прав або інтересів визначеної в акті особи або осіб, та дія якого вичерпується його виконанням або має визначений строк (п. 19, ч. 1 ст. 4 КАС України) [5]. При цьому узагальнююча податкова консультація на відміну від індивідуального акта не адресується конкретній особі чи особам, а її дія не вичерпується одноразовим виконанням її положень та не має темпорально-обмеженого характеру. Таким чином, ми повинні резюмувати, що узагальнююча податкова консультація є специфічним актом-роз'яснення, який адресується наперед не визначеному колу осіб та має продовжувану (строково невизначену) дію у часі. За великою мірою можливість та дієвість оскарження узагальнюючих податкових консультацій впливає із прямої вказівки на це в рамках Податкового кодексу України, що і дозволяє зняти будь-які дискусії з цього питання.

У свою чергу індивідуальні податкові консультації, як визначається податковим законодавством, оскаржуються як “правовий акт індивідуальної дії”. В той же самий час ми повинні відмітити, що індивідуальні податкові консультації не є типовим індивідуальним актом. Відповідний висновок обумовлюється зокрема тим, що індивідуальна податкова консультація як правило не вичерпується її одноразовим виконанням (платник податків може керуватися її положеннями протягом тривалого часу) та не має наперед встановлених строків її дії (має безстроковий характер). Проте в силу прямої вказівки в рамках Податкового кодексу України (п. 53.2 ст. 53 Податкового кодексу України) на специфіку її оскарження індивідуальна податкова консультація повинна оскаржуватися в

порядку, визначеному для оскарження індивідуальних актів суб'єктів владних повноважень.

Потрібно відмітити, що практика вищих судових інстанцій з приводу оскарження податкових консультацій не завжди вирізнялася своєю послідовністю. Так, в Постанові Вищого адміністративного суду України від 15.12.2014 р. (справа № 810/3384/13-а) зазначалося, що необхідною ознакою податкової консультації, як предмета оспорування в судовому порядку, є її відповідність визначенню рішення (акта) суб'єкта владних повноважень в розумінні КАС України, зокрема, породження юридичних наслідків для кола суб'єктів, яким це рішення адресовано податкова консультація за своїм змістом не є рішенням суб'єкта владних повноважень, а також не має сили нормативно-правового акту та не створює і не припиняє права чи обов'язки особи, а є лише допомогою контролюючого органу конкретному платнику податків стосовно практичного використання конкретної норми закону. Жодних управлінських висновків оскаржувана податкова консультація не містить, вчинити будь-які обов'язкові дії позивачу вона не приписує, та, відповідно, не порушує права, свободи та інтереси осіб у сфері публічно-правових відносин” [2]. Тобто можливість оскарження податкової консультації ставилася в залежність від відповідності її змістовного наповнення такому поняттю як “рішення суб'єкта владних повноважень”. Такого роду підхід не можна назвати послідовним.

Цікавою також є позиція, висловлена в Постанові Вищого адміністративного суду України від 01.02.2017 р. (справа № 2а-2394/12/2670), де зазначалося, що “податкові консультації не мають сили правового акта, фактично є позицією податкового органу щодо того, як повинна застосовуватися норма права, а тому не можуть вступати в конкуренцію з іншими рішеннями (нормативно-правовими актами чи правовими актами індивідуальної дії) суб'єкта владних повноважень, оскільки за юридичною природою є відмінними від останніх. Така форма оприлюднення офіційного розуміння окремих положень законодавства, що регулює податкові правовідносини, не породжує для відповідних

суб'єктів настання будь-яких юридичних наслідків, не впливає на їхні права та обов'язки, а також не є обов'язковою для виконання” [3]. В даному випадку важко погодитися з тим, що надання податкової консультації жодним чином не впливає на права платника податків, адже платник податків принаймні має право бути належним чином проінформований про порядок реалізації належних йому прав та виконання покладених на нього обов'язків. В той же самий час суд вірно резюмує, що “підставою для визнання податкової консультації недійсною може бути лише її суперечність правовим нормам або змісту відповідного податку чи збору” [3]. Тобто суд наголошує на тому, що недійсною є тільки податкова консультація, яка прямо суперечить положенням діючого податкового законодавства.

На сьогоднішній день судова практика у відповідній категорії спорів суттєво еволюціонувала. Як приклад можна навести правові позиції, що отримали свою фіксацію в Постанові Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 16.10.2018 р. (справа № 820/4461/17), де зазначається, що “податкова консультація за своєю правовою природою є фактично відповіддю контролюючого органу платнику податків на його питання, яка повинна містити конкретні роз'яснення такому платнику практичної форми та/або моделі його поведінки у визначеному колі податкових правовідносин” [1]. Тобто акцент зроблено не на формальній стороні, а на змістовній – податкова консультація є в першу чергу відповіддю на поставлені питання, а не формальною відпискою контролюючого органу. Суд правильно відмітив, що просте посилання на норми діючого законодавства без відповідей щодо практичного використання норм податкового законодавства не може розглядатися як належна податкова консультація.

Висновки. Отже, право на одержання податкової консультації було детерміновано як одне із основоположних прав платника податків, що забезпечує поінформованість останнього про порядок реалізації належних йому прав та виконання покладених на нього податкових обов'язків. Оскарження до суду податкових консультацій є механізмом

захисту прав та інтересів платника податків. В силу цього констатовано, що предметом судового контролю повинні бути не тільки формальні, але й змістовні аспекти податкових консультацій.

Література:

1. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 16.10.2018 р. (справа № 820/4461/17). URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77160281>;
2. Постанова Вищого адміністративного суду України від 15.12.2014 р. (справа № 810/3384/13-а). URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42006199>;
3. Постанова Вищого адміністративного суду України від 01.02.2017 р. (справа № 2а-2394/12/2670). URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64507738>;
4. Податковий кодекс України: Закон України від 02.12.2010 р. № 2755-VI в редакції від 01.01.2019 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17/ed20190101> (дата звернення 15.01.2019 р.);
5. Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 06.07.2005 р. № 2747-IV в редакції від 04.11.2018 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15> (дата звернення 15.01.2019 р.).

УДК 347.73

Мандзюк О. І.,

аспірант кафедри фінансового права,
Національного юридичного університету
ім. Ярослава Мудрого

СУТНІСНІ СКЛАДОВІ КАТЕГОРІЇ ПОДАТКУ

Стаття присвячена дослідженню змістовних ознак категорії «податок» через доктринальні та нормативні визначення. Автор проаналізував наукові праці сучасних авторів і норми чинного законодавства та систематизував коло ознак податку, що закріплені у різних статтях Податкового кодексу України. Враховуючи наведені думки науковців щодо

визначення податку та актуальні підходи до класифікації ознак останнього, зроблено висновок щодо можливості виокремлення низки характеристик податку, окрім тих, що закріплені в чинному Податковому кодексі України. До їх кола відносяться ознаки, що конкретизують значення податку як одного із джерел наповнення Державного та місцевих бюджетів: а) індивідуальна безоплатність; б) нецільовий характер; в) виключна компетенція уповноважених органів щодо встановлення, зміни і скасування податків.

Ключові слова: податок, цільові, організаційні, системні ознаки податку, податковий обов'язок, грошова форма податку, Податковий кодекс України.

The article is devoted to the study of meaningful features of the category "tax" through doctrinal and normative definitions. The author analyzes the scientific works of contemporary authors and the rules of law of the current legislation and systematized the range of tax characteristics enshrined in various articles of the Tax Code of Ukraine. Taking into account the opinions of scientists on the definition of tax and the actual approaches to classifying the tax characteristics, it was concluded that it is possible to distinguish a number of tax characteristics beside those that are enshrined in the current Tax Code of Ukraine. These are features that specify the tax value as one of the sources of filling the State and local budgets: a) non-compensation; b) non-purpose; c) the exclusive competence of the authorized bodies to establish, change and cancel taxes.

Key words: tax, target, organizational, systemic features of tax, generic features of tax, tax duty, monetary form of tax. Tax Code of Ukraine

Постановка проблеми. На сучасному етапі розвитку країни податки виступають основним джерелом бюджетних надходжень. Однак, податкова політика нашої держави все ж залишається неефективною і потребує реформування. Пошук дієвих шляхів вирішення проблем вимагає ґрунтовного аналізу підходів щодо визначення категорії «податок» через його змістовні ознаки. З цією метою досліджено норми чинного

законодавства та актуальні публікації, автори яких торкаються концептуальних питань щодо місця податків у системі джерел державних доходів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій.

Теоретичними основами податків займалися Л.К. Воронова, М.П. Кучерявенко, Н.І. Хімичева, О.О. Головашевич, О.В. Шульженко, В. В. Капустник, В. Ф. Роль, С.В. Пархоменко-Цироциянц, В.В. Сергієнко, С.М. Попова, О.А. Магопєць, С.О. Лук'янцев, Г.В. Бєх (Россіхіна), Р.Г. Браславський, Д.С. Черных, Ю.О. Костєнко. Разом з тим, незважаючи на значну кількість досліджень, питання сутнісних характеристик податку все ж недостатньо повно висвітлено.

Постановка завдання. Визначити ознаки категорії «податок» через доктринальні та нормативні визначення, охарактеризувати актуальні підходи до їх класифікації.

Виклад основного матеріалу. Категорію податок можна аналізувати як з юридичної так і економічної точки зору. Однак, тут варто погодитись із думкою М.П. Кучерявенка про те, що «вирішального значення дефініція податку набуває саме в праві з декількох причин. По-перше, точне визначення й закріплення змісту податку як правової категорії сприяє чіткому та однаковому застосуванню норм податкового законодавства. По-друге, саме поняття, визначення податку має бути однією з відправних точок при підготовці законів. По-третє, чітке поняття податку дає змогу об'єктивно сформулювати й закріпити обсяг повноважень податкових органів. По-четверте, без точного визначення податку стає неможливою реалізація різних видів юридичної відповідальності» [1, с. 129].

У юридичній літературі існують різні підходи до визначення «податку», однак в рамках даної роботи пропонується розглянути лише ті, які пропонують визначення саме з точки зору його сутнісних характеристик. Так наприклад автори підручника Фінансове право під податками розуміють «обов'язкові індивідуально-безоплатні платежі в бюджети і державні позабюджетні фонди, стягнуті з платників податків у законно встановленому порядку і розмірі» [2, с. 181]. Більш розширену позицію дає Н.І. Хімичева, відповідно до якої

податками є обов'язкові і за юридичною формою індивідуально безоплатні платежі юридичних і фізичних осіб, встановлені органами державної влади для зарахування в державну бюджетну систему (або у певних випадках - позабюджетні цільові фонди) з визначенням їх розмірів і строків сплати [3, с. 225]. Як бачимо автор крім ознак обов'язковості та індивідуальній безоплатності виділяє ще виключну компетенцією органів державної влади щодо встановлення, зміни і скасування податків.

Варто відмітити позицію В. Ф. Роля, В. В. Сергієнка та С.М. Попова, на думку яких податок це встановлений законом для досягнення загальнодержавних або місцевого значення цілей обов'язковий індивідуально безвідплатний грошовий платіж, який вноситься юридичними і фізичними особами до Державного чи місцевого бюджету за наявності матеріальних передумов (доходу, прибутку чи майна) у чітко визначені строки та у передбачених законодавством розмірах і не призначений для конкретних витрат [4, с. 149]. З такою позицією важко погодитися, адже вона не враховує такої характеристики податку як безумовність. Дохід, прибуток чи майно у даному випадку виступають як юридичний факт, який зумовлює виникнення податкового обов'язку.

У юридичній науці найбільш влучною нам видається позиція професора М. П. Кучерявенка, на думку якого «податок – це форма примусового відчуження результатів діяльності суб'єктів, які реалізують свій податковий обов'язок, що на підставі закону (або акта органу місцевого самоврядування) вноситься до бюджету відповідного рівня і виступає як обов'язковий, безумовний, нецільовий, безоплатний, безповоротний грошовий платіж [1, с. 129]. На нашу думку, таке визначення найбільш повно розкриває конструкцію податку з точки зору його сутнісних характеристик.

Отже, проаналізувавши думки науковців щодо визначення податку, можна виділити такі його основні ознаки, як:

обов'язковість;
безумовність;

індивідуальна безоплатність;
нецільовий характер;
надходження до відповідного бюджету;
виключна компетенція уповноважених органів щодо встановлення, зміни та скасування податку;

Що ж до нормативного визначення податку, то з моменту набуття незалежності нашої держави, воно зазнало суттєвих змін. У зв'язку з цим, вважаємо за потрібне охарактеризувати динаміку розвитку нормативного закріплення законодавцем розглядуваної категорії. Так у 1994 році був прийнятий Закон України «Про внесення змін і доповнень до Закону Української РСР «Про систему оподаткування», де законодавець під податком, збором, іншим обов'язковим платежем до бюджетів і внеском до державних цільових фондів розумів обов'язковий внесок до бюджету відповідного рівня або державного цільового фонду, здійснюваний платниками у порядку і на умовах, що визначаються законодавчими актами України [5]. Таке розуміння було не зовсім вдалим, так як не розкривало сутнісних характеристик податку та зводило всі обов'язкові платежі до одного загального поняття, не надаючи жодних критеріїв для їх розмежування.

Так на думку О. В. Шульженка, співставлення правової природи податків у загальноприйнятому їх розумінні (податок на прибуток підприємств та ін.) і, наприклад, відрахувань у пенсійний фонд, у формі мита, екологічних платежів і фінансових санкцій не дозволить їх відрізнити через призму положень податкового законодавства, що існували на той час [6, с. 16]. Вказує на позитивну динаміку законодавчих змін В. В. Капустник, зазначаючи: «на рівні закону закріплено суттєві ознаки, що покладаються в основу розмежування різних типів загальнообов'язкових платежів» [7, с. 162; 8, с. 26-27].

Виправлено вказані недоліки нормативного регулювання було у 2010 р., коли був прийнятий Податковий кодекс, що виділив категорію «податок», розуміючи під нею «..обов'язковий, безумовний платіж до відповідного бюджету, що справляється з платників податку...» [9], й відмежував податки від зборів.

Як бачимо законодавець тут акцентує увагу на трьох характеристиках податку: обов'язковість, безумовний характер та надходження до відповідного бюджету. Однак ряд ознак, які виділяють податок серед інших платежів, залишається поза увагою. Так наприклад В.В. Глухов та І.В. Дольде поділяють сутнісні ознаки податків на три групи: цільові, організаційні та системні.

Цільові ознаки класифікують: а) за органами управління; б) за цільовим призначенням податків (склад витрат, які відшкодовуються за рахунок податку). Організаційні: а) об'єкт податку — те, що оподатковується (дохід, майно і т. д.); б) джерело сплати податку — фонд або кошти, з яких сплачується податок (поточний дохід, кредит і т. д.); в) база (основа) податку — сума, з якої стягується податок; ставка податку — розмір податку на одиницю оподаткування; г) суб'єкт оподаткування — особа, зобов'язана за законом сплачувати податок; платник податку. Системні ознаки податку дозволяють дати характеристику його місця в загальному процесі фінансових потоків. До них відносять: а) частку податку в бюджетних надходженнях; б) частку податку в загальному податковому тиску на платника податку; в) ступінь задоволення податком фінансових потреб сфери свого призначення; г) економічні наслідки наданих пільг по податку (збитки, майбутні доходи); г) витрати на стягнення податку. [10, с. 62; 11, с. 17]

О. В. Дьомін вказує на притаманність податку обов'язковості, індивідуальної безвідплатності, грошової форми сплати, публічних цілей оподаткування. [16, с. 69]

На наше переконання слід детальніше загострити свою увагу на деяких ознаках податку. Під ознакою обов'язковості розуміється, те що сплата податків відбувається не на добровільній основі, це конституційний обов'язок кожного громадянина сплачувати податки при настанні відповідних обставин. Як наслідок, при неналежному виконанні громадянином своїх зобов'язань держава може накласти на нього певні санкції. Як вдало виразилися автори науково-практичного коментарю «..У платника немає вибору - платити

або не платити податок, у нього є єдинозаконний шлях - перерахування податку до бюджету...» [12].

З обов'язковості випливає ознака безумовності. Податок є одностороннім платежем, тому платник, в рамках реалізації свого податкового обов'язку, який існує апріорі, не може висувати умови державі. Варто відзначити думку М. П. Кучерявенка який вказує, що «на перший погляд, може скластися враження, що сплата і податків, і зборів пов'язана з певною умовою (наприклад, сплата податку на прибуток - з одержанням прибутку). Однак безумовність платежу характеризується тим, що умовою сплати податку може здатись формування об'єкта оподаткування. Так, до одержання прибутку не може існувати обов'язку щодо сплати податку на прибуток, тому що немає об'єкта. Умовний характер платежу означає, що об'єкт оподаткування існує, але обов'язок щодо сплати відповідного платежу виникає за певної події. Наприклад, мито сплачується залежно від вартості певного товару (яка існує незалежно від обов'язку щодо сплати мита), але тільки за певної умови – перетинанні митного кордону» [13, с. 94]. Тобто об'єкт податку в такому випадку слід розглядати як певний юридичний факт, а не умову сплати податку.

Багато науковців визначають податок як грошовий платіж. На сьогоднішній день податки сплачуються у готівковій та безготівковій формах Деякий час законодавець дозволяв сплачувати податки у натуральній формі, наприклад Закон України «Про фіксований сільськогосподарський податок» дозволяв сплачувати у вигляді поставок сільськогосподарської продукції. Однак, така практика виявилася невдалою, і у 2003 році таку можливість виключили.

Податок є індивідуально безвідплатним платежем. Податки стягуються без надання платникові якої-небудь зустрічної нагороди, тобто безвідплатно, і не обумовлені обов'язком стягувача – тобто держави – надати платнику послугу або яку-небудь перевагу. Хоча, коли є пільги або податок переплачено, то він повертається [13, с. 94]. Тут варто зазначити, що хоч за рахунок податків і відбувається фінансування завдань та функцій держави, і може здаватися, що

платежі так чи інакше «повертаються» за рахунок надання державою послуг, все ж прямої кореляції між цими явищами немає. Податки сплачуються незалежно від того, отримує чи не отримує платник блага від держави.

Нецільовий характер податкового платежу означає, що податки не акумулюються для задоволення конкретних потреб держави. Як зазначає М.П. Кучерявенко, дана ознака заснована на бюджетно-правовому принципі заборони на спеціалізацію бюджетних доходів [1, с. 54]. Тобто податкові платежі стягуються не для здійснення конкретних видатків. Слід відмітити, що ця ознака є однією з основних для розмежування податку і збору, адже для останнього характерна цільова прив'язка.

Під такою ознакою як односторонність, розуміється виключна компетенцію держави щодо встановлення, зміни чи скасування податку, чи окремих елементів його механізму. Так, Н.Н. Злобін визначає, що односторонність встановлення податків була і є виключною прерогативою держави, народ не може винести питання щодо податків навіть на референдум. О.В. Сударенко, аналізуючи таку позицію, зазначає, що поза увагою автора залишилися інші форми безпосередньої демократії, не заборонені щодо податків: обговорення законопроектів, виявлення громадської думки, протести, акції громадської непокори, загальні збори платників податків тощо [14, с. 217; 15, с. 62]. На нашу думку, в контексті України, ознака односторонності проявляється не в абсолютній відсутності впливу народу на прийняття рішень з питань оподаткування, це була б некоректна позиція, адже сам парламент, по суті своїй, є представницьким органом. Односторонність означає мінімальний вплив народу на таке рішення. Це проявляється і в конституційній забороні проведення референдуму з питань встановлення, зміни чи скасування податків, і в порядку прийняття рішень щодо місцевих податків органами місцевого самоврядування. Так, відповідно до ст. 10 Податкового кодексу прийняття місцевих податків і зборів не передбачених Податковим кодексом забороняється, а місцеві ради повинні приймати рішення відповідно до вимог та меж встановлених

зазначеним законом. Тобто, ми говоримо про односторонність прийняття державою рішень з питань оподаткування.

Висновок. У результаті дослідження сутнісних складових категорії «податок» було зроблено низку висновків. По-перше, систематизовано коло ознак податку, що закріплені у різних статтях Податкового кодексу України, а саме: а) обов'язковість; б) безумовний характер; в) надходження податку до відповідного бюджету; г) грошова форма податку. По-друге, запропоновано додати до закріплених у податковому законодавстві низку притаманних податку ознак, що обумовлено теоретико-прикладним значенням даної категорії. До їх кола відносяться ознаки, що конкретизують значення податку як одного із джерел наповнення Державного та місцевих бюджетів: а) індивідуальна безоплатність; б) нецільовий характер; в) виключна компетенція уповноважених органів щодо встановлення, зміни і скасування податків.

Література:

1. Кучерявенко М. П. Податкове право України: підручник. Харків : Право, 2013. 536 с.
2. Финансовое право: учебник. под ред. проф. О. Н. Горбуновой. Москва: Юрист, 1996. 393 с.
3. Химичева Н. И., Покачалова Е. В. Финансовое право: учебник. под ред. Н. И. Химичевой. Москва : Норма, 2005. 464 с.
4. Роль В. Ф., Сергієнко В. В., Попова С. М. Фінансове право : навч. посіб. Київ : ЦУЛ, 2011. 392 с.
5. Про внесення змін і доповнень до Закону Української РСР «Про систему оподаткування» : Закон України від 02.02.1994 р. № 3904-XII.
URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/3904-12?lang=uk>
(дата звернення: 01.03.2019).
6. Шульженко О. В. Правове регулювання податкової бази : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Харків, 2012. 199 с.
7. Лук'янцев С. О. Ознаки податку: теоретичний та прикладний аспект. Підприємництво, господарство і право. 2017. № 9. С. 126–132.
8. Капустник В. В. Правове регулювання податкового періоду: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Харків, 2015. 203 с.

9. Податковий кодекс України Кодекс України; Закон України від 02.12.2010 р. № 2755-VI. Дата оновлення: 01.03.2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/2755-17?lang=uk> (дата звернення: 01.03.2019).

10. Єсаулов Ю.В. Сутність складових податкового процесу. Економіка та держава., 2010. №4. С. 62-64

11. Глухов В.В., Дольде И.В. Налоги: теория и практика: учебное пособие. Санкт-Петербург : Специальная литература, 1996. 288 с.

12. Науково-практичний коментар до Податкового кодексу України: в 3 т. / за заг. редакцією М. Я Азарова. Київ: Міністерство фінансів України, Національний університет ДПС України, 2010. 2389 с.

13. Кучерявенко Н. П. Курс налогового права: в 6 т. Харьков: Легас-Право, 2005. Т. 3: Учение о налоге. 2005. 600 с. С. 94

14. Злобин Н.Н. Налог как правовая категория. Финансово-правовая доктрина постсоциалистического государства. Выпуск 1. Черновцы: Рута, 2003. С. 217

15. Сударенко О. Податок - категорія фінансового права. Зовн. торгівля: економіка, фінанси, право. 2016. Вип. 1. С. 56-67.

16. Демин А. В. Налоговое право России: учебное пособие. Москва: РИОР, 2008. 382 с.

УДК 342.536.3

Марущак Анна Валеріївна

Чернівецький юридичний інститут

Національного університету

«Одеська юридична академія»

канд. юрид. наук, доцент кафедри конституційного,

адміністративного та фінансового права

ПРАВОВА ПРИРОДА ТА ОСНОВИ ДІЯЛЬНОСТІ РАХУНКОВОЇ ПАЛАТИ

Стаття присвячена дослідженню та аналізу правової природи та основ діяльності Рахункової палати України. Проаналізовані основні нормативно-правові акти, що регулюють діяльність Рахункової палати. Досліджено позицію вчених з приводу ролі та значення діяльності Рахункової палати.

Розглянуто вимоги до членів Рахункової палати та порядок їх призначення. Запропоновано розподіл повноважень Рахункової палати за групами. Визначено функції Рахункової палати.

Ключові слова: Рахункова палата, державний зовнішній фінансовий контроль, повноваження Рахункової палати, функції Рахункової палати.

Статья посвящена исследованию и анализу правовой природы и основ деятельности Счетной палаты Украины. Проанализированы основные нормативно-правовые акты, регулирующие деятельность Счетной палаты. Исследована научные позиции ученых по поводу роли и значения деятельности Счетной палаты. Рассмотрены требования к членам Счетной палаты и порядок их назначения. Предложено распределение полномочий Счетной палаты по группам. Определены функции Счетной палаты.

Ключевые слова: Счетная палата, государственный внешний финансовый контроль, полномочия Счетной палаты, функции Счетной палаты.

The article is dedicated to research and analysis of the legal nature and fundamentals of the activities of the Accounts Chamber of Ukraine. The Main law regulations that regulate the activities of the Accounts Chamber were analyzed. The scientific position of scientists about the role and importance of the activities of the Accounts Chamber were researched. The requirements for members of the Chamber of Accounts and the procedure for their appointment was considered. The distribution of powers of the Accounts Chamber into groups has been proposed. The functions of the Court of Accounts are defined.

Key words: Accounting Chamber, state external financial control, powers of the Accounting Chamber, functions of the Accounting Chamber.

Постановка проблеми. Контроль за надходженням коштів до Державного бюджету України та їх використання є важливою складовою функціонування усього механізму

державного контролю. Лише об'єктивний та незалежний контроль спроможний запобігти шахрайству, упередженості, заангажованості та іншим можливим негативним впливам на процес перевірки державних фінансових ресурсів. Задля досягнення якнайкращого результату у фінансово-економічній сфері створюється і діє Рахункова палата. Дослідження її діяльності є необхідною умовою для розуміння основного призначення та ролі Рахункової палати в державі.

Аналіз дослідження даної проблеми. Питання вивчення, законодавчого закріплення та аналізу діяльності Рахункової палати нерозривно пов'язане з питанням державного фінансового контролю, якому присвячено небагато наукових праць вітчизняних та зарубіжних науковців, таких як: Т.А. Латковська, Л.А. Савченко, М.П. Кучерявенко. Правові основи Рахункової палати більш детально висвітлені у творчих здобутках таких авторів, як: У.О. Олексій, О.С. Койчева, П.П. Латковський тощо.

