

# МІЖНАРОДНИЙ НАУКОВИЙ ЖУРНАЛ «ІНТЕРНАУКА»

ISSN 2520-2057

INTERNATIONAL  
SCIENTIFIC JOURNAL  
«INTERNAUKA»

МЕЖДУНАРОДНЫЙ  
НАУЧНЫЙ ЖУРНАЛ  
«ИНТЕРНАУКА»

№ 8 (48) / 2018  
2 том



**МІЖНАРОДНИЙ НАУКОВИЙ ЖУРНАЛ  
«ІНТЕРНАУКА»**

**INTERNATIONAL SCIENTIFIC JOURNAL  
«INTERNAUKA»**

**МЕЖДУНАРОДНЫЙ НАУЧНЫЙ ЖУРНАЛ  
«ИНТЕРНАУКА»**

*Свидетельство  
о государственной регистрации  
печатного средства массовой информации  
КВ № 22444-12344ПР*

*Сборник научных трудов*

№ 8 (48)

2 том

Київ 2018



Полное библиографическое описание всех статей Международного научного журнала «Интернаука» представлено в: **Index Copernicus International (ICI); НЭБ elibrary.ru; Polish Scholarly Bibliography; ResearchBib; Turkish Education Index; Научная периодика Украины.**

Журнал зарегистрирован в международных каталогах научных изданий и наукометрических базах данных: **Index Copernicus International (ICI); Ulrichsweb Global Serials Directory; Google Scholar; НЭБ elibrary.ru; Open Academic Journals Index; Research-Bib; Scientific Indexing Services; Turkish Education Index; Polish Scholarly Bibliography; Electronic Journals Library; Staats- und Universitätsbibliothek Hamburg Carl von Ossietzky; InfoBase Index; International Institute of Organized Research; CiteFactor; Open J-Gate; Cosmos Impact Factor; Scholar Steer; Eurasian Scientific Journal Index; Academic keys; Российский импакт-фактор; Научная периодика Украины; JOURNAL FACTOR; Bielefeld Academic Search Engine (BASE); The Journals Impact Factor (JIF); CrossRef.**

В журнале опубликованы научные статьи по актуальным проблемам современной науки.

Материалы публикуются на языке оригинала в авторской редакции.

Редакция не всегда разделяет мнения и взгляды авторов. Ответственность за достоверность фактов, имен, географических названий, цитат, цифр и других сведений несут авторы публикаций.

При использовании научных идей и материалов этого сборника, ссылки на авторов и издания являются обязательными.

**Редакция:**

Главный редактор: **Коваленко Дмитрий Иванович** — кандидат экономических наук, доцент (Киев, Украина)

Заместитель главного редактора: **Золковер Андрей Александрович** — кандидат экономических наук, доцент (Киев, Украина)

Секретарь: **Колодич Юлия Игоревна**

**Редакционная коллегия:**

Глава редакционной коллегии: **Каминская Татьяна Григорьевна** — доктор экономических наук, профессор (Киев, Украина)

Заместитель главы редакционной коллегии: **Курило Владимир Иванович** — доктор юридических наук, профессор (Киев, Украина)

Заместитель главы редакционной коллегии: **Тарасенко Ирина Алексеевна** — доктор экономических наук, профессор (Киев, Украина)

**Раздел «Юридические науки»:**

Член редакционной коллегии: **Аристова Ирина Васильевна** — доктор юридических наук, профессор (Сумы, Украина)

Член редакционной коллегии: **Бондаренко Игорь Иванович** — доктор юридических наук, профессор (Братислава, Словацкая Республика)

Член редакционной коллегии: **Галушко Валентин Васильевич** — доктор юридических наук, профессор (Киев, Украина)

Член редакционной коллегии: **Гиренко Инна Владимировна** — доктор юридических наук, доцент (Киев, Украина)

Член редакционной коллегии: **Глушков Валерий Александрович** — доктор юридических наук, профессор (Киев, Украина)

Член редакционной коллегии: **Головкин Александр Николаевич** — доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Украины (Харьков, Украина)

Член редакционной коллегии: **Грохольский Владимир Людвигович** — доктор юридических наук, профессор (Одесса, Украина)

Член редакционной коллегии: **Мустафазаде Айтен Инглаб** — доктор юридических наук, профессор, директор Института права и прав человека Национальной Академии Наук Азербайджана, депутат Милли Меджлиса Азербайджанской Республики (Азербайджан)

Член редакционной коллегии: **Иманлы Магомед Наги** — доктор юридических наук, профессор (Азербайджан)

Член редакционной коллегии: **Калужный Ростислав Андреевич** — доктор юридических наук, профессор (Киев, Украина)

Член редакционной коллегии: **Клемпарский Николай Николаевич** — доктор юридических наук, профессор (Кривой Рог, Украина)

Член редакционной коллегии: **Лоредана Джани Агуире** — доктор права, профессор (Итальянская Республика)

Член редакционной коллегии: **Лоренцмайер Штефан** — доктор юридических наук, профессор (Аугсбург, Федеративная Республика Германия)