Метою статті є формування аналізу законодавчих норм у сфері регулювання повноважень та діяльності Рахункової палати, здійснення розподілу повноважень Рахункової палати у групи, визначення суті та основ існування і діяльності цього органу, відмежування його від деяких інших органів державного фінансового контролю.

Виклад основного матеріалу. Здійснення контрольної діяльності в Україні відіграє чималу роль у всіх аспектах існування та функціонування країни. Для цього вітчизняне законодавство наділяє відповідних суб'єктів конкретними повноваженнями. Так, у різних сферах діяльності держави в особі її органів неодмінно повинен бути контролюючий суб'єкт, що унеможливить порушення ними прав та свобод людини і закону. Позитивний результат практики існування контролюючих органів досягнутий у багатьох країнах світу у цілому, та, зокрема, в Україні.

Так, наприклад, вищими аудиторськими інституціями країн Європейського Союзу є Вища Палата Контролю у Польщі, Верховна Контрольна Палата у Чеській Республіці, Державна

контрольна служба в Угорщині, Державна Контрольна Палата в Естонії, Аудиторський Суд у Румунії тощо.

За допомогою контролю відбувається процес забезпечення досягнення поставлених цілей, тому контроль це необхідність будь-якої держави, яка повинна мати всеохоплюючий прояв. Контроль існує у кожному напрямку державної політики – економічному, екологічному, національній безпеки країни, соціального тощо.

Одним із найбільш вагомих напрямків здійснення державної політики є фінансовий. Як вірно відзначається у науковій літературі «дослідження поняття та змісту фінансової політики дає змогу розглядати її як систему фінансових заходів, головною метою якої є забезпечення оптимального перерозподілу фінансових ресурсів з метою мінімізації впливу кризових явищ на національну економіку...» [1].

Фінансова політика країни має яскраве відображення у Державному бюджеті, адже бюджетна політика є її невід'ємною складовою. Тому, безумовно, Державний бюджет України напряму залежить від фінансової політики держави і вимагає контролю зі сторони компетентних органів. Відповідно до Конституції України, а саме ст. 98, таким органом є Рахункова плата, яка діє від імені Верховної Ради України та здійснює контроль за надходженням коштів до Державного бюджету України та їх використанням [3].

Саме тому, справедливо можемо віднести Рахункову палату до суб'єктів здійснення державного зовнішнього фінансового контролю. На підтвердження такої позиції нам говорить і сам законодавець у Законі України «Про рахункову палату», де передбачені порядок, правила та процедура здійснення заходів державного зовнішнього фінансового контролю. Проте, іншим нормативно-правовим актом, а саме Законом України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні» від 26.01.1993 р. вказано, що здійснення державного фінансового контролю забезпечує центральний орган виконавчої влади, уповноважений Кабінетом Міністрів України на реалізацію державної політики у сфері державного фінансового контролю. Як бачимо, законодавець

коло суб'єктів здійснення державного фінансового контролю окреслив лише виконавчою владою. Це викликає певну колізію між нормами вищевказаних законодавчих актів.

Відносини, що регулює вищевказаний законодавчий акт, якнайкраще відображаються у діяльності іншого органу державного фінансового контролю – Державної аудиторської служби України. Правова природа останньої та Рахункової палати досить схожа завдяки їх основному призначенню, але, водночас, і не викликає сумнівів щодо чисельних підстав її розмежування. Щодо цього, досить влучною є точка зору Табенської Ю.В., яка зазначає, що на противагу Державній аудиторській службі України, діяльність якої спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України та яка забезпечує формування і реалізує державну політику у сфері державного фінансового контролю, висновки і пропозиції Рахункової палати спрямовані на усунення недоліків у бюджетному процесі, які призводять до неефективного використання бюджетних коштів. Здійснюючи експертизу законопроектів про держбюджет, готуючи висновки Верховній Раді України про використання коштів Державного бюджету України, Рахункова палата бере безпосередню участь у вдосконаленні бюджетного процесу [8].

Мета існування та завдання, на досягнення яких повинна спрямовуватись діяльність вищевказаних органів є не єдиними їхніми відмінностями. Останні можна також визначити і за допомогою інших критеріїв. Наприклад, на відміну від Рахункової палати Державна аудиторська служба України є центральним органом виконавчої влади і її діяльність координується Кабінетом Міністрів України. Її очолює Голова, який призначається та звільняється з посади Кабінетом Міністрів України. Отже, вона є суб'єктом який повністю підпорядковується зовсім іншій гілці влади – виконавчій. Крім того, законодавство України не передбачає спеціальних вимог до державних службовців та працівників Держаудитслужби, на відміну від регламентації таких вимог до членів Рахункової палати, про що детальніше буде розглянуто далі. Термін повноважень державних службовців та працівників Держаудитслужби також чітко не визначений законодавцем.

Як зазначає Петренко П.С., формування зовнішнього державного контролю в Україні почалося із створення в середині 1990-х років Рахункової палати України в досить складних умовах перехідного періоду до ринкової економіки, що характеризувалося кризовим станом економіки і з усіма впливаючими з цього соціально-економічними проблемами, нестабільністю бюджетно-фінансової системи країни, відсутністю необхідного законодавчого забезпечення організації бюджетного процесу і низьким рівнем фінансової дисципліни [6].

Важливе значення діяльності Рахункової палати неодноразово підкреслюється у вітчизняній науці. Так, наприклад, У.О. Олексій підкреслює, що здійснені працівниками Рахункової палати перевірки, контрольні заходи, експертно-аналітичні оцінки в рамках визначених для неї функцій виявили, що в сучасних умовах політичного й економічного розвитку держави незаконне, нецільове, неефективне використання коштів є масовим явищем, яке породжує велику кількість інших недоліків, руйнує правове поле держави, сприяє зростанню політичного й соціального напруження в суспільстві [5].

Справедливо підкреслює важливість Рахункової палати і Латковський П.П., який вказує, що з кожним роком значення Рахункової палати України як постійно діючого органу контролю поступово зростає. Про це свідчить практика функціонування цього органу, обсяг функцій і повноважень якого закріплений законодавством України [4].

Рахункова палата здійснює контроль у різних сферах фінансово-економічної діяльності, крім тих, що знаходяться за межами використання коштів Державного бюджету.

Рахункова палата є державним колегіальним органом. Голову та інших членів рахункової палати призначає та звільняє з посади Верховна Рада України. Подання про призначення на посаду Голови Рахункової палати вносить Верховній Раді України Голова Верховної Ради України. Усього склад Рахункової палати налічує дев'ять членів. Законодавство, а саме закон України «Про Рахункову палату» регламентує вимоги до члена Рахункової палати. Це може бути особа, яка є

громадянином України, не молодша за тридцять п'ять років, володіє державною мовою та однією з мов Ради Європи, має вищу юридичну освіту не нижче ступеня магістра, не менше семи років загального стажу роботи у сфері державного контролю, економіки, фінансів або права не менше п'яти років та володіє бездоганною діловою репутацією [7]. Закон вказує строк повноважень членів Рахункової палати – шість років, а також визначає неможливість обіймати посаду члена Рахункової палати більш ніж два строки.

Рахункова палата здійснює свої повноваження за допомогою впровадження заходів державного зовнішнього фінансового контролю, перелік яких чітко визначений у законодавстві. До них належать: фінансовий аудит, аудит ефективності, експертиза, аналізу та інших контрольних заходів.

Щодо повноважень Рахункової палати, варто зазначити, що проаналізувавши їх перелік, регламентований у законодавстві, можна зробити висновок що здійснюваний нею контроль спрямований на наступні сфери: законопроектна, сфера кредитування, сфера доходів та видатків Державного бюджету України, правозахисна сфера.

Так, у законопроектній сфері Рахункова палата проводить експертизу поданого до Верховної Ради України проекту закону про Державний бюджет України (включаючи матеріали, що додаються до цього проекту закону) та готує відповідні висновки.

У сфері кредитування здійснює фінансовий аудит та аудит ефективності щодо надання кредитів з державного бюджету та повернення таких коштів до державного бюджету та щодо використання кредитів (позик), залучених державою до спеціального фонду державного бюджету від іноземних держав, банків і міжнародних фінансових організацій, виконання міжнародних договорів України, що призводить до фінансових наслідків для державного бюджету, у межах, які стосуються таких наслідків.

Сфера доходів та видатків Державного бюджету України характеризується найбільш широким колом повноважень з боку Рахункової палати, оскільки одним із завдань останньої є аналіз

виконання Державного бюджету України, і саме для його виконання законодавством у ст. 7 Закону України «Про Рахункову палату» передбачена велика кількість повноважень.

У правозахисній сфері Рахункова палата здійснює наступні повноваження: звертається до суду у разі порушення об'єктами контролю повноважень членів Рахункової палати та посадових осіб апарату Рахункової палати, зокрема щодо усунення перешкод у реалізації таких повноважень; у разі виявлення ознак кримінального або адміністративного правопорушення інформує про них відповідні правоохоронні органи.

Повноваження Рахункової палати відіграють неабияку роль і їх вчасна та правильна реалізація має важливі наслідки як у фінансово-економічній сфері, так і у благополуччі усієї країни в цілому.

Оскільки функція та повноваження співвідносяться як ціле та частина, доцільно буде виділення функцій Рахункової палати. Шляхом аналізу законодавства виділяємо наступні функції: функція фінансового аудиту та аудиту ефективності, експертна функція, правозахисна функція, методологічна функція.

Щодо напрямів впливу на діяльність Рахункової палати, то варто зазначити, що їй властива і аналітична функція. Вона представлена досить широким рядом повноважень, які здійснюються задля аналізу того чи іншого виду діяльності об'єктів контролю Рахункової палати.

Свою увагу на цю функцію звертає і Койчева О.С., об'єднуючи її з експертною. Автор вказує, що експертно-аналітична функція реалізується у двох напрямках: у підготовці експертних висновків за конкретними документами та аналітичних матеріалів [2].

Висновки. Діяльність Рахункової палати свідчить про ефективність засобів соціально-економічної стратегії держави. Як зазначалось вище, її повноваження здійснюються через впровадження заходів державного зовнішнього фінансового контролю. Дослідження обраної тематики призводить до висновку щодо недостатньо чіткого законодавчого закріплення

статусу Рахункової палати. Мова йде про її відсутність у переліку органів державного фінансового контролю за спеціальним законодавством. Щодо теоретичного аспекту дослідження діяльності Рахункової палати, то він відігріє важливу роль для розуміння її суті. За його допомогою можна окреслити коло функцій та повноважень даного органу. Отже, свої повноваження Рахункова палата здійснює у законопроектній сфері, сфері кредитування, сфері доходів та видатків Державного бюджету України та правозахисній сфері.

Література:

1. Базюк В.Р., Лагдан А.В. Фінансова політика України: сутність та проблеми розвитку. Перспективні напрямки наукової думки: 2018 рік : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, 18 квітня 2018 р. Тернопіль : «Друкарник», 2018. Т.4. С. 125–131.
2. Койчева О.С. Проблеми реалізації функцій Рахункової палати. Наше право. 2014. № 7. С. 104–109.
3. Конституція України. від 28 червня 1996 року. Відомості Верховної Ради. 1996. №30. Ст. 141.
4. Латковський П.П. Функції Рахункової палати України як постійно діючого органу контролю. Юридичний вісник. 2014. № 6. С. 55–61.
5. Олексій У. О. Контрольні повноваження рахункової палати у сфері дотримання бюджетного законодавства. Правові та інституційні механізми забезпечення розвитку України в умовах європейської інтеграції : 2018 рік : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, 18 травня 2018 р. Одеса, 2018. С. 100–102.
6. Петренко П.С. Корупція в Україні: Рахункова палата потребує зміцнення механізмів правової держави. Економіка і суспільство. 2018. № 16. С. 201–209.
7. Про Рахункову палату: Закон України від 02.07.2015 № 576-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2015. № 36. Ст. 360.
8. Табенська Ю. Державна аудиторська служба України як центральний орган державного фінансового контролю. Причорноморський науково-дослідний інститут економіки та інновацій. 2017. № 22. С. 187–190.

УДК 351.713

Подольська А.А.,
аспірант кафедри фінансового
та адміністративного права
Національного університету
«Одеська юридична академія»

ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ ВИЗНАЧЕННЯ СУТНОСТІ ПОДАТКОВОГО КОНТРОЛЮ

В статті досліджено наукові підходи до визначення сутності податкового контролю та його місця в системі державного фінансового контролю. Наголошено на важливості його мети та завдань. Запропоновано можливий вектор розвитку держави в сфері контролю оподаткування на основі світового досвіду організації податкового контролю.

Ключові слова: державний фінансовий контроль, податковий контроль, податкова система, організація податкового контролю

The article investigates scientific approaches to the definition of the essence of tax control and its place in the system of state financial control. The importance of its purpose and objectives is emphasized. The proposed course of state development in the field of taxation control is based on the international experience of tax audit organization.

Key words: system of state financial control, tax control, tax system, organization of tax control

Постановка проблеми. Контроль є невід'ємним елементом будь-якої галузі державного управління в сучасній державі. Важливість податкового контролю полягає в тому, що вдосконалення та ефективна реалізація податкового контролю за своєчасністю сплати та правильністю нарахування податкових платежів покликана забезпечити вирішення основної проблеми – наповнення дохідної частини державного бюджету України, що

особливо актуально під час фінансової кризи та зростання бюджетного дефіциту.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Незважаючи на наявність наукових досліджень щодо сутності податкового контролю це питання не є закритим і досі породжує чимало дискусій. Цій темі присвячені роботи як правників, так і економістів, серед яких дослідження М. Кучерявенка, Н. Пришви, Т. Латковської, Л. Савченко, О. Шевчук, А. Чередниченко, Т. Кравцова, Ю. Соловійова, С. Рогачова, І. Литвинчука, Н. Бурковської, Е. Поролло та ін. Погляди на вирішення цього питання у дослідників доволі протилежні. Одні вважають, що податковий контроль є неодмінною складовою державного фінансового контролю, інші вбачають у ньому самостійний вид контролю. Дискусійним залишаються і питання щодо сутності і функціонального призначення, мети і завдань, а також особливостей організації податкового контролю.

Метою статті є узагальнення підходів до визначення сутності і характеристики особливостей податкового контролю.

Виклад основного матеріалу. В сучасній науково-юридичній літературі немає єдиного підходу до визначення сутності податкового контролю. Предметом наукової уваги є вивчення ролі та місця податкового контролю в умовах трансформаційної економіки України, особливості реалізації податкового контролю в системі управління державними фінансами, у дослідженнях розглядаються теоретичні та практичні підходи і положення щодо суті функцій податкового контролю та теоретико-методологічні підходи щодо податкового контролю в аспекті організації контрольно-перевірочної діяльності [2].

Відповідно до пункту 61.1 статті 61 Податкового кодексу України податковий контроль – система заходів, що вживаються контролюючими органами та координуються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну фінансову політику, з метою контролю правильності нарахування, повноти і своєчасності сплати податків і зборів, а також дотримання законодавства з питань регулювання обігу готівки, проведення розрахункових та

касових операцій, патентування, ліцензування та іншого законодавства, контроль за дотриманням якого покладено на контролюючі органи [3].

Специфіка податкового контролю ставить питання про його місце та відмежування від інших видів в системі фінансового державного контролю і дають підґрунтя для змістовних досліджень у цій сфері. Аналіз наукових досліджень в області економічного і інституційно-правового уявлення про податковий контроль свідчить про наявність декількох підходів до вирішення даного питання. Податковий контроль називають видом державного фінансового контролю, також вказують що діяльність податкових органів з організації перевірок є активним блоком у системі фінансового контролю загалом (Ю. Соловійова, С. Богачов). І. Литвинчук і Н. Бурківська говорять про державний контроль у сфері оподаткування, а Д. Французов – про державний податковий контроль і державний контроль податкових органів у системі макроекономічного регулювання. На думку Г. Нестерова, особливості здійснення податкового контролю поза рамками державного фінансового контролю і виокремлення його у самостійний вид контролю вимагають розробки спеціальних методик його проведення залежно від виду податку, об'єкта оподаткування, податкової бази та інших елементів. Наводиться також визначення податкового контролю як спеціалізованого (лише стосовно податків і зборів) надвідомчого державного контролю [10].

Проте безсумнівим є те, що податковий контроль слід розглядати як невід'ємну складову державного фінансового контролю, який є суттєвим елементом управління державними фінансами і обов'язковою умовою успішного функціонування фінансової системи і економіки країни в цілому. Це обумовлено тим, що податковий контроль - не тільки завершальна стадія управління оподаткуванням, його результати слід розглядати і як відправну точку чергового циклу розподільних відносин з приводу формування централізованих грошових фондів, і як один з факторів стійкості бюджету, що досягається за рахунок стабільного приросту податкових доходів, він є одним з

основних чинників забезпечення наповнюваності дохідної частини бюджету.

Податковий контроль може розглядатися в декількох аспектах: як функція, як елемент державного управління економікою або ж як процес чи особлива діяльність уповноважених суб'єктів.

Податковий контроль як елемент управління є необхідною умовою досягнення суспільної ефективності податкових відносин, забезпечуючи зворотний зв'язок платників податків з органами державного управління, які наділені особливими правами і повноваженнями з питань оподаткування та з державними органами, які приймають рішення з питання встановлення нових і зміни умов справляння діючих податків. Він вирішує декілька завдань: по-перше, це контроль за фінансовою й господарською діяльністю суб'єктів у зв'язку з оподаткуванням; по-друге, це регламентована нормами права діяльність владних і зобов'язаних осіб, пов'язана з формуванням публічних грошових фондів за рахунок надходжень від податків, зборів, платежів; по-третє, це засіб забезпечення законності у сфері оподаткування.

Податковий контроль у аспекті особливої діяльності уповноважених суб'єктів (процес) визначають як важливий напрям фінансового контролю, що здійснюється за допомогою процедурно-процесуальної діяльності податкових органів, основу якої складають контрольні прийоми, засоби та способи, які вони вживали при здійсненні контрольних функцій. Основним завданням вказаної діяльності є вдосконалення системи оподаткування й досягнення такого рівня податкової дисципліни серед платників податків та податкових агентів, при якому виключається порушення податкового законодавства.

Більшість науковців визначають контроль як засіб дотримання державної законності, достовірності і ефективного витрачання ресурсів господарювання. На думку Є.В. Калюги, контроль у широкому розумінні, слід вважати як процес, який забезпечує збалансованість взаємодії складових цілісної системи, спрямований на досягнення поставленої перед системою мети [8]. Сутність контролю полягає у здійсненні

контрольних процедур, спрямованих на встановлення відхилень у діяльності системи, що контролюється, від заздалегідь визначених параметрів, тобто: ефективності їх запровадження; причин виникнення цих відхилень і шляхів їх усунення для ефективного досягнення поставленої мети.

Т. Кравцова вважає, що метою податкового контролю є встановлення достовірності даних про повноту, своєчасність, реальність виконуваних господарських операцій, а також законність дій, виконуваних посадовими особами юридичних осіб і фізичними особами – платниками податків, виявлення порушень норм чинного законодавства та вжиття заходів щодо усунення допущених порушень і недоліків, включаючи притягнення до відповідальності посадових осіб за порушення законності [10]. До вище наведеного варто додати також запобігання виникненню проблемних питань.

Відповідно до Лімської декларації про керівні принципи фінансового контролю, прийнятої в жовтні 1977 року на IX конгресі Міжнародної організації вищих органів фінансового контролю (ІНТОСАІ), фінансово-економічний контроль – це обов'язковий елемент управління суспільними фінансовими засобами, який покликаний розкрити відхилення від прийнятих стандартів, виявити порушення встановлених принципів законності, забезпечити ефективне витрачання фінансових ресурсів на якомога більш ранній стадії з тим, щоб давати можливість своєчасного прийняття коригуючих заходів [7]. Тобто контроль взагалі – не самоціль, а невід'ємна частина системи регулювання, спрямована на попередження негативних явищ у процесі оподаткування, у даному випадку, і відповідних випадках – притягти винних до відповідальності, отримати компенсацію за заподіяну шкоду або здійснити заходи щодо запобігання чи зменшення кількості таких порушень у майбутньому.

Зазначені положення дозволяють в рамках парадигми державного фінансового контролю виділити і конкретизувати наступні функціональні завдання податкового контролю [6]:

- виявлення відхилень (виявлення фактів, що вказують на ознаки можливого зниження податкових доходів);

- аналіз причин відхилень (дослідження обставин, що визначили фінансові втрати бюджетної системи, і встановлення фактів порушення податкового законодавства);

- корекція (відновлення податкових зобов'язань в передбаченій законом величиною, вжиття заходів по відшкодуванню завданих збитків бюджетам за рахунок донарахування податків та пені, повернення надміру сплачених сум);

- превенція (виявлення і мінімізація негативного впливу факторів, що сприяють порушенням податкового законодавства, здійснення профілактичних заходів щодо запобігання ухиленню від сплати податків);

- охорони права (притягнення до відповідальності осіб, винних у податкових правопорушеннях).

Визначаючи податковий контроль як різновид спеціального державного контролю, який є діяльністю податкових органів та їх посадових осіб із забезпечення законності, фінансової дисципліни й доцільності при мобілізації централізованих і децентралізованих грошових фондів і пов'язаних із ними матеріальних засобів, М.П. Кучерявенко звертає увагу на деякі особливості, що розкривають зміст такого контролю.

Першою особливістю вчений вважає те, що податковий контроль – це спеціальний державний контроль, який здійснюється спеціальними суб'єктами, наділеними державою особливою компетенцією саме в галузі оподаткування, відносно спеціального об'єкта, пов'язаного з надходженням до централізованих і децентралізованих грошових фондів.

Друга особливість полягає в тому, що податковий контроль є контролем за дисципліною у сфері оподаткування, що означає чітке дотримання встановлених приписів, порядку формування централізованих і децентралізованих грошових фондів. При цьому податковий контроль охоплює не тільки контроль за грошовими коштами, а й інші повноваження, що не пов'язані безпосередньо з рухом грошових коштів (наприклад, платник податків своєчасно й у повному об'ємі заплатив податки, але вчасно не надав податкову декларацію, тобто не

реалізував один зі своїх податкових обов'язків, і це неодмінно стане приводом для здійснення податкового контролю).

Третьою особливістю податкового контролю є його чітка цілеспрямованість, що проявляється насамперед у спрямованості об'єкта контролю та цільовому характері руху грошових фондів в умовах публічного регулювання, коли грошові ресурси закріплюються за фондами, що фінансують чітко визначені цілі, а нецільове витрачання коштів заборонено [5].

Ще однією особливістю податкового контролю є те, що він пов'язаний не тільки з грошовими коштами, але й із матеріальними засобами. Ці засоби беруть участь у процесі як об'єкт визначення грошових обов'язків у двох аспектах: або через безпосередній предмет оподаткування (певний майновий комплекс або його частина), або як засіб забезпечення грошових зобов'язань (коли відбувається реалізація майна, і за рахунок виручених грошових коштів погашаються грошові зобов'язання).

Можна виділити ще специфічні риси податкового контролю, що відрізняють його від інших напрямів контрольної діяльності держави, який полягає в особливостях його предмета, складу (суб'єкту) і об'єктів контролю.

Предметом податкового контролю виступають податкові правовідносини, що виникають між державою та платниками податків з приводу повноти і своєчасності сплати податків і зборів до бюджетів різного рівня. Крім того, предметом податкового контролю є правильність ведення платниками податків первинних документів податкового та бухгалтерського обліку, а також їх достовірність.

А. Чередніченко поділяє суб'єкт податкового контролю на два елементи [9]. Першим є контролюючий суб'єкт: орган (органи) контролю, які відповідно до чинного законодавства мають повноваження для здійснення контролю (податкові органи різних рівнів, митні органи, установи Пенсійного фонду), що спрямовують контрольні дії на діяльність фізичної чи юридичної особи (осіб) – платника певних податків – з метою реалізації основної функції податків – наповнення бюджетів усіх

рівнів та державних цільових фондів. Другий підконтрольний суб'єкт: фізична чи юридична особа (особи) – платники податку, на результати фінансово-господарської діяльності яких зорієнтовані контрольні дії, спрямовані на встановлення відповідності вимогам чинного законодавства показників, на підставі яких визначено та відображено у звітності дані про розміри певних податків до сплати та про фактичну сплату за відповідний звітний період.

Відповідно, до об'єктів відносяться безпосередньо об'єкти оподаткування платників податків, визначені чинним законодавством (доходи, прибуток, обсяги реалізації, обороти з реалізації, митна вартість тощо), за результатами фінансово-господарської діяльності підконтрольного суб'єкта за період, що підлягає контролю.

Варто зазначити, що відповідно до європейського досвіду здійснення податкового контролю діяльності фізичних осіб має супроводжуватися з'ясуванням мінімізації податків на доходи фізичних осіб, їх рухоме і нерухоме майно (транспортного і земельного податків, податку на майно), на дохід від володіння таким майном і перехід права власності при угодах з ним. При цьому здійснення податкового контролю стосовно них може здійснюватися за такими основними напрямками: розробка методів проведення перевірки достовірності інформації, наведеної в податковій звітності; створення єдиної інформаційної бази податкових органів [8].

Світовій практиці відомі варіанти взаємодії органів податкового контролю і держави. Повноваження зі здійснення податкового контролю покладені на органи що:

- є окремим урядовим інститутом, що безпосередньо підпорядковується політичній владі;
- входять до складу Міністерства фінансів чи казначейства;
- є самостійними органами зі своїм адміністративним апаратом і підзвітними політичній владі;
- номінально очолюються обраною політичною особою [10].

В Україні повноваження щодо його здійснення покладені на контролюючі органи та органи стягнення, дії яких координуються центральним органом виконавчої влади [3].

Законодавством встановлено, що контролюючими органами є центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну податкову, державну митну політику, державну політику з адміністрування єдиного внеску, державну політику у сфері боротьби з правопорушеннями під час застосування податкового та митного законодавства, законодавства з питань сплати єдиного внеску та іншого законодавства, контроль за дотриманням якого покладено на контролюючий орган, його територіальні органи.

Органами стягнення є виключно контролюючі органи, уповноважені здійснювати заходи щодо забезпечення погашення податкового боргу та недоїмки зі сплати єдиного внеску у межах повноважень, а також державні виконавці у межах своїх повноважень. Стягнення податкового боргу та недоїмки зі сплати єдиного внеску за виконавчими написами нотаріусів не дозволяється.

У Податковому кодексі зазначається, що податковий контроль здійснюється шляхом:

- ведення обліку платників податків;
- інформаційно-аналітичного забезпечення діяльності контролюючих органів;
- перевірок та звірок відповідно до вимог Кодексу, а також перевірок щодо дотримання законодавства, контроль за дотриманням якого покладено на контролюючі органи, у порядку, встановленому законами України, що регулюють відповідну сферу правовідносин;
- моніторингу контрольованих операцій та опитування посадових, уповноважених осіб та/або працівників платника податків відповідно до статті 39 ПКУ [3].

Як бачимо, цей перелік не є вичерпним і окремі контрольні процедури залишаються не розкритими в повному обсязі, що і надалі буде створювати певні конфліктні ситуації при проведенні контролю. Подібні явища негативно впливають на довіру платників податків до контролюючих органів, що в

подальшому спричинює низький рівень податкової свідомості серед громадян.

У багатьох зарубіжних країнах ставлення громадян до необхідності відраховувати державі частину своїх доходів кардинально відрізняється від позиції українців. У розвиненому суспільстві люди вважають, що сплата податків – це громадянський обов'язок. Сплачуючи податки, громадяни західних країн укладають своєрідний договір з державою, який дає їм і ряд прав на користування суспільними благами. Серед країн з Європи за кількістю добросовісних платників податків лідирує Швеція, де до цієї категорії належать 80% платників податків. Це зумовлено високим рівнем податкової свободи, що супроводжується тут і найвищим у світі рівнем свободи від корупції [1].

Висновки. Податковий контроль є важливим елементом державного фінансового контролю. Він є самостійним, адже характеризується наявністю конкретної мети, завдань та специфічних особливостей реалізації. Його основною метою є наповнення дохідної частини державного бюджету за рахунок повної й своєчасної сплати податків, зборів, платежів, що досягається через контроль за дотриманням норм податкового законодавства щодо їх сплати. На даний момент податковий контроль потребує удосконалення як в науково-теоретичному так і в нормативно-регулятивному плані. Основним завданням держави в сфері контролю в системі оподаткування повинна стати побудова гармонійних відносин між податковими органами та платниками податків, шляхом втілення світового досвіду організації податкового контролю та для формування у вітчизняних платників податків податкової свідомості й податкової культури, що передбачатиме добровільну сплату податків, зборів, платежів.

Література:

1. Американський дослідницький центр «Фонд спадщини» і газета The Wall Street Journal опублікували щорічний рейтинг країн з точки зору економічної свободи - Індекс економічної свободи 2015

року, Електронний ресурс: <http://euroosvita.net/index.php/?category=1&id=2484>.

2. Васюк Ю.М. (2015) Податковий контроль в умовах реформ в Україні, Аспекти публічного управління, № 3, С. 27-36, Електронний ресурс: http://nbuv.gov.ua/UJRN/aplup_2015_3_6.

3. Верховна рада України (2010) Податковий кодекс України від 2 груд. 2010 р. № 2755-VI, Електронний ресурс: www.rada.gov.ua.

4. Грачева Е.Ю. (2000) Финансовое право : учебное пособие, Москва: Юриспруденция, 286 с.

5. Кучерявенко М.П. (2002) Правове регулювання податкового контролю. Вісник АПрН, № 2(29), С. 482-488.

6. Поролло Е.В (2013) TERRA ECONOMICUS, Том 11, № 3.

7. С.В. Степашина (2001) Лімська декларація керівних принципів контролю. Контрольно-счетные органы Российской Федерации (в вопросах и ответах), Москва, 255 с.

8. Челишева Э. А. (2010) Специфика налогообложения и риски налогового контроля физических лиц, Вопросы регулирования экономики, № 4. Том 1, С. 26–27.

9. Чередніченко А. П. (2005) Податковий контроль в умовах трансформаційної економіки України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. екон. наук : спец. 08.04.01 «Фінанси, грошовий обіг і кредит». Одеса, 20 с.

10. Шевчук О. (2012) Теоретические основы развития налогового контроля. Фінанси та банківська справа, Вісник КНТЕУ. № 2. С. 74-83.

**IV. ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС.
ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС.
ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ**

УДК 347.774.028:796

Лавренюк О.Ю.,
аспірант кафедри цивільного і
господарського права і процесу
Міжнародного гуманітарного університету

**ДЕЯКІ ПРАВОВІ АСПЕКТИ ВИКОРИСТАННЯ ОБРАЗУ
(ІМІДЖУ) СПОРТСМЕНА**

У статті розглянуто поняття образу (іміджу) спортсмена, його правову природу та види використання як об'єкта прав інтелектуальної власності у сфері спорту. Оцінено стан дослідження проблеми правового регулювання використання образу у рекламі, як елемент знака для товарів і послуг (торговельної марки), у зовнішньому оформленні товарів та на упаковці.

Ключові слова: образ, імідж, зображення, фотографічний твір, права інтелектуальної власності, реклама, торговельна марка.

В статье рассматривается понятие образа (имиджа) спортсмена, его правовая природа и виды использования как объекта прав интеллектуальной собственности в сфере спорта. Исследуется проблема правового регулирования использования образа в рекламе, как элемент знака для товаров и услуг (торговой марки), во внешнем оформлении товаров и на упаковке.

Ключевые слова: образ, имидж, изображения, фотографическое произведение, права интеллектуальной собственности, реклама, торговая марка.

The article discusses the concept of the image (image) of an athlete, its legal nature and uses as an object of intellectual property rights in the field of sports. The problem of legal regulation of the use of the image in advertising, as an element of the mark for goods and services (trademark), in the external design of goods and on packaging is investigated.

Key words: image, images, photographic work, intellectual property rights, advertising, trademark.

Постановка проблеми. У привітанні Державного підприємства «Український інститут інтелектуальної власності» з Міжнародним днем інтелектуальної власності підкреслюється, що у 2019 році він проводиться під гаслом «У боротьбі за золото: інтелектуальна власність та спорт». Всесвітня організація інтелектуальної власності (ВОІВ) пропонує розглянути те, як інновації та творчість разом з правами інтелектуальної власності, які їх захищають, сприяють розвитку спорту у світовому масштабі.

Сьогодні спорт – це велика індустрія, яка залучає величезні обсяги інвестицій, забезпечує роботою мільйони людей, долає бар'єри за допомогою нових технологій. Велика роль ІВ у сучасному спорті полягає у створенні прозорих правил гри, дотриманні універсальних принципів рівності та чесності у конкурентних змаганнях. Економіка спорту та охорона відповідних прав інтелектуальної власності утворили надійний тандем, який упевнено рухається до нових світових вершин [1].

Образ спортсменів, особливо відомих, широко використовується у сфері спорту і суміжних з ним сферах. Це стосується реклами різноманітної продукції, як спортивної спрямованості, так і широкого вжитку, використання зображення відомої людини для маркування товарів і продукції, як елемент знаку для товарів і послуг (торговельної марки). Досить часто таке використання відбувається з порушенням прав інтелектуальної власності. Тому необхідним є дослідження питань правової природи образу спортсмена і тих прав, які з нього випливають.

Аналіз останніх досліджень. Стосовно наукових досліджень у сфері спорту, слід зазначити, що традиційно найбільша увага приділяється проблемам спортивного бренду, хоча і зазначені дослідження перебувають на стадії свого становлення. Тому навіть спортивний бренд є недостатньо дослідженою темою в юриспруденції. Питання про визначення поняття бренду, його складових, а також особливості надання правової охорони структурним компонентам у складі єдиного об'єкта інтелектуальної власності розглянуто у працях Г. Андрощука, В. Бузанова, Ю. Бруштейна, Л. Калити, О. Кравченко, Т. Кузьменко, В. Кулібаби, М. Лабзина, О. Садовник, В. Смірнов, В. Хохлова та ін. Розглядалися також окремі питання прав інтелектуальної власності у деяких сферах спорту [2, с. 12-18], їх нові об'єкти [3, с. 56-61] тощо. Найбільш повним і детальним дослідженням прав фізичної особи на власне зображення (в тому числі і в сфері спорту) є монографія О.О. Кулініч «Право фізичної особи на власне зображення: сучасний стан та перспективи розвитку». Однак окремо проблеми використання образу спортсмена і види такого використання все ще залишаються мало дослідженими.

Виклад основного матеріалу. В сфері спорту активно використовуються об'єкти інтелектуальної власності, як об'єкти авторського права, так і засоби індивідуалізації.

Відповідно до ч. 1 ст. 433 ЦК України об'єктами авторського права є твори, а саме:

1) літературні та художні твори, зокрема: романи, поеми, статті та інші письмові твори; лекції, промови, проповіді та інші усні твори; драматичні, музично-драматичні твори, пантоміми, хореографічні, інші сценічні твори; музичні твори (з текстом або без тексту); аудіовізуальні твори; твори живопису, архітектури, скульптури та графіки; фотографічні твори; твори ужиткового мистецтва; ілюстрації, карти, плани, ескізи і пластичні твори, що стосуються географії, топографії, архітектури або науки; переклади, адаптації, аранжування та інші переробки літературних або художніх творів; збірники творів, якщо вони за добром або упорядкуванням їх складових частин є результатом інтелектуальної діяльності; 2) комп'ютерні програми;

3) компіляції даних (бази даних), якщо вони за добором або упорядкуванням їх складових частин є результатом інтелектуальної діяльності; 4) інші твори.

Зображення людини, її образ може бути втілене у фотографіях, художніх творах, кінематографічних творах та інших формах об'єктивізації.

Медійний образ відомого спортсмена як правило складається з голосу та зовнішності. Образ особи розуміють як сукупність нематеріальних благ людини, спрямованих на її індивідуалізацію в зовнішньому світі (ім'я, зовнішній вигляд, включаючи зображення, а також голос та індивідуальну манеру мови). Досить часто образ відомої особи пов'язують з її іміджем.

У психології під *іміджем* розуміють характер стереотипу, що склався в масовій свідомості і має емоційно забарвлений образ кого-небудь або чого-небудь. Імідж відображає соціальні очікування певної групи. Формування іміджу відбувається стихійно, але частіше воно є результатом роботи фахівців. Поняття «імідж» виникло на Заході в 50-х роках і спочатку використовувалося в рекламній практиці. Далі, в 60-х роках цей термін знов виникає у сфері підприємництва як основний засіб психологічної дії на споживача. Пізніше поняття іміджу стало основним елементом теорії і практики паблік рілейшнз, міцно увійшло до політичного і суспільного життя [4].

Імідж – цілеспрямовано сформований образ (особи, явища, предмета), який відокремлює певні ціннісні характеристики, покликаний емоційно-психологічно впливати на будь-кого з метою популяризації, реклами тощо [5, с. 211–214]. Імідж виконує такі функції: пізнавальну (інформаційну); номінативну (свій стиль, своя фразеологія); естетичну (ушляхетнює носія за умови, що є позитивним) [6, с. 167–171].

Імідж складається із зовнішнього образу (одягу і речей, міміки, поз і жестів) та внутрішнього образу, який неможливо побачити, але який відчувається і дуже впливає на сприйняття людини оточенням (вміння правильно налагодити спілкування, позитивні якості особистості, вміння розуміти людей і вміння справляти враження) [7].

Зображення людини охороняється як результат творчої діяльності. Образ може бути втілений у фотографію, інші художні твори.

У сфері спорту найчастіше використовуються такі об'єкти авторського права, які втілюють образ людини, як фотографічні твори.

Згідно зі статтею 2 Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів (до якої приєдналася Україна) та статтею 8 Закону України «Про авторське право і суміжні права» фотографічні твори, у тому числі твори, виконані способами, подібними до фотографії, охороняються як об'єкти авторського права.

Авторським правом охороняються фотографії, які є результатом творчої діяльності людини – як оприлюднені, так і не оприлюднені, як завершені, так і не завершені, незалежно від їх призначення, жанру, обсягу, мети (освіта, інформація, реклама, пропаганда, розваги тощо).

При цьому захисту підлягає не будь-який фотографічний об'єкт, а лише той, який підпадає під визначення твору. У Директиві 93/98/ЄЕС зазначено, що фотографічний твір повинен розглядатися як самобутній, якщо він є продуктом індивідуальної творчості автора, що відображає його особистість, але без врахування інших критеріїв, таких як цінність або призначення.

У ст. 6 Директиви 2006/116/ ЄС від 12.12.2006 р. встановлено критерій, що визначає, яка саме фотографія підпадає під авторсько-правову охорону: охороняється лише самобутня оригінальна фотографія, що становить інтелектуальний витвір автора [8].

Для правомірного використання фотографічних творів як об'єктів авторського права в знаках для товарів і послуг необхідно отримати дозвіл від автора чи іншого суб'єкта авторського права на ці твори.

За змістом положень ст. 440 ЦК України і ч. 3 ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права» майновими правами інтелектуальної власності на твір є: право на використання твору; виключне право дозволяти використання

твору; право перешкоджати неправомірному використанню твору, в тому числі забороняти таке використання; інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом. Виключне право автора (чи іншої особи, яка має авторське право) на дозвіл чи заборону використання твору іншими особами дає йому право дозволяти або забороняти, зокрема, публічне виконання і публічне сповіщення творів. Майнові права на твір належать його авторові, якщо інше не встановлено договором чи законом.

Статтею 445 ЦК України передбачено право автора на плату за використання його твору, якщо інше не встановлено цим Кодексом та іншим законом. Використання твору без дозволу уповноваженої особи та без сплати авторської винагороди є порушенням авторського права, передбаченим п. «а» ст. 50 Закону України «Про авторське право і суміжні права». Таким чином, на використання фотографічного твору, якщо він не має ознак оригінальності, а є просто втіленням зображення фізичної особи, необхідний дозвіл особи, зображеної на фото. У випадку, якщо фото є оригінальним і має автора, необхідним є також дозвіл цього автора на використання його результату творчої діяльності.

Найчастіше зображення відомих спортсменів зустрічається в рекламі.

Реклама – один з найбільш поширених видів інформації, на який щодня натрапляє людина. Це тип комунікації, що оперує знаками, а не об'єктами, призначений для переконування аудиторії. Поняття «спортивна реклама», яке практикують спортивні федерації, окрім її класичних форм (на бортиках спортивної арени та на щитах навколо неї, на формі спортсменів), утілює й такі варіанти: реклама через окремих спортсменів; через національну збірну; включення до назви змагань найменування фірми-спонсора; присвоєння компаніям та фірмам титулів «офіційний спонсор федерації» (титульний, інформаційний, генеральний, ексклюзивний спонсор); участь у заходах, які сприяють збутові продукції спонсора; оголошення в журналах федерації.

Основні завдання реклами: зацікавити можливих клієнтів і підтримати впевненість у виборі в існуючих;

ознайомити зі сферою, видами, сутністю, особливостями, корисністю товарів, послуг, заходів; переконати людей в необхідності купити товар, скористатися послугами, відвідати захід; сформулювати та підтримати попит на товари і послуги [9].

Головною рушійною силою динамічного розвитку сфери фізичної культури і спорту є попит індивідуальних споживачів на спортивні продукти та послуги. Саме глядач купує квиток на змагання й приходить до стадіону, може придбати і спортивну атрибутику з клубною символікою, а вболівальник вмикає свій телевізор для перегляду спортивних трансляцій, підвищуючи тим самим рейтинг спортивних змагань і їх ринкову вартість перед інвесторами, партнерами і рекламодавцями [10].

Чинне законодавство України (ст. 308 ЦК України) передбачає можливість використання зображення людини тільки з її згоди як при створенні, так і при поширенні реклами. Тому при комерційному використанні реклами має бути укладений відповідний договір, в якому має бути оговорено використання імені і зображення спортсмена у засобах масової інформації з метою реклами.

Досить часто зображення відомих осіб використовується без їх згоди. Так, Джордж Клуні і Джулія Робертс, відомі й улюблені публікою американські актори, подали в судові органи позови із звинуваченнями в порушенні їх інтелектуальної власності. Актори були змушені звернутися до суду з обвинуваченнями про порушення інтелектуальної власності після того, як електронні компанії Digital Projection (розташована в Джорджії) і Beyond Audio (функціонує переважно в Канаді) розмістили на своїх Інтернет-ресурсах і в своїх брошурах фотографії акторів, не отримавши на то їх дозволу. Жодного гонорару за використання своїх образів та імен Джулія і Джордж не отримували. У документах по цій справі говориться, що більшість фотографій із зображенням Робертс і Клуні були використані цими двома електронними компаніями в рекламах розважальних систем і проєкторів класу hi-end, причому реклама ця публікувалася в безлічі журналів. Самі актори нічого не знали про ці події, так як представники

компаній не вважали за потрібне запитати дозволу Джулії і Джорджа на використання їхніх імен і іміджу [11].

Законом України «Про рекламу» встановлено певні обмеження.

Так, зокрема, забороняється реклама: з використанням зображень дітей, які споживають або використовують продукцію, призначену тільки для дорослих чи заборонену законом для придбання або споживання неповнолітніми; з інформацією, яка може підірвати авторитет батьків, опікунів, піклувальників, педагогів та довіру до них дітей; з вміщенням закликів до дітей придбати продукцію або звернутися до третіх осіб з проханням зробити покупку; з використанням зображень справжньої або іграшкової зброї, вибухових пристроїв.

Реклама не повинна містити зображення дітей у небезпечних ситуаціях чи за обставин, що у разі їх імітації можуть завдати шкоди дітям або іншим особам, а також інформації, здатної викликати зневажливе ставлення дітей до небезпечних для здоров'я і життя ситуацій. Реклама не повинна завдавати дітям моральної чи фізичної шкоди, викликати у них відчуття неповноцінності.

Реклама тютюнових виробів, реклама знаків для товарів і послуг, інших об'єктів права інтелектуальної власності, під якими випускаються тютюнові вироби, забороняється: на радіо та телебаченні, у тому числі за допомогою кабельного, супутникового, IP-телебачення, онлайн-телебачення, мобільного телебачення, цифрового ефірного телебачення та інших засобів передавання сигналу; у наукових, науково-популярних, навчальних, громадсько-політичних, довідкових, літературно-художніх виданнях, виданнях для дітей та юнацтва, виданнях для організації дозвілля та відпочинку, спорту та інших виданнях, у тому числі в усіх друкованих засобах масової інформації; засобами внутрішньої реклами; на транспорті; за допомогою заходів рекламного характеру (крім спеціальних виставкових заходів тютюнових виробів за умови, що на такі заходи допускаються лише працівники підприємств, які мають ліцензію на оптову торгівлю тютюновими виробами або виробництво тютюнових виробів); засобами зовнішньої

реклами; у місцях проведення масових заходів політичного, освітнього, релігійного, спортивного характеру та розважальних заходів, призначених для неповнолітніх осіб; у мережі Інтернет, крім веб-сайтів, призначених для повнолітніх осіб, обов'язковою умовою доступу до яких є попередня ідентифікація віку користувачів.

Реклама алкогольних напоїв, реклама знаків для товарів і послуг, інших об'єктів права інтелектуальної власності, під якими випускаються алкогольні напої, забороняється: на радіо та телебаченні з 6 до 23 години; на перших і останніх сторінках газет, на обкладинках журналів та інших видань, в усіх виданнях для дітей та юнацтва, на сторінках для дітей та юнацтва усіх друкованих видань; в усіх друкованих засобах масової інформації (крім спеціалізованих видань); засобами внутрішньої реклами; за допомогою заходів рекламного характеру (крім спеціальних виставкових заходів алкогольних напоїв); на зовнішніх та внутрішніх поверхнях транспортних засобів загального користування та метрополітену; засобами зовнішньої реклами тощо [12].

Використання зображень фізичної особи без її дозволу у рекламі, як уже зазначалось, є порушенням прав інтелектуальної власності. Використання ще й в забороненій законом рекламі є подвійним порушенням. Зокрема, М. Томенко звернув увагу на те, що у соцмережах, зокрема, на Фейсбук-сторінці горілки «Гетьман», можна знайти багато колажів за участю відомих спортсменів, громадських діячів та українських класиків, які, по суті, використані у рекламі горілчаних виробів цієї торгової марки.

Так, на фоні логотипу та фірмового слогану горілки «Гетьман» можна побачити фотографії відомих українських спортсменів (жіночу збірну України з біатлону у складі Ірини Варвинець, Юлії Джими, Анастасії Меркушиної, Олени Підгрушної, збірну України з тенісу у складі: Лесі Цуренко, Ольги Савчук та Надії Киченок, першу ракетку України Еліну Світоліну, українську біатлоністку Яну Бондар та інших). Далі, М. Томенко зазначив, що хоча і дозволяється спонсорування теле-, радіопередач, театральних-концертних, спортивних та

інших заходів з використанням знаків для товарів та послуг, під якими випускаються алкогольні напої, але при цьому реклама алкогольних напоїв та тютюнових виробів, знаків для товарів і послуг, інших об'єктів права інтелектуальної власності, під якими випускаються алкогольні напої та тютюнові вироби не може містити зображень лікарів та інших професійних медичних працівників, а також осіб, зовнішній вигляд яких імітує зовнішній вигляд лікарів; не повинна включати зображення популярних осіб або пряме чи опосередковане схвалення популярними особами паління чи вживання алкоголю.

Крім того, згідно з законом, реклама тютюнових виробів та алкогольних напоїв, а також знаків для товарів та послуг, інших об'єктів права інтелектуальної власності, під якими випускаються дані вироби та напої, повинна супроводжуватися текстами попередження такого змісту: «Куріння може викликати захворювання на рак», «Надмірне споживання алкоголю шкідливе для вашого здоров'я». Кожному попередженню має бути відведено не менше 15 відсотків площі (обсягу) всієї реклами. Колір тексту попередження має бути контрастним щодо кольору фону попередження.

У згаданих колажах ТМ «Гетьман» такого попереджувального тексту немає [13].

Знамениті фізичні особи, зокрема, відомі спортсмени, викликають підвищену суспільну увагу, спонукають до придбання сувенірної продукції з їх зображенням, товарів чи продукції, які ними рекламуються. Фотографіями прикрашають різноманітні предмети повсякденного вжитку, одяг, посуд, ілюструють ними тексти у інтернет-виданнях, у друкованих засобах масової інформації, рекламній продукції [14, с. 11].

Як зазначає О.О. Кулініч, широка популярність, пов'язана зі знаменитостями, часто створює асоціацію з продуктами або послугами підприємців, у той час як люди не тільки хочуть поклонятися і наслідувати своїх кумирів, а й володіти їх зображенням. Що відповідно приводить до зростання рівня продажу товарів або послуг, які асоціюються зі знаменитостями або містять їх зображення [15, с. 277].

Тому зображення може бути використане як елемент знака для товарів і послуг (торговельної марки).

Згідно з ст. 429 ЦК України торговельною маркою є будь-яке позначення або будь-яка комбінація позначень, які придатні для вирізнення товарів (послуг), що виробляються (надаються) однією особою, від товарів (послуг), що виробляються (надаються) іншими особами. Такими позначеннями можуть бути, зокрема, слова, літери, цифри, зображувальні елементи, комбінації кольорів.

Відповідно до частини 4 статті 6 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» не реєструються як знаки позначення, які відтворюють назви відомих в Україні творів науки, літератури та мистецтва або цитати й персонажі з них, твори мистецтва та їх фрагменти без згоди власників авторського права або їх правонаступників. Об'єктом знака може бути будь-яке позначення або будь-яка комбінація позначень. Такими позначеннями можуть бути, зокрема, слова, у тому числі власні імена, літери, цифри, зображувальні елементи, кольори та комбінації кольорів, а також будь-яка комбінація таких позначень.

Авторське право діє протягом усього життя автора й 70 років після його смерті, крім випадків, передбачених статтею 28 Закону. Тривалість охорони фотографічних творів приведена у відповідність до статті 9 Договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право 1996 року, стороною якого є Україна. Крім того, зазначений міжнародний договір та Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» повністю застосовують охорону творів у цифровому середовищі, зокрема в мережі Інтернет.

Зображення відомого спортсмена може бути також використано у зовнішньому оформленні товарів та на упаковці. Несанкціоноване зображення заборонено законом. Так, в Австралії зображення на футболці без дозволу імені і образу серфера Террі Фіцджеральда, потягло судовий розгляд справи про порушення прав інтелектуальної власності спортсмена. Суд постановив, що компанія буде утримуватися від відтворення або надання дозволу на відтворення в цілому або будь-якої частини

фотографії серфера, присудивши відшкодувати збитки і витрати внаслідок порушення права на образ. Використання фотографії відомої людини може призвести до введення в оману, наприклад, коли це створює враження, що людина на фото схвалює ваш продукт, якщо насправді вона цього не робить [16, с. 14–17].

Так, зокрема, в юрисдикції ЄС найбільш відомою є справа *Irvine v. Talksport Ltd* 2003. Радіостанція купила права на фото з гонщиком Формули І Едді Ірвайном, трохи відредагувала фото (замінивши мобільний телефон на радіо) і випустила рекламний постер. Позивач вважав, що плакат створює у аудиторії неправдиве уявлення про його схвалення брендом відповідача. Апеляція згодилась з позивачем і стягнула з радіостанції збитки у розмірі 25000 фунтів ст. [7].