Член редакционной коллегии: **Макарова Тамара Ивановна** — доктор юридических наук, профессор (Минск, Республика Беларусь)

Член редакционной коллегии: **Мельничук Ольга Федоровна** — доктор юридических наук, доцент (Винница, Украина)

Член редакционной коллегии: **Овчарук Сергей Станиславович** — доктор юридических наук (Киев, Украина)

Член редакционной коллегии: **Омельчук Василий Андреевич** — доктор юридических наук, профессор (Киев, Украина)

Член редакционной коллегии: **Остапенко Алексей Иванович** — доктор юридических наук, профессор (Львов, Украина)

Член редакционной коллегии: **Пивовар Юрий Игоревич** — доктор философии в сфере права, доцент (Киев, Украина)

Член редакционной коллегии: **Позняков Спартак Петрович** — доктор юридических наук, доцент (Ирпень, Украина)

Член редакционной коллегии: **Светличный Александр Петрович** — доктор юридических наук, доцент (Киев, Украина)

Член редакционной коллегии: **Сидор Виктор Дмитриевич** — доктор юридических наук, профессор (Черновцы, Украина)

Член редакционной коллегии: **Таранова Татьяна Сергеевна** — доктор юридических наук, профессор (Минск, Республика Беларусь)

Член редакционной коллегии: **Мушенко Виктор Васильевич** — кандидат юридических наук, доцент (Киев, Украина)

Член редакционной коллегии: **Олейник Анатолий Ефимович** — кандидат юридических наук, профессор (Киев, Украина)

Член редакционной коллегии: **Фунта Растилав** — кандидат юридических наук, доцент (Сладковичово, Словацкая Республика)

Член редакционной коллегии: **Химич Ольга Николаевна** — кандидат юридических наук (Киев, Украина)

Член редакционной коллегии: **Легенький Николай Иванович** — кандидат педагогических наук, доцент (Киев, Украина)

ЗМІСТ  
CONTENTS  
СОДЕРЖАНИЕ

## ЮРИДИЧЕСКИЕ НАУКИ

<b>Вербицька Анастасія Олегівна</b> ОСОБИСТІ НЕМАЙНОВІ ПРАВА СУБ'ЄКТІВ АВТОРСЬКОГО ПРАВА В ГАЛУЗІ АРХІТЕКТУРИ ...	6
<b>Гузій Аліна Андріївна</b> КОНСТИТУЦІЙНИЙ КОНТРОЛЬ В ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ .....	12
<b>Єрьоміна Катерина Сергіївна</b> СВОБОДА ДОГОВОРУ ТА ЇЇ МЕЖІ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ .....	16
<b>Загребельна Ірина Анатоліївна</b> ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ .....	19
<b>Калганова Катерина Игоревна</b> РЕТРОСПЕКТИВНИЙ АНАЛІЗ ФОРМИРОВАНИЯ УГОЛОВНО-ПРАВОВОГО ЗАПРЕТА НА НЕЗАКОННОЕ ПОЛУЧЕНИЕ И РАЗГЛАШЕНИЕ КОММЕРЧЕСКОЙ, НАЛОГОВОЙ И БАНКОВСКОЙ ТАЙН .....	21
<b>Крапив'янська Вікторія Вячеславівна</b> АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ І ОХОРОНИ ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ.....	25
<b>Наум Максим Ярославович, Сальніков Михайло Олегович</b> ФІЗИЧНА ОСОБА ЯК СУБ'ЄКТ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА.....	31
<b>Пастух Олег Володимирович</b> ІНСТИТУТ ПРЕЗИДЕНТСТВА СПОЛУЧЕНИХ ШТАТІВ АМЕРИКИ .....	35
<b>Пулик Василь Михайлович</b> ОСОБЛИВОСТІ ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ В КОНТЕКСТІ ЗМІН ДО КПК УКРАЇНИ .....	39
<b>Сас Юлія Вікторівна</b> ОБОВ'ЯЗКОВА УЧАСТЬ АДВОКАТА ПРИ ПРОВЕДЕННІ ОБШУКУ, ЙОГО АУДІО- ТА ВІДЕОФІКСАЦІЯ: АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ТА ШЛЯХИ ВИРІШЕННЯ .....	41
<b>Сливна Вікторія Анатоліївна</b> РОЗВИТОК, ОСНОВНІ ІДЕЇ ТА РИСИ ПРАВОВОГО ФЕМІНІЗМУ .....	45