Епоха діджиталізації висуває на порядок денний питання, пов'язані з використанням образу спортсмена у вигляді цифрової фотографії, для створення комп'ютерної анімації або візуальних ефектів, наприклад, голограми. Але це вже інший рівень проблем, що потребує детального окремого дослідження.

Висновки. Таким чином, можна зробити висновок, що образ спортсмена, його імідж як сукупність нематеріальних благ людини, спрямованих на її індивідуалізацію в зовнішньому світі (найчастіше у вигляді зображення), широко використовується в рекламі, як елемент знака для товарів і послуг (торговельної марки), у зовнішньому оформленні товарів та на упаковці. Для правомірного використання фотографічних творів як об'єктів авторського права в рекламі, знаках для товарів і послуг тощо необхідно отримати дозвіл від автора чи іншого суб'єкта авторського права на ці твори. На використання фотографічного твору, якщо він не має ознак оригінальності, а є просто втіленням зображення фізичної особи, необхідний дозвіл особи, зображеної на фото. У випадку, якщо фото є оригінальним і має автора, необхідним є також дозвіл цього автора на використання його результату творчої діяльності.

Література:

1. Привітання з міжнародним днем інтелектуальної власності 25 квітня 2019 р. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://ukrpatent.org/uk/news/main/ip-day-2019-26042019>

2. Глухівський Л. Про футбол і інтелектуальну власність \\\ Інтелектуальна власність в Україні : науков.-практич. журнал . – 2017. – № 9. – С. 56–61.

3. Литвиненко С. Трансляції спортивних подій з точки зору права інтелектуальної власності \\\ Інтелектуальна власність в Україні : науков.-практич. журнал. – 2014. – № 7. – С.12–18.

4. Імідж ділової людини. Електронний ресурс. Режим доступу: https://web.posibnyky.vntu.edu.ua/icgn/10prishak_etyka_dilovyh_stosunkiv/p7-1.html.

5. Хортюк О.В. Співвідношення понять «ділова репутація», «гудвіл», «імідж», «престиж», «реноме» // Проблеми цивільного та підприємницького права в Україні. – 2010 – № 4. – С. 211–214.

6. Котлінська Ю.Г. Проблеми та перспективи становлення брендингу в Україні // Економіка. – 2011. – № 3. – С.167–171.

7. Жулай В.І. Теоретичні виміри понять «імідж» та «репутація»: соціально-філософський аспект // Збірник наукових праць «Гілея: науковий вісник». – 2011. – № 46. – Режим доступу: http://www.nbu.gov.ua/portal/Soc_Gum/Gileya/2011_46/Gileya46/F12_doc.pdf.

8. Томаров І. Оригінальність фотографії у судовій практиці. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://www.legalshift.com.ua/?p=948>

9. Гаро Г.О., Кушнір О.О. Об'єкти інтелектуальної власності в спорті. Ім'я спортсмена як бренд. Використання спортсменів в рекламі і просуванні товарів і послуг. Електронний ресурс. Режим доступу: https://protocol.ua/ua/ob_ekti_intelektualnoi_vlasnosti_v_sporti_im_ya_sportsmena_yak_brend_vikoristannya_sportsmeniv_v_reklami_i_prosuvanni_tovariv_i_poslug/

10. Лукашук В. Значення спортивної галузі у зростанні добробуту країни. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://personal.in.ua/article.php?ida=633>

11. Соклаков А. Як передати право на використання імені фізичної особи? Електронний ресурс. Режим доступу: http://www.proxima.kiev.ua/article/yak_peredati_pravo_na_vikoristannya_men_f_zichno_osobi/

12. Про рекламу: Закон України від 03.07.1996 р. Електронний ресурс. Режим доступу: https://urist-ua.net/%D0%B7%D0%B0%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D0%B8/%D0%BF%D1%80%D0%BE_%D1%80%D0%B5%D0%BA%D0%BB%D0%B0%D0%BC%D1%83/%D1%81%D1%82%D0%B0%D1%82%D1%82%D1%8F_22/

13. Як українських зірок спорту використали в рекламі алкоголю. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zt.ridna.ua/2017/02/23/yak-ukrajinskyh-zirok-sportu-vykorystaly-v-reklami-alkoholyu/>

14. Субота Н., Нечипоренко А. Авторські права на фотографічний твір: проблемні аспекти судового захисту // Інтелектуальна власність. – 2006. – № 3. – С. 11.

15. Кулініч О.О. Право фізичної особи на власне зображення: сучасний стан та перспективи розвитку. Монографія. – Одеса: Юридична література, 2016. – 624 с.

16. Кравец Л.Г. Охрана и использование имен и имиджей в британской торговле: дайджест // Патентное дело. Дайджест российской и зарубежной прессы. – 2000. – № 7. – С. 14-17.

17. Илларион Томаров. Спой мне, голограмма, и станцуй. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.legalshift.com.ua/?p=1226>

УДК 347.965

Маленко О.В.,

асистент кафедри приватного права,

адвокат

Чернівецький національний університет

імені Юрія Федьковича

ДО ПИТАННЯ ПРО АДВОКАТСЬКУ ТАЄМНИЦЮ ТА ЇЇ МЕЖІ

У статті досліджуються підходи до розуміння сутності адвокатської таємниці. Аналізуються позиції науковців стосовно відомостей, які становлять її предмет. Вивчається питання про межі дії адвокатської таємниці, а також здійснюється аналіз положень чинного законодавства України щодо можливості розголошення адвокатської таємниці.

Ключові слова: адвокатська таємниця, адвокат, розголошення адвокатської таємниці.

В статье исследуются подходы к пониманию сущности адвокатской тайны. Анализируются позиции ученых

относительно сведений, которые составляют ее предмет. Изучается вопрос о границах действия адвокатской тайны, а также осуществляется анализ положений действующего законодательства Украины о возможности разглашения адвокатской тайны.

Ключевые слова: адвокатская тайна, адвокат, разглашение адвокатской тайны.

The doctrinal approaches of understanding of the essence of attorney-client privilege are investigating in this article. Positions of scientists regarding the details that make up its subject are analyzing. The question of the limits of applicability of attorney-client privilege is studding, and it carries out an analysis of the provisions of the current legislation of Ukraine on the possibility of disclosure of attorney-client privilege.

Key words: attorney-client privilege, advocate (attorney), disclosure of attorney-client privilege.

Постановка проблеми. Інститут адвокатської таємниці в контексті надання кваліфікованої юридичної допомоги лежить в основі встановлення довірливих відносин між адвокатом та його клієнтом. Проблема розголошення адвокатської таємниці як підстава відповідальності адвоката займає одне з важливих місць у юридичній літературі. Це зумовлено тим, що гарантована нормами права адвокатська таємниця не тільки визначає права та обов'язки учасників процесуального провадження, але й має глибокий морально-етичний зміст, що робить її одним із найважливіших принципів адвокатської діяльності. У зв'язку із цим дослідження даного питання у світлі демократичного розвитку України та формуванням в країні громадянського суспільства видається своєчасним та зумовлює актуальність теми даного дослідження.

Аналіз дослідження даної проблеми. Серед вчених, які досліджували окремі аспекти сутності та меж адвокатської таємниці доцільно виокремити праці М. Барщевського, С. Бураєвої, Т. Варфоломєєвої, Т. Вільчик, С. Арії, М. Строгович, Ю. Пилипенко та інших. Питання розголошення адвокатської

таємниці у професійній діяльності адвоката досліджено у роботах таких сучасних авторів, як: Т.В. Варфоломєєва, О.Ю. Костюченко, О.П. Кучинська, С.М. Логінова, М.А. Погорецький, М.М. Погорецький, Н.А. Подольний, С.В. Прилуцький, А.М. Пшуков, О.Г. Яновська та інші.

Метою статті є дослідження питання сутності поняття адвокатської таємниці та відомостей, які становлять її предмет, а також питання щодо розголошення адвокатської таємниці як підстави відповідальності адвоката.

Виклад основного матеріалу. Завданням кожного адвоката є надання кваліфікованої юридичної допомоги особам, які за нею звернулися, захист їхніх прав та інтересів.

Питання адвокатської таємниці є предметом дискусій, які є актуальними в наші дні. Більшістю вчених та практиків-юристів визнано, що неодмінною умовою діяльності адвокатури є дотримання професійної таємниці адвоката, адже відносини адвоката та клієнта можуть будуватися тільки на основі довіри.

Кодекс поведінки для юристів в Європейській спільноті, прийнятий 28.10.1988 року Радою колегій адвокатів та юридичних спільнот Європейського Союзу в Страсбурзі, однією з істотних ознак адвокатської діяльності визначає забезпечення клієнту умов, за яких він може вільно повідомляти адвокату відомості, які не повідомив би іншим особам, та збереження адвокатом, як отримувачем інформації, її конфіденційності, адже без впевненості в конфіденційності не може бути довіри. Згідно п. 2.3 даного Кодексу, зобов'язання, пов'язані з конфіденційністю, не обмежені в часі.

Так, С.І. Вікторський зазначає: «Захисник, хоча й здійснює свої функції нарівні з обвинуваченим в публічних інтересах, але одночасно є й повіреним підсудного. Ця подвійна роль захисника здійснює вплив на організацію адвокатури» [1, с. 208].

Інший вчений-юрист І.Я. Фойницький визнавав таємницю захисника та вказував на те, що «закон поступається інтересами правосуддя та ставить вище їх етичні інтереси професійної таємниці» [2, с. 245].

Адвокатська таємниця, як правова категорія, на думку М.М. Погорецького, ґрунтується на широкому розумінні історії та філософії права, на принципах соціальної справедливості і законності. Вона не може бути обмежена суто професійною сферою. Адвокатська таємниця за своїм змістом наближається до службової таємниці, а за кількісними ознаками в окремих випадках набирає змісту особистої та державної таємниці, що, у свою чергу, вимагає нового наукового її визначення, яке б відповідало новій правовій доктрині [3, с. 426-427]. А. Г. Кучерена вважає, що адвокатська таємниця – це необхідна умова існування адвокатури й одночасно процесуальна гарантія повноти, об'єктивності та змагальності кримінального судочинства [4, с. 47].

Так, наприклад, С.М. Логінова вважає, що предметом адвокатської таємниці є факт звернення до адвоката, мотиви, що спонукали до звернення, відмова адвоката від доручення та її мотиви, умови договору про надання юридичної допомоги, документи, які передані адвокату клієнтом, суть консультацій, порад та роз'яснень, правові документи, що складені адвокатом, відомості, які отримані з матеріалів справи, процесуальні дії адвоката, що спрямовані на реалізацію прав клієнта, відомості про особисте життя клієнта та членів його родини, будь-які інші відомості, що можуть бути розголошені лише з дозволу клієнта [5, с. 13].

Окремі правники цілком обґрунтовано наголошують на тому, що до предмету адвокатської таємниці варто відносити не лише сам факт звернення певної особи щодо його захисту, а дані про те, хто саме звертався до адвоката із цим питанням [6, с. 313].

Поняття адвокатської таємниці закріплено в ст. 22 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», якою передбачено, що адвокатською таємницею є будь-яка інформація, що стала відома адвокату, помічнику адвоката, стажисту адвоката, особі, яка перебуває у трудових відносинах з адвокатом, про клієнта, а також питання, з яких клієнт (особа, якій відмовлено в укладенні договору про надання правової допомоги з передбачених цим Законом підстав) звертався до

адвоката, адвокатського бюро, адвокатського об'єднання, зміст порад, консультацій, роз'яснень адвоката, складені ним документи, інформація, що зберігається на електронних носіях, та інші документи і відомості, одержані адвокатом під час здійснення адвокатської діяльності [7].

Окрім законодавчо визначеного поняття зміст адвокатської таємниці визначають Правила адвокатської етики, затверджені Звітно-виборним з'їздом адвокатів України 2017 року «09» червня 2017 року, зокрема відповідно до ст. 10 вказаних правил, адвокатською таємницею є:

- факт звернення особи за правовою допомогою;
- будь-яка інформація, що стала відома адвокату, адвокатському бюро, адвокатському об'єднанню, помічнику адвоката, стажисту або іншій особі, яка перебуває у трудових відносинах з адвокатом (адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням), у зв'язку з наданням професійної правничої (правової) допомоги або зверненням особи за правовою допомогою;
- зміст будь-якого спілкування, листування та інших комунікацій (в тому числі з використанням засобів зв'язку) адвоката, помічника адвоката, стажиста з клієнтом або особою, яка звернулася за наданням професійної правничої (правової) допомоги;
- зміст порад, консультацій, роз'яснень, документів, відомостей, матеріалів, речей, інформації, підготовлених, зібраних, одержаних адвокатом, помічником адвоката, стажистом або наданих ним клієнту в рамках професійної правничої (правової) допомоги чи інших видів адвокатської діяльності [8].

Так, якщо особа, яка звернулася за отриманням кваліфікованої юридичної допомоги, не буде впевнена в тому, що інформація, яка передана нею своєму адвокату, буде гарантовано захищеною від розголошення, то не стане довіряти їй, тим самим створюючи нездоланну перешкоду для ефективної правової допомоги адвоката в даній справі. Адже без знання різного роду інформації, яка стосується свого довірителя,

адвокат не зможе надати йому кваліфіковану юридичну допомогу в необхідному розмірі.

При цьому, одним з ключових питань, пов'язаних із інститутом адвокатської таємниці, є визначення її меж: чи завжди адвокат зобов'язаний зберігати відомості, які є предметом адвокатської таємниці? Чи є виключення?

Погляди щодо питання про можливість розкриття адвокатської таємниці можна звести до двох основних позицій:

- адвокатська таємниця є безумовною, жоден адвокат за жодних обставин не має права її розголошувати;
- у визначених випадках зміст адвокатської таємниці може бути розкрито адвокатом.

Представники першої позиції вважають, що абсолютно будь-яка інформація, яка стала відома адвокату від свого довірителя у зв'язку із наданням кваліфікованої юридичної допомоги, є адвокатською таємницею. Такі відомості ніколи та ні за яких обставин не можуть бути розголошені адвокатом без згоди клієнта.

Представники другої позиції відзначають, що адвокат, як і будь-яка інша людина (громадянин), пов'язані із суспільством моральними зобов'язаннями при вирішенні питання безпеки суспільства, своєї країни та світової спільноти, частиною якої ми є. А тому, у виключних випадках, випадках крайньої необхідності заборона на розголошення адвокатської таємниці не буде перепорою для виконання громадянського обов'язку. Насамперед мова йде про випадки, пов'язані із найвищими людськими цінностями, які не можуть бути порівняні із взаємовідносинами по збереженню таємниці між адвокатом та клієнтом [9, с. 186].

На думку прихильників даної позиції до виключних випадків, коли адвокатська таємниця може бути розкрита, відноситься наявність інформації про підготовку тяжкого чи особливо тяжкого злочину. В такому випадку адвокат, керуючись моральними принципами, повинен зробити все, що залежить від нього для того, щоб попередити такий злочин. На підтвердження розумності означеної позиції її представники говорять про те, що, коли адвокат дізнається від свого довірителя про намір

вчинити тяжкий або особливо тяжкий злочин, «це не право та не законний інтерес довірителя, які підлягають захисту. Вказана інформація не має відношення до захисту, надання адвокатом юридичної допомоги довірителю. З врахування викладеного робиться висновок: на таку інформацію не розповсюджується положення закону, згідно якого адвокат не має права розголошувати відомості, які повідомлені йому довірителем в зв'язку із наданням йому юридичної допомоги, без згоди довірителя» [9, с. 201].

Разом з цим, порушення Правил адвокатської етики є підставою для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності. Також окремою підставою для цього є і розголошення адвокатської таємниці (пункти 3, 4 частини 2 статті 34 закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»).

При цьому розголошення адвокатської таємниці є підставою для накладення найбільш суворого дисциплінарного стягнення – позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю з подальшим виключенням з Єдиного реєстру адвокатів України. На сайті Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури наведені рішення цього органу, з яких можна побачити практику дисциплінарних органів адвокатури – і вона однозначна: при доведеності вини адвоката в розголошенні адвокатської таємниці він втрачає свій статус.

Так, наприклад, за рішенням Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури № V-009/2016 від 17 лютого 2016 року, позбавлений права займатися адвокатською діяльністю адвокат, який у листі суду повідомив, що причиною розірвання договору з клієнтом є те, що в діях його клієнта у кримінальному провадженні і по цивільній справі «є ознаки злочину, передбаченого частиною 4 статті 190, статтею 358 КК України». Аналогічну заяву адвокат направив і в правоохоронні органи. Показово, що КДКА Київської області застосувала більш м'яке покарання, яке ВКДКА не вважала недостатнім і застосувала найбільш суворе дисциплінарне стягнення.

З подібним рішенням ВКДКА неможливо не погодитися, оскільки простежується не тільки доведене розголошення адвокатської таємниці, а й очевидної шкоди інтересам клієнта.

Вважаємо, що однозначне рішення про розкриття адвокатом відомостей про вчинений злочин є недопустимим ні за яких обставин в силу особливої природи професії адвоката. Адвокат покликаний захищати, в тому числі й злочинця, але робити це тільки незабороненими законом способами за засобами. Викривати особу в скоєнні злочину не є, й не може бути завданням адвокатури. Для цього у держави є інші інститути.

В свою чергу, що стосується злочинів, які готуються, при чому не будь-яких, а тільки тяжких чи особливо тяжких, то в зарубіжному законодавстві є відповідні норми, зокрема, в п. 1.6 Типових правил професійної етики Асоціації американських юристів визначається можливість розголошення адвокатської таємниці «для недопущення вчинення клієнтом злочинних дій, які можуть, на думку адвоката, призвести до смерті або тяжких тілесних ушкоджень» [10, с. 188].

Разом з тим, для того, щоб адвокат міг керуватися таким положенням, його необхідно закріпити нормативно. При цьому, якщо дану норму брати за основу положення, яке дозволяє адвокатам у виключних випадках порушувати вимоги адвокатської таємниці, необхідно конкретизувати, що мова повинна йти не про будь-який тяжкий чи особливо тяжкий злочин, а про тяжкий чи особливо тяжкий злочин проти життя та здоров'я, адже «якщо адвокати почнуть доносити, наприклад, про підготовку особливо тяжких економічних злочинів, то про незалежну та поважну в суспільстві адвокатуру можна забути» [11, с. 18].

Дана заборона та виключення з неї являють собою один з самих цікавих етичних парадоксів адвокатури. Як вказує Ю.С. Пилипенко, цей парадокс не може бути вирішено тільки в рамках професійної етики адвокатів. Саме ця досить рідкісна на практиці ситуація показує, наскільки складним може бути співвідношення норм звичайної моралі та адвокатської етики. В даному випадку слід допустити пріоритетність основоположних

норм загальнолюдської моралі, адже багато з них, насамперед норми, які визначають абсолютну цінність людського життя, як раз й порушуються в результаті вчинення деяких злочинів [11, с. 20].

Наразі, рішення про можливість розкриття подібної інформації повинно прийматися адвокатом самостійно, на основі власних морально-етичних уявлень та, водночас, із врахування принципу збереження адвокатської таємниці.

З огляду на викладене, під адвокатською таємницею слід розуміти фактично будь-яку інформацію, якою володіє адвокат у зв'язку із наданням ним професійної юридичної допомоги клієнту. Розкриття інформації, яка складає адвокатську таємницю, визначається з однієї сторони, інтересами клієнта і не може асоціюватися із покладенням на адвоката обов'язку повідомляти як про злочин його клієнта, який вже вчинено, так й про злочин, який тільки готується, а з іншої – інтересами адвоката, оскільки не допускається неправомірне зловживання клієнтом своїми правами.

Література:

1. Викторский И.С. Русский уголовный процесс: Учебное пособие. М., 1997. 448 с.
2. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства / под ред. А.В. Смирнова. СПб.: Альфа, 1996. Т. 2. 607 с.
3. Погорельский М.М. Поняття кримінальних процесуальних гарантій адвокатської таємниці. Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. 2013. № 4. С. 421–428.
4. Кучерена А. Адвокатская тайна. Законность. 2003. № 2. С. 47–50.
5. Логінова С.М. Адвокатська таємниця: теорія і практика : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.10. КНУ ім. Т. Шевченка. К., 2002. 19 с.
6. Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі : навч. посіб. / І.Ю. Гловацький; Львів. нац. ун-т ім. І. Франка. К.: Атіка, 2003. 352 с.
7. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17> (дата звернення 11.05.2019 р.)

8. Правила адвокатської етики: http://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/pravila/2017-06-09-pravila-2017_596f00dda53cd.pdf

9. Буробин В.Н., Плетнев В.Ю., Шубин Д.А. Адвокатская тайна. Под ред. В.Н. Буробина. М.: Статут, 2006. 255 с.

10. Кузнецов А.В. Особенности и пределы ограничения адвокатской тайны в России (сравнительно-правовой опыт США, Франции, Германии). Экономика и право. XXI век. 2012. № 1. С. 184–193.

11. Пилипенко Ю.С. Отечественная доктрина об абсолютности или относительности адвокатской тайны. Адвокатская практика. 2009. № 6. С. 16–22.

VI. КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС, КРИМІНАЛІСТИКА, ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

УДК 343.121

Кіцен Н.В.,
канд. юрид. наук, доцент кафедри кримінальної юстиції
Чернівецького юридичного інституту
Національного університету
«Одеська юридична академія»

СТОРОНА ЗАХИСТУ В СУДОВОМУ ПРОВАДЖЕННІ У ПЕРШІЙ ІНСТАНЦІЇ

Статтю присвячено теоретичним аспектам вивчення, дослідження та правовий аналіз сторони захисту в судовому провадженні у першій інстанції. Основу якої становить сукупність методів і прийомів пізнання, що застосовуються в сучасній правовій науці. З урахуванням специфіки цілей, задач, об'єкта та предмета для повного розкриття змісту її теми використовувалися загальний діалектичний метод пізнання об'єктивного світу, а також спеціальні методи (історико-правовий, порівняльно-правовий, статистичний, системно-структурний, моделювання, узагальнення).

Ключові слова: кримінальне судочинство, законний представник, захисник, підозрюваний, обвинувачений.

Статья посвящена теоретическим аспектам изучения, исследования и правовой анализ стороны защиты в судебном производстве в первой инстанции. Основу которой составляет совокупность методов и приемов познания, применяемые в современной правовой науке. С учетом специфики целей, задач, объекта и предмета для полного раскрытия содержания ее темы использовались общий диалектический метод познания объективного мира, а также специальные методы (историко-

правовой, сравнительно-правовой, статистический, системно-структурный, моделирование, обобщение).

Ключевые слова: уголовное судопроизводство, законный представитель, защитник, подозреваемый, обвиняемый.

The article is devoted to theoretical aspects of studying, research and legal analysis of the aspect of protection in the court proceedings in the first instance. The basis of which is a set of methods and techniques of knowledge used in modern legal science. Taking into account the specifics of goals, tasks, objects and objects for the full disclosure of the content of its theme, we used the general dialectical method of knowing the objective world, as well as special methods (historical-legal, comparative-legal, statistical, system-structural, modeling, generalization)

Key words: criminal justice, legal representative, defender, suspect, accused.

Постановка проблеми. Сучасні євроінтеграційні амбіції України засвідчують її прагнення сформувати власну національну правову систему відповідно до найвищих міжнародних стандартів, які передбачають не просто декларування основоположних прав людини і громадянина, а й функціонування дієвих механізмів забезпечення їхньої повноцінної реалізації в усіх галузях суспільного життя. Особливу значущість цей аспект набуває у сфері кримінального судочинства, досягнення цілей якого, безумовно, пов'язане зі застосуванням широкого спектру правообмежувальних заходів.

Майже сімдесят років вітчизняне кримінальне судочинство функціонувало на основі радянської правової ідеології із верховенством публічних інтересів над особистими, тотальним домінуванням сторони обвинувачення у встановленні обставин кримінального провадження та відведенням другорядної ролі стороні захисту у цьому процесі, із обмеженням останньої у правових засобах відстоювання своєї позиції. Такі «постулати» активно культивувалися у кримінальній процесуальній науці, усталилися в судово-слідчій практиці, а після здобуття Україною незалежності тривалий час

були тим рудиментарним спадком радянського минулого, який гальмував процес реформування системи кримінального судочинства.

Набрання чинності 2012 р. нового Кримінального процесуального кодексу України, безумовно, стало суттєвим поступом до утвердження демократичних засад здійснення кримінального провадження. Відтак були чітко окреслені пріоритети захисту прав учасників кримінального провадження, удосконалені відносини між сторонами кримінального провадження і судом, запроваджені реальні елементи змагальності, розширені можливості захисту від підозри та обвинувачення. Однак стверджувати, що нині здійснення кримінального провадження в Україні повною мірою відповідає сучасним уявленням про змагальність процесу на всіх його стадіях, було б недоречно. Однією з важливих проблем у цьому контексті є забезпечення умов для ефективної діяльності захисника із відстоювання інтересів підозрюваного, обвинуваченого під час досудового розслідування та судового провадження.

Аналіз дослідження даної роботи. Питання реалізації функції захисту в кримінальному провадженні завжди становили науковий інтерес для вітчизняних дослідників. Вагомий вклад у розробку відповідної проблематики зробили Ю. П. Аленін, А. М. Бірюкова, Т. В. Варфоломєєва, В. І. Галаган, В. Г. Гончаренко, Ю. М. Грошевий, О. М. Гумін, А. Я. Дубинський, Я. П. Зейкан, О. В. Капліна, В. С. Кузьмічов, О. П. Кучинська, О. М. Ларін, Л. М. Лобойко, Є. Д. Лук'янчиков, В. Т. Маляренко, О. Р. Михайленко, М. М. Михеєнко, В. Т. Нор, Д. П. Письменний, М. А. Погорецький, В. О. Попелюшко, В. М. Тертишник, Ю. І. Стецовський, Л. Д. Удалова, В. П. Шибіко, О. Г. Шило, М. Є. Шумило, О. Г. Яновська. Окремі аспекти процесуальної діяльності захисника на різних стадіях кримінального процесу були предметом спеціальних досліджень В. Г. Андрусіва, Н. В. Борзих, Т. В. Корчевої, П. В. Кучевського, С. Л. Савицького, Н. М. Обрізан, А. М. Титова, Р. А. Чайки. Така посилена увага науковців-

процесуалістів до питань здійснення захисту лише засвідчує значущість цього інституту в кримінальному провадженні.

Метою статті є отримання нових результатів у вигляді наукових висновків щодо вирішення теоретичних і практичних питань, пов'язаних із участю сторони захисту в судовому провадженні в першій інстанції.

Виклад основного матеріалу. Термін «сторона» отримав своє законодавче закріплення та роз'яснення лише у новому КПК України, хоча в науці кримінального процесу вчені оперували поняттям «сторони» ще за часів судово-правової реформи 1864 р. За радянських часів термін «сторона» найчастіше пов'язувався з цивільним процесуальним правом, в якому сторони розглядалися як суб'єкти спірних матеріально-правових відносин. У кримінальній процесуальній літературі висловлювалася точка зору, що задля того, щоб уникнути зайвих непорозумінь через вживання неясної термінології, слід відмовитися від терміна «сторони», який доречний тільки в цивільному процесі.

Сторона захисту – це передбачені КПК України учасники кримінального провадження, діяльність яких об'єднана спільною метою та функціональною спрямованістю на спростування підозри та обвинувачення, встановлення невинуватості або меншої винуватості підозрюваного, обвинуваченого, обставин, що пом'якшують покарання, виключають кримінальну відповідальність або є підставами для закриття кримінального провадження, звільнення особи від кримінальної відповідальності або покарання.

Проведене узагальнення дає підстави виокремити наступні основні ознаки саме сторони захисту: 1) нормативне закріплення її суб'єктного складу; 2) здійснення всіма суб'єктами єдиної процесуальної функції захисту; 3) набуття процесуального статусу після повідомлення особі про підозру (за виключенням випадків, передбачених КПК України) або залучення до участі у кримінальному провадженні; 4) наявність кореляційного зв'язку із функцією обвинувачення; 5) використання наданих законом прав відповідно до процесуального статусу на власний розсуд; 6) наявність

власного інтересу у кримінальному провадженні; 7) рівність процесуальних прав зі стороною обвинувачення під час судового провадження; 8) юридична заінтересованість у результатах кримінального провадження, що для підозрюваного та обвинуваченого має особистий характер; 9) наявність матеріально-правових та процесуальних наслідків набрання законної сили підсумкового процесуального рішення по справі, які представники захисту несуть особисто.

Функція захисту як одна з основних функцій кримінального провадження є багатоаспектною діяльністю, яка виражається в захисті від обвинувачення, захисті прав та охоронюваних законом інтересів обвинуваченого, наданні йому юридичної допомоги у кримінальному провадженні, запереченні проти цивільного позову.

Суб'єктами захисту в кримінальному провадженні є особи, учасники кримінального провадження, зараховані кримінально-процесуальним законом до сторони захисту, які наділені процесуальними правами та обов'язками й виконують у зв'язку з цим процесуальну функцію захисту. Усі суб'єкти захисту в кримінальному провадженні, залежно від порядку залучення у кримінальне провадження, специфіки процесуального статусу, можна поділити на три групи.

Процесуальні гарантії забезпечення прав сторони захисту кримінального провадження становлять собою різні за своїм конкретним змістом засоби і в сукупності своїй забезпечують учасникам кримінального провадження, що відносяться до неї, можливість реалізувати надані їм права. Новий КПК України встановив не тільки гарантії прав учасників кримінального провадження зі сторони захисту, а й процесуальний механізм, що забезпечує реалізацію цих гарантій. Цей механізм містить у собі всю систему процесуальних норм, які спрямовані на досягнення завдань кримінального провадження.

Аналіз міжнародно-правових документів, узагальнення практики ЄСПЛ дозволив поділити міжнародно-правові стандарти, що сформувалися для сприяння реалізації права на захист, на наступні групи: 1) стандарти, які покликані для сприяння ефективності здійснення захисту безпосередньо самим

обвинуваченим; 2) стандарти, які допомагають здійсненню ефективного захисту захисником; 3) стандарти, які розроблені для ефективного захисту, який здійснюється стороною захисту (коли захист здійснюється спільно обвинуваченим та захисником); 4) стандарти, що містять вимоги до держави або її органів та покладають на них обов'язки забезпечити можливість здійснення ефективного захисту.

Процесуальні права і обов'язки сторін утворюють певні групи повноважень, які є елементами системи кримінально-процесуальних повноважень сторін. Мета названої системи полягає не тільки в забезпеченні сторонами їх процесуальних функцій, а й в досягненні завдань кримінального провадження в цілому. Тому конкретизація закріплення системи кримінально-процесуальних повноважень сторін в КПК в значній мірі забезпечить правильність їх практичного застосування.

Значення захисної промови пояснюється тим, що в ній захисник підсумовує виконану в ході судового розгляду роботу та висловлює свою думку з приводу питань, які суду слід вирішувати в нарадчій кімнаті. І, безсумнівно, основна частина промови захисника – аналіз зібраних по справі доказів. Всі твердження та доводи, наведені захисником у своїй промові, повинні бути підготовлені у процесі його участі в дослідженні доказів протягом усього кримінального провадження і, головне, у судовому розгляді. Якщо в ході досудового розслідування та в судовому розгляді захисник не вжив усього необхідного, щоб спростувати докази обвинувачення або хоча б поставити їх під сумнів, а також підтвердити свої доводи, та спробує зробити це тільки в дебатах сторін, тобто компенсувати відсутність фактичних даних красномовством, його виступ, як правило, не дасть бажаних результатів.

Вважаємо за необхідне закріпити у КПК України положення, згідно з яким передбачити право обвинуваченого повернутися в залу судового засідання до початку судових дебатів. У разі його видалення під час судових дебатів закріпити його право повернутися до зали судового засідання для вимовлення останнього слова, адже у своєму виступі обвинувачений може повідомити про нові обставини, що мають

важливе значення для кримінального провадження, у зв'язку з чим суд за своєю ініціативою або за клопотанням учасників судового провадження відновлює з'ясування обставин, встановлених під час кримінального провадження, та перевірку їх доказами, після завершення яких суд відкриває судові дебати з приводу додатково досліджених обставин і надає останнє слово обвинуваченому.

На нашу думку, для забезпечення змагальності та рівноправності сторін законом необхідно передбачити обов'язкове вручення копії кінцевого рішення суду (вироку та ухвали про застосування чи незастосування примусових заходів медичного або виховного характеру) всім учасникам із боку захисту (захиснику, законному представнику, а також у разі їх присутності під час судового розгляду особам, щодо яких застосовуються примусові заходи медичного чи виховного характеру).

Із метою вдосконалення чинного КПК України запропоновано внести зміни та доповнення до: ч. 1 ст. 34 щодо поширення правила про передачу справи до іншого суду, який найбільш територіально наближений до суду, що не може здійснювати правосуддя; ч. 3 ст. 349 стосовно визначення обсягу і порядку дослідження доказів під час судового провадження у першій інстанції; ст. 351 щодо можливості зняття за протестом сторони питання обвинуваченому, а також стосовно надання потерпілому, цивільному позивачу та цивільному відповідачу права ставити питання обвинуваченому та свідкам лише по тих епізодах злочинної діяльності обвинуваченого (обвинувачених), які безпосередньо стосуються інтересів вищевказаних учасників; ч. 6 ст. 352 щодо права обвинуваченого допитувати свідка незалежно від участі захисника; ст. 351, 352 щодо заборони головуєчому під час судового провадження знімати запитання обвинуваченому, свідку та потерпілому без заявлення відповідного протесту сторони кримінального провадження.

Висновки. На підставі узагальнення прецедентної практики ЄСПЛ зроблено висновок, що в цілому більшість міжнародно-правових стандартів ефективного захисту вже імплементована в норми чинного кримінального процесуального

законодавства. Разом із тим ще є резерви для вдосконалення, оскільки існують стандарти, що не знайшли свого закріплення в КПК України: вручення обвинуваченому у перекладі його рідною мовою або іншою мовою, якою він володіє, принаймні тих процесуальних документів, під якими він ставить свій підпис; надання можливості вільного вибору захисника, у тому числі у випадках його залучення за призначенням; покладення на державу відповідальності за забезпечення реального (не ілюзорного) захисту підозрюваного, обвинуваченого, оскільки саме по собі його призначення не забезпечує надання ефективної правової допомоги.

Виходячи з функціональної спрямованості діяльності та відповідності процесуального статусу запропонованим ознакам сторони захисту, можна зробити висновок, що юридична особа, щодо якої здійснюється провадження, повинна бути віднесена до сторони захисту. Захист її інтересів має здійснювати представник, яким, на наш погляд, не може бути керівник чи інша уповноважена особа, яким повідомлено про підозру у вчиненні злочину, передбаченого ст. 963 КК України.

Література:

1. Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 року. – [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_015.
2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04 листопада 1950 року. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
3. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 року. [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_043.
4. Конституція України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР [Електронний ресурс]: Офіційний веб-портал Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-vr>
5. Концепція судово-правової реформи в Україні від 28 квітня 1992 року. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2296-12>.
6. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року № 2341-ІІІ [Електронний ресурс]: Офіційний веб-портал Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>

7. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI [Електронний ресурс]: Офіційний веб-портал Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>

8. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 5 липня 2012 року // Відомості Верховної Ради (ВВР), 2013, № 27, ст.282

УДК 343.133

Котюк І.,

доктор юрид. наук, професор,
професор кафедри теорії права та держави
юридичного факультету
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

Котюк О.,

канд. юрид. наук,
асистент кафедри правосуддя
юридичного факультету
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОМІРНОСТІ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ РІШЕНЬ ТА ДІЙ

Стаття присвячена дослідженню умов функціонування засади верховенства права, що означає верховенство прав людини, які в законі можуть бути й не відображені, а за наявності неправового закону, можуть ним і заперечуватись, засада законності, що була традиційним орієнтиром при оцінці рішень і дій уповноважених органів та осіб, виявляється лише вимогою формально-правового характеру, а тому надійним засобом забезпечення верховенства права не є, що зумовлює необхідність орієнтуватися на засаду правомірності їхніх рішень

і дій. З урахуванням цього, авторами уточнено види джерел, з яких випливають права людини, та внесено пропозиції, спрямовані на удосконалення підходів до їх визначення.

Ключові слова: джерела права, правомірність, законодавство, правові акти, підзаконні акти, принципи, процесуальні рішення, судочинство.

В условиях функционирования принципа верховенства права, содержанием которого является верховенство прав человека, отдельные из которых в законе могут быть и не отражены, а при наличии неправового закона, могут им и отрицаться, принцип законности, являвшийся традиционным ориентиром при оценке решений и действий уполномоченных органов и лиц, оказывается лишь требованием формально-правового характера, а поэтому надежным средством обеспечения верховенства права не является, что обуславливает необходимость ориентироваться на принцип правомерности решений и действий. С учетом этого, авторами уточнено виды источников прав человека и внесены предложения, направленные на совершенствование подходов к их определению.

Ключевые слова: источники права, правомерность, законодательство, правовые акты, подзаконные акты, принципы, процессуальные решения, судопроизводство.

In terms of functioning of the rule of law, which means the supremacy of human rights that may not be reflected in the law; and if unlawful law, it can be rejected hereby, the principles of legality, which has been the traditional guideline in evaluating decisions and actions of the competent authorities and individuals – it is only formal requirement of the laws, and ,therefore, a reliable means of ensuring the rule of law is not that necessitates focus on principles of the legality of their decisions and actions. With this in mind, the authors specified the types of sources from which the human rights are risen and made proposals aimed at improving the approaches to their definition. The position of the authors is based on an affirmation of that the list of laws based on which by authorized

persons should be guided in making decisions and taking actions, the Constitution of Ukraine does not correspond to actual situation. Controversy to it, it is given interpretation of the term "law" by the Constitutional Court of Ukraine.

Keywords: sources of law, lawfulness, legislation, lawful statement, statute, principle, procedural decision, judicial production.

Постановка проблеми. Визнання верховенства права та зумовлена ним зміна ідеології сучасного судочинства, значно розширила коло джерел процесуального права. Водночас, офіційні їх переліки не відповідають тим джерелам, з яких права людини впливають фактично. Яскравим прикладом цього є саме “новітні” кодекси України. Зокрема, згідно з ст. 5 Кодексу адміністративного судочинства України (КАС) [1], “адміністративне судочинство здійснюється відповідно до Конституції України, цього Кодексу та міжнародних договорів, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України”. Перелічені у зазначеній статті правові акти названі і в ч. 2 ст. 1 Кримінального процесуального кодексу України (КПК). Водночас, вони доповнені словами “та інших законів України”, [2].

Але навіть просте порівняння зазначених переліків, зумовлює питання, а що, хіба адміністративне судочинство не здійснюється з урахуванням інших законів та підзаконних актів України, – і тих, якими визначена його процедура, наприклад, законів “Про судоустрій і статус суддів” [3], “Про судову експертизу” [4], “Інструкції про порядок призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень” тощо [5], і тих, якими регламентовані самі правовідносини, з приводу яких виник спір? А якщо ні, то чи здійснюється воно згідно з вимогами Конституції України?

Проте, якщо взяти до уваги вимоги її ст. 6 та ст. 19, згідно з якими органи державної влади і місцевого самоврядування та їх посадові особи зобов’язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією і законами України [6], то зазначене питання стає ще актуальнішим. Адже тепер складається враження, що, або крім

Конституції і законів, інших правових актів, і, зокрема, підзаконних, в Україні немає, або зазначені органи та особи можуть ігнорувати не тільки підзаконні акти, а й міжнародні договори України, які, згідно з ст. 9 Конституції, є складовою її національного законодавства.

За таких обставин стає зрозумілою і традиційна ідея верховенства закону, і те, що головною вимогою до рішень та дій державних органів і посадових осіб завжди була вимога дотримання закону, що охоплювалась засадою законності. І хоча ця вимога є спірною, оскільки буквально її тлумачення дає підстави для висновку, що на підзаконні акти вона не поширюється, все ж її можна тлумачити й у розширювальному значенні, тобто, як вимогу дотримання усіх правових актів, про що свідчить і наявність бланкетних правових норм, без урахування яких неможливо застосувати й основну норму закону. А у вказаних нормах йдеться лише про Конституцію та закони України, вимоги яких розширювальному тлумаченню не підлягають.

Аналіз дослідження даної проблеми. Зміни, що відбуваються у правовій системі України відзначаються як прогресивними нововведеннями, прикладом яких є визнання верховенства права, так і не завжди достатньо виваженими й аргументованими змінами, однією з яких є відмова від засади законності як однієї з конституційних засад судочинства. І хоча ця проблема привертала увагу таких українських вчених, як: С. Головатий, М. Козюбра, Б. Малишев, Н. Оніщенко, О. Петришин, П. Рабінович та багатьох інших, однак їхні дослідження в основному стосувалися характеристики змісту засади верховенства права, що ж стосується її співвідношення з засадою законності, то цьому питанню достатньої уваги ще не приділено. З урахуванням цього, завданнями даної статті є аналіз чинного законодавства та наукових поглядів, які стосуються вказаних питань, і на цій основі – уточнення змісту засади верховенства права та обґрунтування її співвідношення з засадою законності.

Оскільки ця проблема уваги вчених не привертала, то метою даної статті є уточнення змісту засади верховенства права

та переліку видів його джерел, а також вимог, які з них випливають, при оцінці процесуальних рішень і дій, та внесення пропозицій, спрямованих на удосконалення підходів до їх визначення.

Виклад основного матеріалу. Актуальність зазначеної проблеми стає ще очевиднішою, якщо врахувати й те, кого стосуються зазначені вимоги. Адже якщо виходити з закріпленого у ст. 6 Конституції України потрійного поділу державної влади на законодавчу, виконавчу та судову, то виявляється, що Президент України та його адміністрація, органи прокуратури, СБУ, ЦВК тощо органами державної влади не є, оскільки не належать ні до законодавчої, ні до виконавчої, ні до судової її гілок. А якщо так, то буквальне тлумачення зазначених норм дає підстави для висновку, що на названі органи зазначені вимоги не поширюються, а тому свою діяльність вони можуть здійснювати й поза визначеними Конституцією межами і всупереч законів України.

От тому, безумовно прогресивним є те, що у ст. 8 Конституції України закріплена засада верховенства права, яка по суті означає верховенство прав людини і, зокрема, її природних прав, які в законі можуть бути й не відображені, а за наявності неправового закону, можуть ним і заперечуватись. А якщо так, то засада законності виявляється лише вимогою формально-правового характеру, спрямованою на дотримання букви закону. Що ж до прав людини в Україні, то їх перелік базується на закріпленій у ст. 22 Конституції України засаді їх невичерпності лише тими, що передбачені нею. А це означає, що вони, з одного боку, можуть бути передбачені й іншими правовими актами, а з іншого – окремі з них правовими нормами можуть бути й не передбачені, оскільки випливають з духу законів чи інших соціальних норм, а внаслідок цього до них засада законності виявляється індиферентною.

Проте такий підхід суперечить вимогам ст. 3 Конституції України згідно з якою “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.

Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави”.

От тому, там де йдеться про забезпечення верховенства права, доречнішим було б орієнтуватись не тільки на засаду законності, а й на засаду правомірності дій державних органів та посадових осіб, яка крім неухильного виконання вимог законів, зобов'язує дотримуватись та забезпечувати загальновизнані права і свободи людини, з яких би джерел вони не випливали. А для цього уявлення про ці джерела необхідно будувати з урахуванням того, що складовими правової системи України, є не тільки її Конституція і закони, і, навіть не тільки “інші правові акти”, а й ті джерела права, які правовими актами не є, але з яких ці права можуть випливати також.

Адже не випадково у юриспруденції широко використовуються такі терміни, як “закони”, “законодавчі акти”, “правові акти”, “правові засади”, “джерела права” тощо, і всі вони аж ніяк не одне й теж. Тим більше, що й підходи до розуміння змісту кожного з них неоднозначні. Прикладом цього може бути поняття “законодавство”, змістом якого, на думку одних, є лише закони, інших – лише акти органу законодавчої влади, третіх – закони та правові акти, що прирівняні до них, четвертих – всі правові акти. А Конституційний Суд України дійшов висновку, що цим терміном охоплюються: “закони України, чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою, а також постанови Верховної Ради, укази Президента та декрети і постанови Кабінету Міністрів, прийняті в межах їхніх повноважень та відповідно до Конституції і законів України” [7].

Проте, оскільки правовідносини регламентовані не тільки законами й тими підзаконними актами які перелічені у висновку Конституційного Суду, а й величезною кількістю інших підзаконних актів, а згідно з Законом “Про міжнародні договори України” невід'ємною частиною законодавства України є не тільки ті міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою, а й інші міжнародні договори України, які легалізовані у визначеному законом порядку

(затверджені Указом Президента чи Постановою Кабінету Міністрів), а тому, згідно з ст.15 цього Закону вони також “підлягають сумлінному дотриманню Україною відповідно до норм міжнародного права”, причому, згідно з ст. 19 Закону “якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору” [8], то виявляється, що й правова позиція Конституційного Суду у цьому питанні є спірною

Важливим у цьому контексті є й те, що якщо будь-які правовідносини повинні здійснюватись з дотриманням конституційних та галузевих правових засад. А оскільки їх змістом є ідеологія правовідносин, “дух законів”, то у формі “аналогії права” вони застосовуються тоді, коли положення правових актів, якими регламентовано певний вид правовідносин, не регулюють або неоднозначно регулюють питання, що виникають в їх ході.

Відомим є й те, що у випадках, коли питання, яке виникло в ході правовідносин правовими нормами не регламентоване, то для його вирішення використовується й аналогія закону, тобто, використання правової норми, розрахованої на подібні ситуації.

Прогресивними у даному контексті є й положення ч. 2 ст. 8 та ч. 5 ст. 9 КПК, згідно з якими “процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики Європейського Суду з прав людини”, яка, як відомо, формується на основі прецедентної практики, що по суті є “аналогією індивідуального правового акта”.

Якщо ж проаналізувати функції такої конституційної засади, як заборона двічі притягувати до юридичної відповідальності за одне й те ж саме правопорушення, то виявиться, що джерелом права є й рішення національних судів, які повинні враховуватись при ухваленні інших їхніх рішень.

Крім того, правовими орієнтирами при ухваленні конкретних судових рішень є й національна судова практика.

А з урахуванням зазначеного, виявляється, що і основні засади судочинства, і практика Європейського Суду з прав

людини, і національна судова практика, і такі індивідуальні правові акти, як прецедентні рішення міжнародних судових інстанцій та окремі рішення національних судів, поняттям “законодавство” не охоплюються, хоча джерелами права є.

Важливим є й те, що при оцінці правомірності процесуальних рішень і дій, слід брати до уваги, що вони ухвалюються та вчиняються особами, які є державними службовцями, а тому повинні й діяти згідно з вимогами правових актів, якими регламентована їхня діяльність.

Не потребує доведення й те, що державні органи та посадові особи повинні здійснювати свою діяльність з неодмінним дотриманням морально-етичних та інших загальновизнаних соціальних норм.

А крім зазначених, традиційних, джерел права, слід звикати й до правових актів осіб, які приховуються під евфемізмом “роботодавці”.

З урахуванням цього виявляється, що положення ч. 2 ст. 6 і ч. 2 ст. 19 Конституції України, згідно з якими органи державної влади та органи місцевого самоврядування і їх посадові особи зобов’язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України, в сучасних умовах виявляється просто непорозумінням.

Непорозумінням є й підстави для висновку, що оскільки Президент України, його адміністрація, органи прокуратури, СБУ, ЦВК тощо, до органів державної влади не належать, то на них не поширюються навіть вимоги Конституції і законів України. Хоча цей висновок з формально-логічного погляду, і з погляду вимог засади законності є правильним. А проблема у тому, що ідея потрібного поділу державної влади в сучасних умовах потребує переосмислення.

От тому у зазначеному контексті положення КПК, згідно з якими перелік правових актів, яких зобов’язані неухильно додержуватися державні органи та посадові особи, які здійснюють судочинство, у порівнянні з п. 2 ст. 6 та п. 2 ст. 19 Конституції України, є значно ширшим, а тому й прогресивнішим. Водночас, якщо врахувати наведені зауваження, то виявляється, що й він, з одного боку, є неповним,

а з іншого – сумнівним за змістом, оскільки визнавати окремі положення Конституції та міжнародних договорів кримінальним процесуальним законодавством, означає ігнорувати як загальновизнаний поділ правових норм на галузі матеріального і процесуального права, так і загальновизнану ієрархію правових актів. Крім того, зміст ч. 2 ст. 1 КПК суперечить і фактичному стану справ, і тим нормам цього ж кодексу, у яких йдеться про те, що означені відносини мають відбуватись й з урахуванням інших джерел права.

Отже, якщо права людини впливають не тільки з законів та інших правових актів, а й з джерел права, які правовими актами не є, то стає очевидним, що положення ч. 2 ст. 6 та ч. 2 ст. 19 Конституції, з ідеєю верховенства права не корелюються. А тому у ній мали б бути не вимоги дотримання лише Конституції та законів, а вимоги, згідно з якими: а) “правові акти, якими регламентована діяльність державних органів та посадових осіб, не повинні суперечити засаді верховенства права, Конституції та законам України”; б) “діяльність державних органів і посадових осіб повинна здійснюватись на засадах верховенства права, та згідно з Конституцією і законами України, а також на підставі і в межах повноважень, визначених відповідними правовими актами”.

Слід визнати утопічними й положення п. 14 ст. 92 Конституції згідно з якою виключно законами визначаються “судоустрій, судочинство, статус суддів; засади судової експертизи; організація і діяльність прокуратури, нотаріату, органів досудового розслідування, органів і установ виконання покарань; порядок виконання судових рішень; засади організації та діяльності адвокатури”. Адже з урахуванням наведених аргументів стає очевидним, що виконати їх нереально.

Що ж до соціально-політичного значення зазначених обставин, то якщо у конституції декларуються положення, що не відповідають фактичному стану справ, або ті, яких виконати практично неможливо, то потрібно не забувати того, що не забезпечене реальним юридичним змістом проголошення у Конституції бажаних соціальних очікувань, перетворює її з Основного закону на інструмент ідеологічного маніпулювання у

внутрішньо- та зовнішньополітичній сферах. Саме тому орієнтирами у зазначених відносинах повинні бути не політичні гасла, і не тільки акти Верховної Ради, Президента та Кабінету Міністрів, а й вимоги життя, які й тлумачаться як джерело права у найширшому розумінні.

З урахуванням викладеного стає очевидним, що й положення п. 1 ч. 3 ст. 2 КАС, згідно з якою “у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб’єктів владних повноважень адміністративні суди перевіряють, чи прийняті (вчинені) вони: на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України” базуються лише на засаді законності.

Тобто, буквально її тлумачення дає підстави для висновку, що питання, чи порушували суб’єкти владних повноважень інші правові акти, або нехай навіть і загальновизнані права людини, але які законами України не передбачені, суддів просто не повинні й цікавити, оскільки вони зобов’язані перевірити лише те, чи діяли зазначені особи “згідно з Конституцією і законами України”.

А оскільки інші вимоги ч. 3 ст. 2 КАС в контексті оцінки правомірності рішень і дій суб’єктів владних повноважень є продуктивними, то з урахуванням наведених аргументів, у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб’єктів владних повноважень суди кожної юрисдикції мали б перевіряти, чи ухвалені (вчинені) вони: 1) на засадах верховенства права та згідно Конституцією і законами України, а також, на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені іншими правовими актами України; 2) з використанням повноваження з метою, з якою воно надано; 3) обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для ухвалення рішення (вчинення дії); 4) безсторонньо (неупереджено); 5) добросовісно; 6) розсудливо; 7) з дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи будь-яким формам дискримінації; 8) пропорційно, зокрема з дотриманням необхідного балансу між несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і завданнями, на досягнення яких спрямоване це рішення (дія); 9) з урахуванням

права особи на участь у процесі прийняття рішення; 10) своєчасно, тобто протягом розумного строку.

Якщо ж врахувати й значення зазначених вимог, то вони мали б бути зафіксовані в кожному із процесуальних кодексів.

Зрозуміло, що і КАС, і КПК, на прикладі яких ілюструвались зазначені аспекти проблеми, відзначаються й іншими недоліками, які з позицій теорії права є очевидними, але відповідні “фахівці” їх чомусь не помічають.

Так, поняття “адміністративне судочинство” – це нонсенс, оскільки “адміністративна юрисдикція” – це одне, а судочинство за своєю суттю не може бути адміністративним. Воно є судочинством у справах адміністративної юрисдикції, тобто тих, що впливають з адміністративних правовідносин.

Назва “кримінальний”, яка в перекладі з латинської мови означає “злочинний” не прикрашає ні кодексу, ні судочинства, оскільки якщо воно “кримінальне”, то правосуддю не сприяє.

Висновки. Якщо ж врахувати, що і КПК, і ЦПК, і ГПК містять не тільки процесуальні, а й матеріально-правові норми, то й їхня назва “процесуальний” також є сумнівною. Адже фактично вони є кодексами судочинства у справах, що впливають з відповідних правовідносин. І якщо організаційний аспект сучасних проблем судочинства все ж розв’язано шляхом ліквідації “удільних судових князівств”, то питання щодо необхідності не тільки вдосконалення, а й уніфікації процесуального законодавства, стають ще актуальнішими.

Література:

1. Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. № 2747– IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>
2. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. №4651–VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>
3. Закон України “Про судоустрій і статус суддів” від 2 червня 2016 р. №1402–19 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1402-19

4. Закон України “Про судову експертизу” від 25.02.1994 р. № 4038-12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/go/4038-12>

5. Інструкція про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень. Затверджена наказом Міністерства юстиції України № 53/5 від 8 жовтня 1998 року. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/cgi-dsy/laws/main.cgi?nreg=z0705-98>

6. Конституція України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/254к-вр>

7. Рішення Конституційного Суду України (справа про тлумачення терміну “законодавство”) від 9 липня 1998 року № 12- рп /98.

8. Закон України “Про міжнародні договори України” від 29 червня 2004 р. № 1906 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>

УДК 343.13

Сопронюк О.,
здобувач кафедри кримінального процесу
Львівського державного університету
імені Івана Франка

НАКЛАДЕННЯ ГРОШОВОГО СТЯГНЕННЯ ЯК КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНА САНКЦІЯ

У статті досліджуються проблемні питання щодо накладення на учасників кримінального провадження, які не виконують покладені на них обов’язки, грошового стягнення. Аналізуються норми кримінального процесуального закону, якими регулюється застосування цього виду санкції до підозрюваного, обвинуваченого, поручителів та інших суб’єктів кримінального процесу.

Ключові слова: грошове стягнення, застава, привід, примус, санкція.

В статье исследуются проблемные вопросы наложения на участников уголовного производства, которые не выполняют

возложенные на них обязанности, денежного взыскания. Анализируются нормы уголовного процессуального закона, регулирующих применение этого вида санкции к подозреваемому, обвиняемому, поручителям и другим субъектам уголовного процесса.

Ключевые слова: денежное взыскание, залог, привод, принуждение, санкция.

The article deals with the problematic issues of imposition of a monetary penalty on participants in criminal proceedings that do not fulfill their obligations. The norms of the criminal procedural law, which regulate the application of this type of sanction to the suspect, the accused, guarantors and other subjects of the criminal process, are analyzed.

Key words: monetary collection, pledge, drive, coercion, sanction.

Постановка проблеми. Наскрізним питанням процесуальних норм було й залишається питання санкцій, особливо тих, що застосовуються за правопорушення у кримінальному провадженні. Незважаючи на окремі наукові доробки з означеного предмета дослідження, спірними залишаються питання правової природи, галузевої належності, особливостей конструювання, функціонального призначення та видів санкцій, що застосовуються за правопорушення у кримінальному процесі.

До речі, слід зауважити, що у чинному КПК України термін «санкції» не роз'яснюється та і вживається досить рідко, позначаючи різні поняття. Вже це вказує на складність та неоднозначність санкцій, що застосовуються у кримінальному провадженні, та вимагає детального аналізу наукової літератури з різних галузей юридичних знань.

Стан дослідження. Проблеми санкцій на загальнотеоретичному та галузевому рівнях почали цікавити вчених ще в середині минулого століття. Слід відзначити роботи Б.Т. Базилева, С.Н. Бурцева, Г.Н. Ветрової, Н.І. Дегтярьової, О.Е. Лейста, В.Ю. Орехова, С.О. Полуніна, З.В. Попової,

А.І. Столмакова та ін. Ґрунтовних досліджень саме кримінально-процесуальних санкцій майже не проводилося, хоча окремі питання висвітлювалися в роботах, що стосуються кримінально-процесуальної відповідальності, кримінально-процесуальних правопорушень, кримінально-процесуального примусу.

Метою даної статті є з'ясування сутності, процесуальної природи накладення грошового стягнення у кримінальному провадженні.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 144 КПК грошове стягнення може бути накладено на учасників кримінального провадження у випадках та розмірах, передбачених КПК, за невиконання процесуальних обов'язків. Грошове стягнення накладається: під час досудового розслідування – ухвалою слідчого судді за клопотанням слідчого, прокурора чи за власною ініціативою, а під час судового провадження – ухвалою суду за клопотанням прокурора чи за власною ініціативою [1].

Як відзначає І.В. Гловюк, грошове стягнення – це захід забезпечення кримінального провадження, який застосовується до учасників кримінального провадження за невиконання процесуальних обов'язків без поважних причин, пов'язаний із несприятливими наслідками у покладенні на особу обов'язку зазнати обмеження майнового характеру у розмірі, визначеному КПК. Кримінально-процесуальна санкція у вигляді грошового стягнення може бути застосована лише за наявності кримінально-процесуального правопорушення, формалізованого у КПК, об'єктивна сторона якого становить невиконання процесуальних обов'язків без поважних причин [2, с. 339].

На стадії досудового розслідування грошове стягнення може бути застосовано у наступних випадках:

неприбуття на виклик без поважних причин або неповідомлення про причини свого неприбуття підозрюваного, свідка, потерпілого, цивільного відповідача, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження (ч. 1 ст. 139 КПК);

невиконання підозрюваним обов'язків, покладених на нього при особистому зобов'язанні (ч. 2 ст. 179 КПК);

невиконання поручителем взятих на себе зобов'язань особою поруки (ч. 5 ст. 180 КПК);

порушення батьками, опікунами, піклувальниками зобов'язання по нагляду за неповнолітнім підозрюваним (ч. 5 ст. 493 КПК) [1].

Що стосується першого пункту, як зауважила А.В. Мурзановська, серед пропозицій щодо розширення кола суб'єктів, на яких може бути накладено грошове стягнення, в літературі слушно зазначається цивільний позивач і пропонується доповнити частину першу ст. 139 КПК України положенням про накладення на цивільного позивача грошового стягнення, якщо він не з'явився без поважних причин або не повідомив про причини свого неприбуття [3, с. 162-163].

Як видається, така позиція видається слушною. Потерпілий і цивільний позивач, не дивлячись на те, що законодавець дещо «зрівняв» їх у процесуальних правах та обов'язках, все ж перебувають у різних процесуальних статусах. Потерпілий як фізична особа – це особа, якій безпосередньо злочином завдана шкода (моральна, фізична або майнова). Цивільний позивач вправі мати претензії лише морального або майнового характеру, а також користуватися правами та обов'язками потерпілого лише в частині цивільного позову (статті 55, 61 КПК) [1].

В той же час потерпілий має право відмовитися від статусу потерпілого, наприклад, у провадженнях, коли злочин вчинено чоловіком, дружиною, братом чи іншими близькими особами, і йому це не вигідно з тих чи інших причин. В той же час він може залишити за собою право відстоювати свої майнові інтереси, іншими словами, бути просто цивільним позивачем та вирішити свої претензії в рамках кримінального провадження, оскільки воно ведеться, а не в порядку цивільного судочинства, як це могло би мати місце в інших випадках.

Цікавою є також ч. 3 ст. 63 КПК «Представник цивільного позивача, цивільного відповідача», згідно з якою «представник користується процесуальними правами цивільного позивача, цивільного відповідача, інтереси яких він представляє» [1].

Як видно із цієї норми, він наділений лише правами тих осіб, інтереси яких він представляє, що прямо передбачено вказаною статтею, однак нічого не говориться про його обов'язки. Звідси випливає, що, наприклад, наслідки неприбуття на виклик, що передбачені ч. 1 ст. 139 КПК для його клієнта, його особисто не стосуються.

Що стосується таких учасників кримінального провадження, як представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження (ст. 64-1 КПК), третя особа, щодо майна якої вирішується питання про арешт (ст. 64-2 КПК), то обов'язки у вказаних статтях для них передбачені: 1) прибувати за викликом до прокурора, суду, а в разі неможливості своєчасного прибуття – завчасно повідомити про це, а також про причини неможливості прибуття; 2) не перешкоджати встановленню обставин вчинення кримінального правопорушення; 3) не розголошувати без дозволу прокурора, суду відомості, які стали їм відомі у зв'язку з участю у кримінальному провадженні і які становлять охоронювану законом таємницю [1].

Однак, знову ж таки, вказівки на відповідальність немає, що може створити враження необов'язковості виконання цих вимог. Як видається, наведені норми слід доповнити частиною, у якій вказати, що «у разі невиконання своїх обов'язків представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження (третя особа, щодо майна якої вирішується питання про арешт), несуть відповідальність встановлену законом». У свою чергу, така вимога викликатиме більшу зацікавленість цих суб'єктів у добросовісному виконанні своїх обов'язків, а також спонукатиме слідчого роз'яснити їм, про які саме санкції йдеться.

Не врегульованими у цьому відношенні залишаються й інші статті КПК. На думку О.В. Мурзановської, до якої ми прислухаємось, коло суб'єктів, на яких може бути накладено грошове стягнення, має бути розширене. Мова йде, насамперед, про експерта та спеціаліста. Не зовсім зрозуміло, як вказує вчена, чому законодавець передбачив у разі неприбуття в суд без поважних причин або неповідомлення про причини неприбуття

накладення на спеціаліста судом всіх витрат, пов'язаних з оголошенням перерви в судовому засіданні (ст. 72 КПК), (зазначимо, що по відношенню до обвинуваченого за аналогічне правопорушення передбачено накладення грошового стягнення (на відміну від КПК 1960 року, коли на нього в такому разі покладались всі витрати, пов'язані з відкладенням судового засідання). В той же час, коли відносно експерта мова йде про адміністративну відповідальність тільки за злісне ухилення від явки до суду та органи досудового слідства (ст.ст. 185-3, 185-4 КУпАП (так, згідно з ст. 70 КПК за невиконання обов'язків експерт несе відповідальність, встановлену законом). Тому доцільно передбачити можливість накладення на вказаних суб'єктів грошового стягнення [4, с. 322-323].

Слід також звернути увагу на ще одну проблему, на яку свого часу вказала К. Серета, проаналізувавши санкції за невиконання зобов'язань поручителем при особистій поруці за підозрюваного (обвинуваченого). Так, у разі невиконання поручителем взятих на себе зобов'язань на нього накладається грошове стягнення. Останнє залежить від санкції за вчинення кримінального правопорушення, про яке повідомлено підозрюваному (ч. 5 ст. 180 КПК): 1) у провадженні щодо кримінального правопорушення, за вчинення якого передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк не більше трьох років, або інше, більш м'яке покарання, – від двох до п'яти розмірів мінімальної заробітної плати; 2) у провадженні щодо злочину, за вчинення якого передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк від трьох до п'яти років, – від п'яти до десяти розмірів мінімальної заробітної плати; 3) у провадженні щодо злочину, за вчинення якого передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк від п'яти до десяти років, – від десяти до двадцяти розмірів мінімальної заробітної плати; 4) у провадженні щодо злочину, за вчинення якого передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк понад десять років, – від двадцяти до п'ятдесяти розмірів мінімальної заробітної плати.

З огляду на вищезазначене, по-перше, невідомо, якими міркуваннями керувався законодавець, встановлюючи саме такі

розміри грошового стягнення; по-друге, строки позбавлення волі в пунктах 2-4 ч. 5 ст. 180 КПК узгоджуються із частинами 3-5 ст. 12 КК «Класифікація злочинів», у яких ідеться, відповідно, про злочини середньої тяжкості, тяжкі та особливо тяжкі злочини. А ось п. 1 ч. 5 ст. 180 КПК не узгоджується («позбавлення волі не строк не більше трьох років») не узгоджується із ч. 3 ст. 12 КК («позбавлення волі на строк не більше двох років»), де регламентовано поняття злочину невеликої тяжкості. Тому і розмір покарання за вчинення злочину середньої тяжкості (від двох до п'яти років позбавлення волі) не узгоджується з п. 2 ч. 5 ст. 180 КПК. Логічним було би приведення у відповідність строків, регламентованих у зазначених статтях КПК і КК України. Це може бути зроблено шляхом зазначення у ч. 5 ст. 180 КПК не конкретних строків кримінального покарання у вигляді позбавлення волі, а різновиду (згідно з класифікацією, викладеною у ст. 12 КК) кримінального правопорушення, у якому підозрюється особа [5, с. 123].

Поруч із застосуванням грошового стягнення за неприбуття на виклик до підозрюваного, обвинуваченого або свідка може бути застосований привід.

Згідно з ч. 1 ст. 140 КПК привід полягає у примусовому супроводженні особи, до якої він застосовується, особою, яка виконує ухвалу про здійснення приводу, до місця її виклику в зазначений в ухвалі час. При цьому, привід свідка не може бути застосований до неповнолітньої особи, вагітної жінки, інвалідів першої або другої груп, особи, яка одноосібно виховує дітей віком до шести років або дітей-інвалідів, а також осіб, які не можуть бути допитані як свідки [1].

Як роз'яснив Вищий спеціалізований суд з розгляду цивільних і кримінальних справ, слід враховувати, що норми КПК, які регламентують порядок розгляду клопотання про здійснення приводу, перебувають у системному зв'язку із нормами КПК, якими передбачено застосування такого заходу забезпечення кримінального провадження, як виклик слідчим, прокурором. Здійсненню приводу підозрюваного, обвинуваченого або свідка має передувати їх виклик у встановленому КПК порядку, зокрема з урахуванням вимоги про

те, що особа має отримати повістку про виклик або бути повідомленою про нього іншим шляхом не пізніше ніж за три дні до дня, коли вона зобов'язана прибути за викликом.

Виклик особи здійснюється шляхом вручення повістки про виклик, надіслання її поштою, електронною поштою чи факсимільним зв'язком, здійснення виклику по телефону або телеграмою. Слідчим суддям необхідно враховувати, що цей перелік способів виклику не є вичерпним, а отже особи можуть бути повідомлені і в інший спосіб.

Зважаючи на наведене, правильною є практика слідчих суддів, які відмовляють у задоволенні клопотання про здійснення приводу особи, якщо її виклик було здійснено з порушенням триденного строку, передбаченого ч. 8 ст. 135 КПК. Це ж саме стосується і випадків недотримання вимоги про те, що у разі тимчасової відсутності особи за місцем проживання повістка для передачі їй вручається під розписку дорослому члену сім'ї цієї особи чи іншій особі, яка з нею проживає, житлово-експлуатаційній організації за місцем проживання особи або адміністрації за місцем її роботи.

Так, слідчий суддя відмовив у задоволенні клопотання про здійснення приводу, мотивувавши своє рішення тим, що в матеріалах відсутні дані, які б свідчили, що виклик Д. був здійснений відповідно до порядку, встановленого ст. 135 КПК, а долучений корінець повістки не є доказом належного повідомлення, оскільки з нього не вбачається, що повістку отримав чоловік підозрюваної, а також повістка вручена менш ніж за три дні до визначеного в ній часу (дійсно, повістка про виклик на 28.02 була вручена 27.02) [6].

Така ж вимога стосується і накладення грошового стягнення. Виникнення обов'язку, який є підставою для грошового стягнення пов'язується із попереднім застосуванням заходу забезпечення кримінального провадження, здійсненого слідчим, прокурором.

Так, ухвалою слідчого судді Сокальського районного суду Львівської області від 22.05.2013 р. у клопотанні слідчого СВ Сокальського РВ ГУ МВСУ у Львівській області С. про накладення грошового стягнення на Ч. за невиконання

процесуальних обов'язків в розмірі 0,5 мінімальної заробітної плати відмовлено, оскільки під час розгляду справи встановлено, що виклик особи двічі проведено з порушенням вимог, викладених у ч. 8 ст. 135 КПК підтвердження про виклик вручено менш ніж за три дні до дня виклику.

Незважаючи на те, що передумовою до застосування приводу та грошового стягнення можуть бути одні й ті ж підстави, слідчий суддя не має повноважень, встановивши факт невиконання особою процесуального обов'язку (з'явитися до слідчого за викликом), замість накладення грошового стягнення, як зазначено в клопотанні, приймати самостійно рішення про застосування іншого заходу забезпечення кримінального провадження – приводу [6].

Висновки. Грошове стягнення у кримінальному процесі виступає вагомим та дієвим інструментом впливу на тих учасників провадження, які не виконують покладені на них обов'язки. Однак окремі норми кримінального процесуального закону потребують подальшого вдосконалення та більш чіткої регламентації підстав, порядку накладення цієї кримінально-процесуальної санкції.

Література:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/4651-17>.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Відп. ред. С.В. Ківалов, С.М. Міщенко, В.Ю. Захарченко. Харків: Одіссей, 2013. 1104 с.
3. Мурзановська А. В. Кримінально-процесуальна відповідальність за новим Кримінальним процесуальним кодексом України : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса. нац. ун-т «Одеська юридична академія», 2017. 237 с.
4. Мурзановська А. В. Грошове стягнення як захід кримінально-процесуальної відповідальності // Правовые реформы в постсоветских странах: достижения и проблемы», междунар. науч. практ. конф. (Кишинэу, 28-29 март. 2014 г.) / орг. ком.: Бужор В. [и др.]. Кишинев: Iulian, 2014 (Tipogr. «Catatea de Sus»). С. 322–324.

5. Серета К. Штрафні (каральні) норми кримінального процесуального права, що регламентують запобіжні заходи. *Jurnalul Juridic National: Teorie si Practica*. Iunie 2017. С. 122–124.

6. Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ № 11 від 17.10. 2014 р. «Про деякі питання дотримання розумних строків розгляду судами цивільних, кримінальних справ і справ про адміністративні правопорушення». URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0011740-14>.

УДК 343.133

Юрчишин В.М.,

доктор юрид. наук, доцент,
завідувач кафедри кримінальної юстиції
Чернівецького юридичного інституту НУ «ОЮА»,
почесний працівник прокуратури України

ЩОДО ДИСФУНКЦІЙ ПРОКУРОРА У ДОСУДОВОМУ РОЗСЛІДУВАННІ

Публікація присвячена дослідженню функцій та дисфункцій прокурора у досудовому розслідуванні. Надзвичайно важливим питанням, яке має бути з'ясоване при дослідженні функцій прокурора у досудовому розслідуванні, а чи не виконує він певні дисфункції? Питання про здійснення прокурором дисфункцій у теоретичній літературі з кримінального процесу майже не досліджувалося. Знання щодо наявності чи відсутності дисфункцій у кримінальній процесуальній діяльності прокурора у розслідуванні є вкрай важливими у плані уникнення виконання дисфункцій у практичній діяльності і коригування з цією метою правової регламентації досудового розслідування.

Ключові слова: функції прокурора у досудовому розслідуванні. Процесуальний характер дисфункцій прокурора у досудовому розслідуванні.

Публикация посвящена исследованию функций и дисфункций прокурора в досудебном расследовании.

Чрезвычайно важным вопросом, который должен быть выяснен при исследовании функций прокурора в досудебном расследовании, а выполняет ли он определенные дисфункции? Вопрос об осуществлении прокурором дисфункций в теоретической литературе по уголовному процессу не исследовался. Знание о наличии или отсутствии дисфункций по уголовной процессуальной деятельности прокурора в досудебном расследовании крайне важны в плане предотвращения выполнения дисфункций в практической деятельности и корректировки с этой целью правовой регламентации досудебного расследования.

Ключевые слова: функции прокурора в досудебном расследовании. Процессуальный характер дисфункций прокурора в досудебном расследовании.

Publication dedicated to the investigation of the functions and dysfunctions of the prosecutor in the pre-trial investigation. An extremely important issue to be clarified when investigating the functions of the prosecutor in a pre-trial investigation or does he fail to perform certain dysfunctions. The question of the prosecutor's implementation of dysfunctions in the theoretical literature from the criminal process was not raised. Knowledge about the presence or absence of dysfunctions in the criminal proceedings of the prosecutor in the investigation is extremely important in terms of avoiding the implementation of dysfunctions in the practice and adjusting for this purpose the legal regulation of pre-trial investigation.

Keywords: prosecutor's functions in pre-trial investigation. The procedural nature of the prosecutor's dysfunctions in the pre-trial investigation.

Постановка проблеми. Законом України від 2 червня 2016 р. №1401-VIII «Про внесення змін до Конституції України» (щодо правосуддя) [1] було змінено функціональну спрямованість діяльності прокуратури, а саме у відповідності до ст. 131-1 Конституції України в Україні діє прокуратура, яка здійснює:

1. Підтримання публічного обвинувачення в суді;

2. Організацію і процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, вирішення відповідно до закону інших питань під час кримінального провадження, нагляд за негласними слідчими і розшуковими діями органів правопорядку;

3. Представництво інтересів держави в суді у виключних випадках і в порядку, що визначені законом [2].

Про функції прокурора на досудовому розслідуванні йде мова у КПК України [3] та у Законі України «Про прокуратуру» [4].

Значний внесок у вивчення проблеми реалізації прокурором функцій у досудовому розслідуванні зробили сучасні українські науковці: Ю. П. Аленін, І. В. Басиста, В. Д. Бринцев, Л. М. Давиденко, В. В. Долежан, В. І. Галаган, В. Г. Гончаренко, Л. Р. Грицаєнко, Ю. М. Грошевий, В. С. Зеленецький, О. В. Капліна, П. М. Каркач, Г. К. Кожевніков, І. М. Козьяков, Т. В. Корнякова, В. П. Корж, М. Й. Курочка, О. П. Кучинська, О. М. Литвак, Л. М. Лобойко, В. Г. Лукашевич, В. Т. Маляренко, О. Р. Михайленко, М. І. Мичко, В. Т. Нор, В. П. Півненко, М. А. Погорецький, В. О. Попелюшко, М. В. Руденко, Г. П. Середа, В. М. Стратонов, В. В. Сухонос, В. М. Тертишник, О. М. Толочко, В. П. Шибіко, О. Г. Шилю, М. Є. Шумило, П. В. Шумський, М. К. Якимчук, О. Г. Яновська та ін. Разом з тим, досліджень дисфункцій прокурора у досудовому розслідуванні серед українських науковців майже немає.

Метою даної статті є дослідження існування дисфункцій прокурора у досудовому розслідуванні.

Виклад основного матеріалу. Для вивчення проблеми існування функцій прокурора у досудовому розслідуванні, звернімося до теоретичних напрацювань у науці соціологія, зокрема тієї її частини, що стосується теорії функціоналізму. Теоретик структурного функціоналізму А. Р. Редкліфф-Браун, аналізуючи один з аспектів аналогії між життям соціальним і органічним, зазначав, що «ми знаємо, що організм може функціонувати з більшою чи з меншою ефективністю, і тому розробляємо особливу науку про патології, щоб вивчити можливі *дисфункції*» (курсив – В. Ю.). У організмі ми відрізняємо

те, що називають здоров'ям, від того, що називаємо хворобою. Греки в V ст. до н. е. вважали, що можна застосувати ці поняття і до суспільства, і до міста-держави, розмежовуючи стан *евномії*, тобто хорошої форми або суспільного здоров'я, і стан *дісномії*, тобто розладу, або соціальної хвороби [5, с. 198]. Але справа у тому, що організм у результаті непоборного розладу гине, а суспільство загинути не може, воно може бути «хворим», може змінювати структурний тип.

Кримінальний процес теж має певні «хвороби». Найбільш тяжкою, на наш погляд, була (та й залишається) «хвороба» процесуальної форми. Хвороба ця дістає вияв через те, що форма кримінального процесу перестає задовольняти суспільні потреби у протидії злочинності та у забезпеченні прав суб'єктів, які залучаються до участі у процесі. У такому разі суспільство змінює процесуальну форму через ухвалення нового закону. Так відбувалося у «переломні» моменти історичного процесу. Наприклад, безпосередньо після 1917 р. У 1992-2001 роках кримінальний процесуальний закон зазнав значних трансформацій з метою «вилікувати хворобу» радянських часів, яка настигла кримінальний процес незалежної України.

Якщо виходити із загальновідомого положення про те, що визначальним у співвідношенні політика-право є політика, то цілком очевидним стає те, що комплексне реформування права і його форми – закону (законодавства) завжди є наслідком кардинальних політичних змін у суспільстві. Це можуть бути або зміна суспільного ладу (наприклад, жовтневий переворот 1917 р.), або такі зміни у суспільному житті держави, які не пов'язані зі зміною суспільного ладу, але є суттєвими і вкрай важливими для життя усього суспільства (наприклад, «відлига» після сталінських репресій і пов'язане з цим прийняття КПК 1960 р.; прийняття Конституції України 1996 р.), ухвалення Конституції України у 1996 р. стало причиною «малої» судової реформи, яка відбулася у 2001 р. [6; 7].

Г. В. Плеханов на запитання про те, як виникають юридичні норми, відповідав, що будь-яка така норма являє собою скасування або видозміну якої-небудь старої норми або якогось старого звичаю. Чому скасовують старі норми і старі

звичаї? Тому, що вони перестають узгоджуватися з новими «умовами», тобто новими фактичними відносинами, у які люди вступають у суспільному процесі виробництва. Якщо старі юридичні норми перешкоджають певній частині суспільства досягати своїх життєвих цілей, задовольняти свої першочергові потреби, то ця частина суспільства обов'язково і надзвичайно легко дійде до усвідомлення їхньої тісноти: для цього потрібно трішечки більше мудрості, ніж для усвідомлення того, що незручно користуватися дуже вузьким взуттям або носити дуже важку зброю. Але від усвідомлення тісноти даної юридичної норми, звичайно, ще далеко до усвідомленого устремління до її скасування. Спочатку люди просто намагаються йти в обхід неї в кожному конкретному випадку в історії неясність свідомості – «промахи незрілої думки», «невігластво» нерідко знаменують собою лише одне: саме, що ще погано є розвиненим предмет, який потрібно усвідомлювати, тобто нові відносини, що народжуються. Ну, а невігластво такого роду, – незнання і нерозуміння того, чого ще немає, що знаходиться ще у процесі виникнення, – очевидно, є лише відносне невігластво» [8, с. 256-257].

Усвідомлення того, що кримінально-процесуальне право, сформоване у радянській державі тоталітарного типу, не спроможне задовольнити сучасні суспільні відносини, наразі поступово оволодіває думками членів суспільства. Влада, йдучи назустріч суспільству, вживає заходів до приведення кримінально-процесуального права до вимог сьогодення. Так, протягом 1992-2011 років Верховною Радою України ухвалено близько півтори сотні Законів України про внесення різноманітних змін і доповнень до КПК. Усі вони пов'язані з економічним, соціальним, демократичним розвитком нашої держави. Таким чином, можна констатувати, що старе кримінально-процесуальне право пристосовується до нових суспільних відносин. Бо не можна з достатньою ефективністю «вплести» у стару кримінально-процесуальну форму сучасні поняття «змагальність», «верховенство права», «доступ до правосуддя» [9, с. 32].

У 2012 р. форма процесу в Україні змінилася докорінно. Хоча слід зазначити, що процесуальна форма лише «наздогнала» зміни, які відбулися у суспільних відносинах протягом двадцяти років незалежності нашої держави. Зі зміною процесуальної форми змінилася і роль прокурора в досудовому розслідуванні. З «чистого» наглядача за законністю досудового розслідування він перетворився на його процесуального керівника. Це щодо ролі прокурора і форми процесу за законом. Якщо ж вести мову про «хвороби» конкретних кримінальних проваджень, то такого поняття стосовно процесуальних питань, вирішуваних у стадії досудового розслідування, не може бути у принципі. Бо усі процесуальні питання провадження врегульовані законом. А «хвороби» можуть стосуватися, переважно, не процесуальних питань, таких як організація розслідування, корупція тощо. У зв'язку з цим процесуальні «патології» функціонування досудового розслідування в цілому і діяльності прокурора у ньому, зокрема, нема потреби розглядати через практичну відсутність предмету дослідження.

Однак, оновлення кримінальної процесуальної форми потягнуло за собою і зміну типу кримінального процесу, а, відтак, і його функціональної структури. Стосовно діяльності прокурора, як уже зазначалося вище, це виявилось як мінімум через появу нової для нього функції – процесуального керівництва, і зникнення функції виявлення причин та умов, які сприяли вчиненню кримінальних правопорушень, і вжиття заходів до їх усунення.

Можна по-різному ставитися до системи функцій, яка здатна змінюватися разом із законодавством, але не можна спростувати той факт, що кримінальний процес тісно пов'язаний з іншими соціальними процесами – історичним, політичним, культурним тощо. Тому слід вважати помилкою не врахування цього зв'язку як при реформуванні закону, так і в перебігу теоретичних досліджень функцій прокурора у стадії досудового розслідування. Поява у прокурора нових функцій і зникнення традиційних (як здавалося раніше) функцій є нічим іншим, як спробою подолання стану «процесуальної дісномії», породженої кардинальним реформуванням кримінального процесуального

законодавства. Завдання дослідників у царині теорії кримінального процесу полягає у виявленні таких функцій прокурора у досудовому розслідуванні, які б не були причиною появи стану «процесуальної дісномії».

Зважаючи на те, що діяльність прокурора у досудовому розслідуванні на виконання вимог ст. 19 Конституції України повинна здійснюватися винятково на підставах і у спосіб, передбачені кримінальним процесуальним законом, можна зробити висновок, що законодавець, формулюючи відповідні норми права, передбачає, що у разі їхньої реалізації досудове розслідування перебуватиме у стані евномії. У забезпеченні такого стану значну роль повинен відігравати прокурор, як процесуальний керівник розслідування. Законодавець а пріорі не повинен запроваджувати до закону норми, які би сприяли виникненню «процесуальних патологій». А тим паче покладати на прокурора обов'язок продукувати такі патології, здійснюючи дисфункції на підставі закону.

Водночас не можна однозначно стверджувати про те, що прокурор у досудовому розслідуванні не виконує дисфункцій. Однак, усі вони мають позапроцесуальний характер, наприклад, здійснення діяльності прокурором не в інтересах закону, а з корупційною метою. Така діяльність не є процесуальною, бо здійснюється не на підставі закону, а всупереч йому. Тому не можна погодитися з висловленою у процесуальній літературі думкою про те, що не встановлення особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, закриття справи за скінченням термінів давності або винесення судом виправдувального вироку у справі є дисфункцією слідчого [6], тобто представника сторони обвинувачення, до якої належить і прокурор. Авторка вважає, що, якщо особа, винна у вчиненні злочину, не встановлена, то завдання кримінального процесу не виконане, досягнуто наступний наслідок діяльності слідчого: винний unikнув покарання, що є явною дисфункцією [10].

На обґрунтування своєї позиції М. С. Городецька наводить висновки Р. Мертонa, про які йдеться у роботі С. О. Кравченка, щодо поняття дисфункції як таких наслідків, котрі зменшують пристосованість чи адаптацію системи,

свідчать про існуючу напругу на структурному рівні. Наслідки, до яких система, що розглядається, є байдужою, є нефункціональністю. А певна соціальна форма, яка здатна виконувати позитивні функції, може також виконувати й дисфункціональну роль у тій же системі. Таке явище називається соціологічною амбівалентністю [11].

У науці соціології, предметом дослідження якої є усі соціальні структури, серед яких і діяльності, поняття амбівалентності дійсно може бути застосоване для позначення невизначеності яким напрямком слідувати. Але ж напрями кримінальної процесуальної діяльності прокурора у досудовому розслідуванні досить ґрунтовно регламентовані законом. Закриття кримінального провадження за результатами розслідування чи ухвалення виправдувального вироку за результатами судового розгляду не свідчать про «патологію» у діяльності прокурора. Останній, слідуючи приписам процесуального закону, діє у конкретному напрямі. Наприклад, прокурор виконує функцію обвинувачення і в результаті з'ясування обставин діяння, у зв'язку з яким розпочате досудове розслідування, ухвалює рішення закрити кримінальне провадження. У такому разі прокурор не відмовляється від здійснення функції обвинувачення, він протягом всього розслідування діє у цьому напрямі. Закриття кримінального провадження обумовлюється не тим, що прокурор не з'ясував якоїсь обставини. Навпаки, він, здійснюючи функцію обвинувачення, з'ясував обставини, які стають підставою для ухвалення цього рішення.

Окрім того, рішення про закриття кримінального провадження передбачене як один з допустимих у законі наслідків досудового розслідування (ст. 284 КПК). Тут доцільно наголосити на тому, що для визначення функцій прокурора у досудовому розслідуванні не має значення за якою саме з підстав приймається рішення про закриття провадження.

Відтак, ні рішення про закриття кримінального провадження за результатами досудового розслідування взагалі, ані різновиди цього рішення залежно від підстав закриття провадження не можуть бути чинником, який свідчить про

виконання прокурором (і в цілому стороною обвинувачення) дисфункцій. В іншому разі довелося би визнати, що прокурор виконує дисфункції: закриття кримінального провадження за відсутністю у діянні ознак кримінального правопорушення; закриття провадження у зв'язку з тим, набрав чинності закон, яким скасована кримінальна відповідальність за діяння, вчинене особою, тощо.

У певних випадках закриття кримінального провадження у стадії досудового розслідування навіть не залежить від волі чи розсуду прокурора. Це має місце у тих випадках, коли провадження закривається, наприклад, у зв'язку з неотриманням згоди держави, яка видала особу, на притягнення її до кримінальної відповідальності (п. 8 ч. 1 ст. 284 КПК).

Тому у випадках закриття кримінального провадження з підстав, передбачених законом, треба говорити не про дисфункцію, а про неможливість виконання функції обвинувачення прокурором з причин, що від нього не залежать і які визначені у процесуальному законі як підстави закриття кримінального провадження. Такий висновок стосується й інших функцій прокурора у досудовому розслідуванні.

У юридичній теорії висловлена думка про те, що дисфункцією кримінальної процесуальної системи в широкому сенсі є модель процесуальних дій (процесуальної діяльності) всієї сукупності органів та осіб, здійснення яких (-ої) у перебігу провадження у кримінальній справі перешкоджає забезпеченню від відповідальності та засудження невинної особи або забезпеченню справедливості покарання винного [8, с. 6]. Кримінальні процесуальні дисфункції у вузькому сенсі (дисфункції, здійснювані елементами кримінальної процесуальної системи) – це модель взаємозалежних і взаємообумовлених процесуальних дій (процесуальної діяльності) всіх органів та осіб, групи учасників та конкретного учасника процесу, здійснення яких (-ої) в перебігу провадження у кримінальній справі перешкоджає вирішенню одного із завдань, поставлених перед ними кримінальним процесуальним законодавством [12, с. 22]. З такими визначеннями дисфункцій у кримінальному процесі, в принципі, можна погодитися. Але

обов'язково з обмовкою про те, що вони не мають правового характеру, бо й сам автор у визначенні говорить про перешкоджання діями, які складають зміст дисфункції, вирішенню завдань кримінального процесу. Тобто, «патології» поведінки учасників мають місце у кримінальному процесі, але вони не є процесуальними.

Висновки. У досудовому розслідуванні законодавець не встановлює для прокурора обов'язку здійснювати дисфункції, фактично прокурор може здійснювати дисфункції, але вони не мають кримінального процесуального характеру.

Література:

1. Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України від 2 червня 2016 р. № 1401-VIII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1401-19>
2. Конституція України Конституція України // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>
3. Кримінальний процесуальний кодекс України : чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 1 груд. 2018 р. : (ОФЦ. ТЕКСТ). – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2018. – 408 с. – (Кодекси України)
4. Закон України «Про прокуратуру» // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18>
5. Рэдклифф Браун А. Р. Структура и функция в примитивном обществе. Очерки и лекции. Пер. с англ. – М. : Изд. фирма «Восточная литература» РАН, 2001. – 304 с.
6. Закон України від 21 червня 2001 р. «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України» // Відомості Верховної Ради України. – 2001. - № 34-35. – Ст. 187.
7. Закон України від 12 липня 2001 р. «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України» // Відомості Верховної Ради України. – 2001. - № 44. – Ст. 234.
8. Плеханов Г.В. Избранные философские произведения в 5-ти томах. – Т. 2: (в защиту диамата и истмата, против ревизионизма). – М.: Госполитиздат, 1956. – 824 с.

9. Лобойко Л. М. Реформування кримінально-процесуального законодавства в Україні (2006-2011 роки). Частина 1: Загальні положення і досудове провадження. – К. : Істина, 2012. – 288 с.

10. Городецька М. С. Кримінально-процесуальна компетенція слідчого органів внутрішніх справ : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 – кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність / М. С. Городецька. – Дніпропетровськ, 2009. – 224 с.

11. Кравченко С. А. Социология : парадигмы через призму социологического воображения. – М. : Экзамен, 2003. – 512 с

12. Чернышев В. А. Проблема функций в российской науке уголовного процесса : автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Уголовный процесс; криминалистика; теория оперативно-розыскной деятельности / В. А. Чернышев. – Ижевск, 1999. – 23 с.

УДК 342.72 / 73:343.13

Юрчишин В.М.,

доктор юрид. наук, доцент,
завідувач кафедри кримінальної юстиції
Чернівецького юридичного інституту
Національного університету
«Одеська юридична академія»,

Гуцуляк М.Я.,

доцент кафедри кримінально-правових
дисциплін та ОРД
Прикарпатського факультету
(м. Івано-Франківськ) НАВС

ОСОБЛИВІ МЕТОДИ РОЗСЛІДУВАННЯ ВІДПОВІДНО КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ФРН

У статті досліджуються питання, що стосуються проведення негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному процесі Федеративної Республіки Німеччина, та, зокрема, використання особливих методів розслідування.

Аналізується здійснення контролю та запису телефонних переговорів, оптичного контролю за допомогою технічних засобів, акустичного контролю непублічних розмов, прослуховування житлових приміщень та інших слідчих та оперативно-розшукових заходів.

Ключові слова: житлові приміщення, злочин, контроль, методи, прослуховування.

В статье исследуются вопросы, касающиеся проведения негласных следственных (розыскных) действий в уголовном процессе Федеративной Республики Германия и, в частности, использования особых методов расследования. Анализируется осуществление контроля и записи телефонных переговоров, оптического контроля с помощью технических средств, акустического контроля непубличных разговоров, прослушивания жилых помещений и других следственных и оперативно-розыскных мероприятий.

Ключевые слова: жилые помещения, контроль, методы, преступление, прослушивание.

The article examines issues related to the conduct of covert investigative (investigative) actions in the criminal process of the Federal Republic of Germany and, in particular, the use of special investigative techniques. Analyzed the monitoring and recording of telephone conversations, optical monitoring using technical means, acoustic monitoring of non-public conversations, listening to residential premises and other investigative and operational-search measures.

Key words: residential premises, control, methods, crime, listening.

Постановка проблеми. Важливим інструментом у боротьбі зі злочинністю виступає проведення негласних слідчих (розшукових) дій, які є різновидом слідчих (розшукових) дій, однак відомості про факт та методи їх проведення розголошенню не підлягають, за винятком випадків, передбачених Кримінальним процесуальним кодексом України

(далі – КПК). Їх каталог, який був сформований із прийняттям чинного КПК 2012 року, а також процесуальні підстави та порядок їх проведення закріплені главою 21 КПК.

Цікавим у цьому контексті бачиться досвід зарубіжних науковців та практиків, зокрема у ФРН, які багато в чому виступили ініціаторами впровадження та розробниками таких методів оперативно-розшукової та слідчої діяльності.

Аналіз дослідження даної проблеми. Питанням порівняльного правознавства та, зокрема тим, які стосуються кримінального процесу ФРН, приділяють свою увагу чимало зарубіжних науковців. Варто відзначити праці А.Е. Жалінського, В.В. Луцика, А.В. Молдована, А.А. Рьоріхт, В.І. Самаріна, П.М. Черепія, Ф.І. Фелика, Б.О. Філімонова та інших. Однак особливості процесуального порядку застосування особливих методів розслідування та проведення інших негласних слідчих (розшукових) дій у ФРН майже не досліджувались, що і буде метою нашої статті.

Виклад основного матеріалу. Ще на початку 60-х роках минулого століття почали лунати думки з приводу того, що ріст злочинності, поява нових її видів та форм вимагають і нових шляхів їх подолання. Чи не найбільш жваві дискусії серед німецьких правників викликали питання щодо обмеження права на таємницю поштово-телеграфної кореспонденції та телефонних переговорів, а також можливості таємного прослуховування приміщень.

У ст. 10 Основного Закону ФРН задекларовано, що таємниця листування, телеграфного та іншого електрозв'язку непорушна. 24 червня 1968 року наведену норму було доповнено новелою, спрямовану на її обмеження. У ній говориться, що якщо конкретне обмеження слугує захисту основ вільного демократичного устрою чи існування федерації або однієї із земель, а також забезпеченню їх безпеки, то закон може передбачити, що факт обмеження не повідомляється зацікавленій особі і що замість судового захисту здійснюється контроль зі сторони спеціальних і допоміжних органів, що формуються народним представництвом [1, с. 29].

Підставою для виправдання цього обмеження стала необхідність збереження застосовуваних заходів у таємниці. На підставі цієї новели 13 серпня 1968 р. було прийнято Закон «Про обмеження таємниці листування, поштових, телеграфних, телефонних та інших повідомлень» (G 10), який 26 червня 2001 р. був замінений іншим законом під такою ж назвою.

Ці новели стали поштовхом до внесення відповідних змін до КПК, де було згодом закріплено сучасні негласні слідчі (розшукові) дії, як це бачиться законодавцем ФРН.

Контроль та запис телефонних переговорів регулюється §100a КПК ФРН та детально підзаконними актами. Відповідно до цього параграфу, контроль та запис телефонних переговорів можуть проводитися, коли певні факти говорять про те, що хто-небудь в якості виконавця чи співучасника скоїв кримінально каране діяння або у випадках, коли замах є караним, намагався чи готував скоєння кримінально караного діяння і якщо з'ясування обставин справи чи встановлення місця перебування обвинуваченого іншим способом неможливе або суттєво ускладнене [2, с. 118-119].

Відповідно – контроль може бути встановлено лише відносно обмеженого кола осіб – обвинуваченого чи осіб, які з ним зв'язані та передають йому інформацію.

Передумовою запровадження вказаної норми у сучасному її вигляді став Закон «Про боротьбу з нелегальною торгівлею наркотиками та іншими формами організованої злочинності» (OrgKG) від 15 липня 1992 року, яким планувалося введення у кримінальне та кримінально-процесуальне законодавство й інших новел у сторону обмеження суб'єктивних прав громадян.

Як відзначив А. Йорг (A. Jorg), прийняттю цього закону передували гострі дискусії відносно так званого «малого прослуховування» (kleiner Lauschangriff), яке передбачало можливість здійснення запису переговорів в житлі та проведення відео- та фотозйомок у випадку, коли у приміщенні присутній оперативний співробітник (verdeckter Ermittler). У Бундестазі тоді з цього приводу виникло питання: чи не є «мале прослуховування» недопустимим втручанням у право на

недоторканність житла? В результаті верх взяли конституційно-правові заперечення проти порушень Основного Закону і «мале прослуховування» не відбулось [3, с. 22-23]. Однак було визнано допустимим контроль телефонних переговорів та розширено каталог злочинних діянь, при вчиненні яких він допускався (зокрема, до нього увійшли злочини проти миру, державна зрада, загроза демократичній правовій державі, шпіонаж, розголошення державної таємниці при обтяжуючих вини обставинах, загроза зовнішній безпеці, підкуп депутатів, злочини проти оборони держави та ін.). Це стало певним компромісом між органами кримінального переслідування, які вимагали більш рішучих заходів при боротьбі зі злочинністю, та противниками подібних втручань у сферу основних прав та свобод людини і громадянина.

Проте перші вимагали подальшого розширення своїх повноважень. Наслідком їх аргументів стало прийняття наступних законів, якими передбачались додаткові слідчі та оперативно-розшукові заходи: зокрема, Закону «Про боротьбу зі злочинністю» від 1994 року та інших законів, якими вносились зміни до Основного Закону та КПК ФРН. У 1997 році КПК було доповнено параграфами 100с–100і, у яких передбачались додаткові обмеження правової держави у ФРН.

У деяких підручниках вони носять назву “особливих методів розслідування” [4, с. 300].

До них належать:

1) Оптичний контроль за допомогою технічних засобів (§§100с, 163е КПК ФРН).

Як відмічається в літературі, ці приписи вимагають посиленої урегульованості. Однак визнається, що з державно-правової точки зору вона є не зовсім вдалою [5, с. 1148].

Можливість застосування такого контролю бачиться законодавцем з огляду на дотримання вимоги щодо поваги до людської гідності та у кожному випадку відповідно до принципу співвідносності. Під «не зовсім вдалою урегульованістю» німецькі юристи розуміють недосконалість законодавства, що нерідко призводить до зловживань з боку органів кримінального переслідування та вихід за межі вимог законодавства.

Відповідно до §100с абзацу 1 КПК ФРН без відома зацікавлених осіб може бути виданий припис про застосування технічних засобів спостереження при розслідуванні злочинів, які мають особливе значення, якщо з'ясування істини у справі чи встановлення місця перебування обвинуваченого іншим способом буде неможливим або суттєво ускладненим.

Як роз'яснює Верховний Суд ФРН, такий контроль можливий лише за межами житла особи. Технічними засобами спостереження називаються: фото-, кіно-, відеокамери, прилади нічного бачення, радіомаячки та система «Global Positioning System» (GPS) [6, с. 342], яка дозволяє контролювати автомобільний транспорт.

Ранфт О. навів такий приклад ефективності роботи системи «GPS»: «В автомобіль обвинувачених, які підозрювались у перевезенні вибухових речовин, було інстальоване GPS. Вона заблокувала рух автомашини, вибухівку було вилучено» [4, с. 308]. Мейср-Госнер Л. (L. Meyer-Gößner) з цього приводу пояснив, що система керується через супутник, дозволяє знайти певний автомобіль, вирахувати його швидкість та інші параметри, а також при потребі припинити його рух у певному місці [6, с. 342].

2) Акустичний контроль неpubлічних розмов (§100с абзац 1 №2 КПК ФРН) у справах про особливо небезпечні злочини. У літературі цей вид контролю називають «малим прослуховуванням», однак його не слід плутати із тим, який пропонувалося запровадити відповідно до Закону «Про боротьбу з нелегальною торгівлею наркотиками та іншими формами організованої злочинності».

Під неpubлічними (приватними) розмовами, як роз'яснив Верховний Суд ФРН, слід розуміти прослуховування та запис на плівку розмов у кімнатах для відвідувань в місцях попереднього ув'язнення, що виключає втручання у приватну сферу обвинуваченого чи його родичів [7, с. 523]. Проте, за загальним правилом, ця норма чомусь дозволяє також прослуховування розмов в автомашині обвинуваченого за допомогою радіомікрофонів («жучків») [4, с. 310], що, на нашу думку, є не чим іншим, як безпосереднім та таємним втручанням у сферу

особистого життя обвинуваченого, що викликає сумніви з огляду на можливість його допустимості.

3) Прослуховування житлових приміщень («велике прослуховування») (§100с абзац 1 №3 КПК ФРН).

Цей вид прослуховування викликав з моменту його запровадження німецьким Бундестагом у 1998 році чи не найбільше дискусій серед науковців та практиків, а також і звичайних громадян ФРН, оскільки означає суттєве втручання у сферу конституційних прав та свобод громадян.

Щоправда, при застосуванні «великого прослуховування» законодавець вказав на ряд застережень, серед яких:

- дозволяється прослуховування житла лише обвинуваченого;
- житла інших осіб – лише на підставі конкретних фактів, що обвинувачений знаходиться там, а не з метою з'ясування обставин справи;
- лише у справах про особливо небезпечні злочини, каталог яких подається у §100а КПК ФРН (частково поданий вище);
- на строк не більше чотирьох тижнів, проте продовження можливе;
- лише комісією у складі трьох суддів Земельного суду, у невідкладних випадках – головою цього суду [4, с. 310-311].

Однак забезпечити цілковите дотримання законності при прослуховуванні житла навряд чи можливо, на що вказують німецькі правники. Буркгард Гірш (Burkhard Hirsch) з цього приводу сказав, що перед «жучками» усі рівні. У буквальному сенсі вже не залишилося жодного місця, де би приватні розмови були захищені від прослуховування та запису з боку держави. Адже прослуховують не лише обвинуваченого, а й його батьків, дітей, друзів, колег по роботі та усіх інших, з ким він вступає у контакти [8, с. 135].

Зрештою, не дивлячись на усі застереження законодавця щодо меж застосування акустичного чи оптичного контролю, можна вести мову про можливість тотального прослуховування громадян ФРН, що дозволяють зробити «стратегічні» підстави

відповідно до Закону «G 10», згідно з яким можна уникнути судового контролю за переглядом поштово-телеграфної кореспонденції, прослуховуванням житла чи інших приміщень, а також оптичним спостереженням (рішення приймає відповідне Федеральне міністерство за згодою Парламентської комісії). Проте це зовсім не означає, що таке рішення приймається у кожному конкретному випадку. Прослуховування відбувається за допомогою комп'ютерної техніки, запис переговорів здійснюється автоматично, коли програма із маси розмов виділяє певні окремі слова, які можуть вказувати на злочинну діяльність (наприклад, «наркотики», «партія», «захоплення» та інші), та включає запис.

Як зауважив Б. Гірш, про обсяг кримінально-процесуального контролю, його тривалість, кількість підключень до розмов та їх учасників, успіх проведених заходів та їх вартість немає жодних підтверджених даних. Не володіє такою інформацією і Федеральний уряд [8, с. 132].

Проводить «стратегічне прослуховування» Федеральна інформаційна служба (BND) та її структурні підрозділи. Юрген Зайферт (Jürgen Seifert) назвав її діяльність незаконною, а її саму – «безконтрольною таємною поліцією» [9, с. 118].

Чимало публікацій цій темі присвятила суддя Ільзе Бехтгольд (Ilse Bechthold), яка назвала «велике прослуховування» «кінцем приватної сфери», оскільки під дію цієї новели підпали і особи, які володіють процесуальним правом на відмову від давання показань. Серед них і родичі, і лікарі, і адвокати, і журналісти [10, с. 153, 154]. У іншій статті вона назвала його «шпигунством у судовій практиці» [11, с. 142].

4. Застосування інших технічних засобів за межами житлових приміщень (§ 100h КПК ФРН).

Без відома зацікавлених осіб за межами житлових приміщень можуть бути встановлені

приховані фотокамери,

інші призначені для спостереження технічні засоби,

Вказані заходи можуть бути проведені і в тому випадку, коли неминуче будуть зачеплені інтереси третіх осіб.

5. «IMSI-Catcher» (§ 100i КПК ФРН).

Якщо певними фактами обґрунтовується підозра, що хто-небудь в якості виконавця чи співучасника вчинив кримінально каране діяння підвищеної суспільної небезпеки, у випадках, коли замах є кримінально караним, намагався вчинити злочин або готувався до його вчинення, то за допомогою технічних засобів можуть бути встановлені

ідентифікаційні номери мобільного телефонного пристрою і використовуваної в ньому карти, а також

місце розташування такого пристрою, якщо це необхідно для з'ясування обставин справи або встановлення місця перебування обвинуваченого.

Під ідентифікаційними номерами мобільного телефонного пристрою та використовуваної в ньому карти маються на увазі кодові знаки розпізнавання IMEI (International Mobile Equipment Identity – номер пристрою) та IMSI (International Mobile Subscriber Identity – номер карти). Останній є загальним, видається один раз і відомий лише власнику мережі [2, с. 133].

Висновки. Використання особливих методів розслідування та проведення інших негласних слідчих (розшукових) дій виконує у ФРН важливу роль у при розкритті та розслідуванні злочинів підвищеної суспільної небезпеки. Подібні дії проводяться і в межах кримінального провадження у нашій державі. Однак процесуальний порядок їх проведення, форми та методи мають свої відмінності у різних державах, які потребують детального вивчення.

Література:

1. Федеративная Республика Германия. Конституция и законодательные акты: Пер. с нем. / Редкол: В.А. Туманов (пред.) и др.; Сост. Т.М. Морщакова; Под ред. и со вступ. ст. Ю.П. Урьеса. Москва: Прогресс, 1991. 472 с.
2. Савченко В. А., Соловій Я. І., Юрчишин В. Д., Фелик В. І. Основи кримінального процесу ФРН: Навч. посібник. Харків: Право, 2017. 372 с.
3. Йорг Арнольд. Ограничения правового государства в германском уголовно-процессуальном праве. *Конституционное право: Восточноевропейское обозрение*. 1999. №3 (28). С. 22.

4. Ranft O. Strafprozeßrecht. Systematische Lehrdarstellung für Studium und Praxis. 3., neu bearbeitete Auflage, R. Boorberg Verlag, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2005. 761 s.
5. Kühne H. Juristenzeitung. 2001. S. 1148.
6. Meyer-Goßner L. Strafprozeßordnung. GVG, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen. 48 neu bearbeitete Aufl. München: C.H. Beck, 2005. 2095 s.
7. BGH StV. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen. Strafverteidiger. 98. 523.
8. Hirsch Burkhard. Vor der Wanze sind alle gleich. Grundrechte-Report. Zur Lage der Bürger- und Menschenrechte in Deutschland. Hamburg. Rowohlt Taschenbuch Verlag, 1997. S. 135.
9. Seifert Jürgen. BND: Der Unkontrollierbare Mithörer // Grundrechte-Report. Zur Lage der Bürger- und Menschenrechte in Deutschland. Hamburg. Rowohlt Taschenbuch Verlag, Juni 1997. S. 118.
10. Bechthold Ilse. Der Große Lauschangriff: Ende der Privatsphäre // Grundrechte-Report 1998: zur Lage der Bürger- und Menschenrechte in Deutschland. Hamburg. Rowohlt Taschenbuch Verlag, 1998. S. 153–154.
11. Bechthold Ilse. Befugnisse durch die Hintertür // Grundrechte-Report. Zur Lage der Bürger- und Menschenrechte in Deutschland. Hamburg. Rowohlt Taschenbuch Verlag, 1997. S. 135.

VI. МІЖНАРОДНЕ ПРАВО ТА ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВознавство

УДК 341.645

Волощук О.Т.,

канд. юрид. наук, доцент,
завідувач кафедри міжнародного та митного права
Чернівецького юридичного інституту
Національного університету
«Одеська юридична академія»

ГІБРИДНА ВІЙНА ЯК НОВІТНЯ ФОРМА АГРЕСІЇ ТА ФОРМА ГЛОБАЛЬНОГО ПРОТИСТОЯННЯ В СУЧАСНИХ МІЖНАРОДНИХ ВІДНОСИНАХ

У цій статті розглядається гібридна війна як новітня форма міжнародного конфлікту в сучасних міжнародних відносинах. Автор аналізує поняття, природу та ознаки (основні складові) гібридної війни. Особлива увага приділяється шляхам протидії гібридним війнам. Автор дійшов висновку, що сьогодні існує актуальна проблема прийняття універсальної дефініції «гібридна війна» на універсальному рівні. Невизначеність цього поняття дозволяє суб'єктам, винним у вчиненні агресії, ухилятися від відповідальності, а це суперечить принципу невідворотності кримінального покарання. Прийняття такого визначення сприятиме запобіганню злочинам агресії у формі гібридної війни та дозволить ефективніше боротися із сучасними проявами агресії на міжнародній арені.

Ключові слова: війна, новітні форми війни, гібридна війна, міжнародний злочин, міжнародні відносини, визначення гібридної війни.

This article describes the hybrid war as the latest form of international conflict in contemporary international relations. The author analyzes the concept, nature and features (the main

components) of the hybrid war. Ways of countering hybrid warfare are paying attention. The author came to the conclusion that today there is an actual problem of adopting the universal definition of "hybrid war" on a universal level. The uncertainty of this concept allows subjects who are guilty of committing aggression to evade responsibility, which contradicts the principle of the inevitability of criminal punishment. The adoption of such a definition will help to prevent the crimes of aggression in the form of hybrid warfare and will more effectively combat the modern manifestations of aggression in the international arena.

Keywords: war, modern forms of war, hybrid war, international crime, international relations, definition of hybrid war.

Постановка проблеми. Феномени війни і миру існували від початків державотворення, були в центрі уваги правителів і військових. Війна є реальною складовою частиною навколишнього світу, частиною людського буття. Порівняно з іншими суспільними явищами тільки війна, як правило, з'являлася майже нізвідки і могла дуже довго тривати. За підрахунками істориків лише 250 років людська цивілізація існувала без збройних конфліктів. І нині, на жаль, це ганебне явище не викорінено із практики міжнародних відносин. У минулому столітті I і II світові війни сколихнули увесь світ жорстокістю, кількістю понівечених доль та загиблих. Збройні конфлікти на теренах колишньої Югославії, у Чечні, в Афганістані, в Придністров'ї, в Лівії, на території Донбасу теж ще раз продемонстрували, які є наслідки збройного протистояння. Безумовно, статистика вражаюча. Міжнародна спільнота, об'єднавшись у рамках ООН, зробила значні зрушення в плані протидії актам застосування сили чи погрози її застосування в міжнародних відносинах, закріпивши це положення у якості імперативної норми міжнародного права (основного принципу міжнародного права), однак, як відомо, завдяки НТП, з'являється новітня зброя, вдосконалюються засоби і методи ведення війни, загалом видозмінюється саме поняття «війна», яка вже передбачає новітні, більш досконалі її форми. Однією із таких новітніх форм війни є гібридна, яка все

частіше практикується сильними державами проти слабших (Придністровський конфлікт, Російсько-грузинська війна, війна на території Донбасу тощо) як форма глобального протистояння на міжнародній арені.

Аналіз дослідження даної проблеми. Не дивлячись на таке інтенсивне використання цієї новітньої форми війни на міжнародній арені, потрібно відмітити, що саме поняття та природа цього явище доволі слабо досліджені на рівні доктринальних досліджень, науковці, зокрема, М. Айшервуд, Є. Магда, Л. Савін, В. Власюк, І. Тодоров, Г. Динис, І. Руценко тощо передусім аналізують наслідки гібридної війни, зупиняючись доволі поверхнево на питаннях її сутності, природи та характерних рисах, тим більше на способах протидії. Аналогічна ситуація і на нормативному рівні (як міжнародному, так і внутрішньонаціональному) – відсутнє визначення, яке б дало змогу кваліфікувати ті чи інші діяння як акти вчинення гібридної війни. Враховуючи такий стан, вважаємо, що ці питання є актуальними і вимагають доволі прискіпливої уваги зі сторони як науковців, так і юристів-практиків, особливо враховуючи те, що Україна втягнута у стан гібридної війни РФ, яка вже протягом тривалого періоду часу є не тільки розробником концепції гібридної війни, а й активним її втілювачем у практиці міжнародних відносин (Придністров'я, Південна Осетія та Абхазія, Нагірний Карабах).

Мета статті полягає у дослідженні поняття, природи та основних ознак гібридної війни, а також окресленні шляхів протидії цьому негативному явищу, яке вкоренилося нині у практиці міжнародних відносин.

Виклад основного матеріалу. Протягом останніх кілька десятиріч років у військово-політичному дискурсі вкорінився новий термін - «гібридні» війни (від лат. *hibrida, hybrida* - помісь), які вважаються війнами нового типу, що поєднують класичні методи військових операцій з партизанською війною, тероризмом, інформаційною війною (кібервійною), біологічною тощо.

Поняття «гібридна війна» («*hybrid warfare*») вже введені в офіційну термінологію західної військової політики. Так, в

підсумковому документі, прийнятому на саміті НАТО у вересні 2014 року в Південному Уельсі, в п. 13 йдеться про необхідність підготовки Північноатлантичного військового альянсу до того, «щоб НАТО була здатна ефективно долати конкретні виклики, що виникають у зв'язку з погрозами гібридної війни, при веденні якої застосовується широкий ряд тісно взаємопов'язаних відкритих і замкнутих військових, воєнізованих та цивільних заходів» [1]. Учасники альянсу розглядають гібридні війни як широкий набір бойових дій, таємних операцій, здійснюваних партизанськими формуваннями, із залученням цивільних компонентів, а також як боротьбу з пропагандистськими кампаніями, кібератаками і місцевим сепаратизмом. Для здійснення комунікацій та проведення навчань з відпрацювання дій в гібридній війні навіть був створений спеціальний навчальний центр в Латвії (Strategic Communications Centre of Excellence). Однак, як слушно зауважується у юридичній літературі, незважаючи на таке широке використання терміну «гібридна війна», немає чіткого розуміння, що саме являє цей феномен, яка його природа та сутнісні характеристики. І такий стан об'єктивно обумовлений – відсутнє універсальне визначення цього явища, відповідно науковці, які досліджують проблематику гібридних війн, вкладають у зміст цього поняття різні важливі, на їхню думку, риси та елементи.

Автором концепції гібридної війни був американський військовий та науковець Ф. Г. Хоффман, який звернув увагу на те, що сучасні конфлікти можуть бути охарактеризовані як мультимодальні, тобто такі, що ведуться за допомогою різних способів, та багатоваріантні, тобто такі, що випадають із звичайних меж простої конструкції ведення війни [2]. Гібридні загрози за Хоффманом передбачають різноманітні режими ведення війни (стандартне озброєння, нерегулярні тактики, терористичні акції, кримінальний хаос) для досягнення політичних цілей, які можуть втілюватись не тільки державами, а й недержавними акторами.

Незважаючи на інтенсивне втілення цієї концепції у практиці міжнародних зносин, сама дефініція «гібридної війни» у міжнародно-правових документах відсутня. Те саме

спостерігається і в рамках внутрішньодержавного права багатьох держав. Зокрема, в Україні, яка втягнута у таких вид війни, у Воєнній доктрині України не має положень, які б розкривали сутність цього поняття. Тому для з'ясування цього поняття потрібно звернутися до аналізу правової доктрини.

Проведене вірменським науковцем Р. В. Арзуманяном дослідження дозволило йому об'єднати схожі дефініції гібридної війни у 6 підходів щодо розуміння її сутності [3, с. 22]: гібридна війна:

це такий вид збройного конфлікту, де військова стратегія акумулює в собі елементи звичайної, малої та кібервійни;

це складна та гнучка динаміка бойового простору, яка передбачає швидку реакцію та адаптацію учасників протистояння;

це війна, яка в процесі якої атака здійснюється з використанням різних видів зброї (ядерної, біологічної, хімічної), а також саморобних знарядь для терористичних атак та інформаційного тиску;

це основний метод у асиметричній війні, яка ведеться на трьох умовних фронтах – серед населення конфліктної зони, тилового населення та міжнародної спільноти;

це сучасний вид партизанської війни, яка поєднує сучасні технології та методи мобілізації;

це будь-які дії ворога, який швидко та гнучко використовує найрізноманітніші комбінації дозволеної зброї, партизанську війну, тероризм, злочини на полі бою і всі інші можливі засоби для досягнення політичних цілей.

Разом з цим в літературі існує безліч інших визначень гібридної війни. Зокрема, на думку вітчизняних дослідників В. В. Власюка та Я. В. Кармана, гібридна війна – це специфічний сучасний вид війни, для якого властивим є використання різноманітних засобів нападу та оборони держав, що виходять за рамки конвенційно-визначених варіантів та видів ведення війни [4].

Д. Кілгаллен, автор книги «Випадковий партизан» стверджує, що термін гібридна війна – це найкраще визначення сучасних конфліктів, але автор підкреслює, що вона включає в

себе комбінацію партизанської та громадянської воєн, а також заколоту і тероризму [5].

На думку О. Нікітіна, генерал-майора у відставці, військового експерта, під гібридною війною слід розуміють війну з використанням всіх наявних засобів за винятком прямого застосування збройної сили. На його переконання, пропаганда і дипломатія, економіка і фінанси – все пускається в хід для нанесення максимальної шкоди супротивникові, аж до провокування соціальних заворушень на його території і збройних конфліктів на кордонах [6].

Нам імпонує дефініція запропонована Є. М. Магдою: гібридна війна – це такий вид війни, яка характеризується сукупністю заздалегідь підготовлених і оперативно реалізованих дій військового, дипломатичного, економічного, інформаційного характеру, спрямованих на досягнення стратегічних цілей [7]. З цього визначення можна чітко виділити основні складові гібридної війни: загрози різного характеру (традиційні, нетрадиційні); тероризм та підбивні дії.

Загалом у юридичній літературі серед найбільш характерних ознак так званої гібридної війни наводяться наступні [8]:

збройний напад відбувається без офіційного оголошення;
приховування участі держави-агресора у розв'язанні війни та його нехтування нормами як нормами міжнародного права у цілому, так і нормами міжнародного гуманітарного права зокрема;

використання нерегулярних збройних формувань;
невиконання міжнародних домовленостей;
застосування «брудних» інформаційних технологій щодо пропаганди та контрпропаганди та протистояння в кіберпросторі;

взаємні заходи тиску політичного та економічного характеру.

З наведеного випливає, що типовими методами, за допомогою яких держава-агресор, що знаходиться осторонь від воєнних дій, виконує поставлені цілі, є: інформаційна війна; економічна війна; сприяння та роздмухування сепаратистських

тенденцій та тероризму; сприяння формуванню та підтримка повстанських загонів. Особливо небезпечною є інформаційна війна.

Термін «інформаційна війна» використовував одним з перших Т. Рона в аналітичному звіті для компанії Боїнг «Системи зброї і інформаційна війна» в 1976 р. [9]. Власне, з того моменту починається формування розуміння того, що інформація може бути зброєю. А з урахуванням того, що розвиток економік країн Європи і США засновано на прориві в інформаційно-телекомунікаційних технологіях, то цей сектор стає особливо вразливим як у воєнний, так і в мирний час. Тут необхідна деталізація напрямків впливу інформаційної зброї. Її застосування відбувається за двома напрямками щодо об'єктів впливу: вплив на інформаційні засоби і системи противника і вплив на свідомість людей.

Перший напрямок отримав ще назву кібервійни, коли атакам піддається технічне обладнання і системи його програмного забезпечення. У світі існують цілі наукові інститути, які розробляють все нові і нові комп'ютерні віруси, вірусні програми та інші засоби виведення з ладу комп'ютерів або крадіжки інформації.

Другий напрямок – це старі способи пропаганди і агітації, контрпропаганди і контрагітації, але досі небувалих по своїй силі висоти по витонченості і масовості впливу на розуми людей. Використовується відверта брехня і підробка інформації (набув поширення термін «фейкова» війна, від англ. fake – підроблений).

Якщо метою першого напрямку є нанесення шкоди життєзабезпечуючих систем держави-супротивника (в галузях енергетики, оборони, управління і ін.), то другий – направлено на досягнення масової психологічної обробки людей з метою дестабілізації політичної ситуації в країні.

Найбільш відомим визначенням інформаційних воєн стало таке: «... це вид конфлікту, при якому завданнями конфліктуючих сторін є захист власної інформації та інформаційних систем, маніпулювання інформацією противника

або її спотворення, а також обмеження можливостей супротивної сторони в доступі і обробці інформації» [10, с. 3].

Безумовно, світ не відмовився від колишніх форм ведення війни. Зброя і раніше стріляє, приносячи руйнування і людські втрати, але такі війни локалізувалися в окремих регіонах планети. Величезною ж перевагою інформаційної війни є те, що без єдиного пострілу можна опанувати ресурсами держави, якщо перепрограмувати поведінку супротивника, переконавши, наприклад, суспільство в єдино вірних західних цінностях. Розроблено технологію такого перепрограмування, першими об'єктами якої є владна еліта і молодь.

Проведений аналіз доктринальних джерел щодо розуміння гібридної війни дозволяє дати авторську дефініцію. Гібридну війну («hybrid warfare») можна визначити як специфічний сучасний вид війни без офіційного оголошення, в ході якої політичні цілі держави-агресора досягаються за допомогою завчасно розроблених, підготовлених та оперативно реалізованих дій військового, економічного, інформаційного, дипломатичного характеру. При цьому важливо розуміти, що в умовах ведення гібридних воєн може застосовуватися широкий спектр різноманітних засобів та методів, зокрема: політична дестабілізація, підрив економічної безпеки країни-жертви, проведення інформаційно-ідеологічних операцій із застосуванням регіональних та міжнародних ЗМІ, створення осередків соціальної напруги на національно-етнічному підґрунті, розпалювання міжнаціональної ворожнечі, створення та фінансування сепаратистських утворень та терористичних груп, направлення на територію зацікавленості диверсійно-розвідувальних груп, підкуп та шантаж високопосадовців, створення агентурної мережі на ключових державних посадах, заснування контрольованих політичних рухів та партій. Не менш важливою кваліфікуючою ознакою гібридної війни є те, що дійсна держава-агресор не визнає себе у такій якості і всілякими засобами намагається приховати або завуалювати свою участь у підготовці та вчиненні актів агресії. Як видається, це несе в собі надзвичайно серйозну загрозу миру та безпеці світу, оскільки може призводити до унеможливлення навіть постановки

питання про притягнення до відповідальності такої держави за вчинення агресії у рамках міжнародного права, а відтак - до уникнення відповідальності. Тому власне сильні держави нині надають перевагу саме цьому виду агресії.

З метою уникнення подібних ситуацій можна запропонувати шляхи протидії гібридним війнам.

По-перше, на рівні міжнародного права дати визначення «гібридної війни». Для цього призначити в рамках Комісії ООН з кодифікації та прогресивного розвитку міжнародного права спеціального доповідача та створити за його керівництвом спецгрупу по розробці проекту визначення «гібридної війни». Прийняття такого визначення на рівні міжнародного права дозволить притягати до відповідальності за агресію усіх причетних суб'єктів.

По-друге, аналогічну спецгрупу створити при Міжнародному кримінальному суді. Доповнення ст. 5 Римському статуту МКС положенням про гібридну війну як одного із актів агресії дозволить розширити юрисдикцію МКС.

По-третє, варто у рамках ООН та НАТО більш тісно співпрацювати в плані протистояння новим проявам агресії, зокрема гібридній війні, та вироблення спільної стратегії боротьби із цим негативним явищем.

Висновки. Отже, проведене дослідження окресленої проблематики засвідчило суттєве упущення норм міжнародного права в плані визначення поняття «гібридна війна». Безперечно, невизначеність цього поняття дозволяє суб'єктам, винним у вчиненні агресії, ухилятися від відповідальності, а це суперечить принципу невідворотності кримінального покарання. Відповідно потрібно на міжнародному рівні створити робочу групу, яка б ґрунтовно вивчила феномен гібридної війни, сформулювала універсальне його визначення та окреслила кваліфікуючі ознаки з метою притягнення винних у разі вчиненні таких діянь до відповідальності.

Література:

1. Wales Summit Declaration. Issued by the Heads of State and Government participating in the meeting of the North Atlantic Council in

Wales. 05 Sep. 2014. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.nato.int>

2. Major Shane R. Reeves, Major Robert E. Barnsby The New Griffin of War. Hybrid International Armed Conflicts // Academic journal article «Harvard International Review» 2013 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.questia.com/library/journal/new-griffin-of-war-hybrid-international-armed>

3. Арзуманян Р. В. Определение войны в 21 веке. Обзор XXI ежегодной конференции по стратегии Института стратегических исследований Армейского военного колледжа, 6-8 апреля 2010 / Р. В. Арзуманян. Ереван, 2011. С. 22-39.

4. Власюк В. В., Карман Я. В. Деякі основи поняття “гібридна війна” в міжнародному праві / В. В. Власюк, Я. В. Карман : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lcslaw.knu.ua/index.php/>

5. Kilcullen D. : The Accidental Guerrilla / C.Hurts & CO., 2009. 306 p.

6. Гибридная война // Topwar. 2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://topwar.ru/60623-gibridnaya-voyna.html>

7. Магда Є. М. Гібридна війна: сутність та структура феномену / Є. М. Магда : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://journals.iir.kiev.ua/index.php/pol_n/article/viewFile/2489/2220

8. Методичні матеріали з воєнно-ідеологічної підготовки особового складу Збройних сил України на 2015 навчальний рік : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : mil.univ.kiev.ua/files/67_1074163600.doc

9. Thomas P. Rona. Weapon Systems and Information War, Boeing Aerospace Co., Seattle, WA, 1976.

10. Бедрицкий А.В. Эволюция американской концепции информационной войны // Аналитические обзоры РИСИ. 2003. № 3.

VII. РЕЦЕНЗІЇ

Юрчишин В.М.,

доктор юрид. наук, доцент,
завідувач кафедри кримінальної юстиції
Чернівецького юридичного інституту
Національного університету
«Одеська юридична академія»

РЕЦЕНЗІЯ

**на монографію Сачка Олександра Васильовича за темою:
«Проблеми реалізації верховенства права при застосуванні
особливих форм та режимів кримінального провадження».**

Інтеграція України до Європейського союзу, а також обраного нашою державою Європейського курсу кримінального судочинства потребує нових підходів в боротьбі із злочинністю у практичній діяльності працівників органів внутрішніх справ, прокуратури та суду.

Актуальність та своєчасність даного монографічного дослідження не викликає сумнівів.

Позитивними моментами роботи вбачається те, що в процесі монографічного дослідження відпрацьована технологія ефективної діяльності при реалізації верховенства права щодо застосування особливих форм та режимів кримінального провадження.

Наукова новизна дослідження також не викликає сумнівів й полягає в конкретизації, з урахуванням слідчої та судової практики, основних існуючих концепцій кримінально-процесуальної науки. Автору вдалось збалансувати теоретичні і практичні проблеми, зробити наголос на найбільш пріоритетних питаннях і актуальних проблемах, внести свої пропозиції щодо удосконалення законодавства та практики його застосування.

До позитивних моментів роботи слід віднести й той факт, що на основі отриманих результатів монографічного дослідження, автором не лише окреслюються окремі проблемні питання, а й вноситься система пропозицій і рекомендацій щодо вдосконалення процесуального законодавства та практики його застосування.

В монографії зосереджується увага на ряді нових положень та висновків, що можуть мати позитивний вплив для науки кримінального процесу та слідчої практики. Удосконалено окремі важливі юридичні дефініції.

Розглянуто проблеми реалізації верховенства права при застосуванні особливих форм та режимів кримінального провадження та особливості їх реалізації.

Слід також відзначити, що дане монографічне дослідження має не лише теоретичне, а й практичне значення, яке полягає в тому, що результати дослідження мають великий прикладний характер їх застосування.

Структура роботи правильна. Розділи і окремі параграфи монографії відповідають її темі, а їх зміст розкриває проблемні питання реалізації верховенства права при застосуванні особливих форм та режимів кримінального провадження.

Монографія Сачка О.В. написана державною мовою, стиль написання є ясным і доступним, матеріал дослідження викладено логічно і достатньо аргументовано з використанням великої кількості літературних джерел, які торкаються зазначеної проблематики. Автором використано достатня кількість наукових робіт з кримінального процесу, криміналістики, оперативно-розшукової діяльності, конституційного права, а також виконана значна робота щодо їх творчого осмислення.

Положення та висновки, викладені в роботі, можуть стати основою для майбутніх наукових досліджень з проблем реалізації верховенства права при застосуванні особливих форм та режимів кримінального провадження.

Таким чином, представлена монографія є сучасним, завершеним і актуальним дослідженням, яке на високому рівні вирішує комплекс проблем реалізації верховенства права при застосуванні особливих форм та режимів кримінального провадження.

ВІСНИК
Чернівецького факультету
Національного університету
«Одеська юридична академія»

Наукове видання

Видається чотири рази на рік

Випуск № 1/2019

Редактор: Ківалов С.В.

*Передрук опублікованих матеріалів здійснюється
з обов'язковим посиланням на джерело.
**Відповідальність за зміст поданих до друку матеріалів
несуть автори публікацій.**
*Авторські права застережені.**

Папір офсетний. Формат 60х84/16.
Ум. друк. арк. 19,52. Тираж 300 прим. Зам. № 41.
Виготівник: Яворський С. Н.
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ЧЦ №18 від 17.03.2009 р.
58000, м. Чернівці, вул. І. Франка, 20, оф.18, тел. 099 73 22 544.