**Вербицька Анастасія Олегівна**

*аспірант кафедри інтелектуальної власності*

*Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

**Вербицкая Анастасия Олеговна**

*аспирант кафедры интеллектуальной собственности*

*Киевского национального университета имени Тараса Шевченко*

**Verbytska Anastasiya**

*Postgraduate of the Department of Intellectual Property Law of the*

*Taras Shevchenko National University of Kyiv*

DOI: 10.25313/2520-2057-2018-8-3708

## ОСОБИСТІ НЕМАЙНОВІ ПРАВА СУБ'ЄКТІВ АВТОРСЬКОГО ПРАВА В ГАЛУЗІ АРХІТЕКТУРИ

## ЛИЧНЫЕ НЕИМУЩЕСТВЕННЫЕ ПРАВА СУБЪЕКТОВ АВТОРСКОГО ПРАВА В ОБЛАСТИ АРХИТЕКТУРЫ

## PERSONAL NON-MENTIONAL RIGHTS OF COPYRIGHT SUBJECTS IN THE FIELD OF ARCHITECTURE

**Анотація.** В статті розглядаються особисті немайнові права суб'єктів авторського права в галузі архітектури. Визначається коло правомочностей, що належать до особистих немайнових прав суб'єктів авторського права в галузі архітектури, а також їх особливості. Надаються певні пропозиції щодо удосконалення законодавства у сфері правового регулювання архітектурної діяльності.

**Ключові слова:** суб'єкти авторського права, твір архітектури, автор, особисті немайнові права, право авторства, право на авторське ім'я.

**Анотация.** В статье рассматриваются личные неимущественные права субъектов авторского права в области архитектуры. Определяется круг правомочий, принадлежащих к личным неимущественным правам субъектов авторского права в области архитектуры, а также их особенности. Предоставляются определенные предложения по совершенствованию законодательства в сфере правового регулирования архитектурной деятельности.

**Ключевые слова:** субъекты авторского права, произведение архитектуры, автор, личные неимущественные права, право авторства, право на авторское имя.

**Summary.** The article deals with the issue of the personal non-property rights of the subjects of copyright law, including the subjects of copyright law to the objects of architecture. The actuality of the topic is justified, the terms of scientists to determine the definition of the personal non-property rights of the subjects of copyright law, including to the objects of architecture are defined by and analyzed. The analysis of recent research and publications on the subject is determined. The analysis of the law rules of the Civil Code of Ukraine, the Law of Ukraine «About copyright law and related rights», the Law of Ukraine «About architectural activity» is carried out.

**Key words:** subjects of copyright law, work of architecture, author, personal non-property rights, copyright, right to author's name.

**Вступ.** У теорії цивільного права загальновідомо, що створення автором твору нерозривно пов'язано із здійсненням суб'єктивного авторського права особою. Не вдаючись до наукової дискусії з приводу визначення суб'єктивного авторського права в цілому, зауважимо, що аналіз норм Ци-

вільного кодексу України (далі — ЦКУ), Закону України «Про авторське право та суміжні права», а також Закону України «Про архітектурну діяльність» виокремлює два види суб'єктивних прав автора в галузі архітектури: особисті немайнові та майнові права.

Враховуючи той факт, що особисті немайнові права, які виникають у автора твору архітектури, є невід'ємними природними правами, за допомогою яких відбувається самореалізація індивіда, їх охорона є пріоритетним завданням правової держави. Ось чому дослідження системи особистих немайнових прав, які виникають у автора твору архітектури, є вкрай актуальним.

**Мета статті** полягає у визначенні особистих немайнових прав суб'єктів авторського права в галузі архітектури, а також здійсненні аналізу їх особливостей.

Відповідно до ст. 418 ЦКУ право інтелектуальної власності становлять особисті немайнові права інтелектуальної власності та (або) майнові права інтелектуальної власності [1]. Водночас, можемо констатувати, що законодавець не дає нормативне визначення ані особистих немайнових прав інтелектуальної власності в цілому, ані особистих немайнових прав авторів, лише здійснює їх перелік [1].

Однак, у науковій літературі наголошується на тому, що останні нібито відображають та захищають зв'язок автора із його твором.

Як справедливо зауважує В. В. Погуляєв, «усі права автора можуть існувати лише за наявності можливості ідентифікувати автора твору з конкретною особистістю» [2, с. 44]. Його думку розділяє О. М. Пастухов, який зазначає, що немайнові права є породженням ідеї про те, що твори автора є продовженням його самого... [3, с. 39]. При цьому, наділення в законному порядку автора твору особистими немайними правами відображає головну задачу інституту авторського права, а саме надання гарантій для індивіда в сфері свободи духовного розвитку і вдосконалення, в сфері вільного виявлення власної індивідуальності [4].

Як бачимо, особисті немайнові права дійсно вказують на належність певного твору автору, тобто пов'язані із певною фізичною особою, в результаті творчої праці якої твір був створений.

**Виклад основного матеріалу.** Відповідно до законодавства особисті немайнові права інтелектуальної власності належать творцеві об'єкта права інтелектуальної власності. Однак, у випадках, передбачених законом, особисті немайнові права інтелектуальної власності можуть належати іншим особам [1]. При цьому, особисті немайнові права інтелектуальної власності не залежать від майнових прав інтелектуальної власності, не можуть відчужуватися (передаватися), за винятками, встановленими законом, охороняються безстроково, а також не переходять у спадщину. Спадкоємці лише мають право захищати авторство на твір і протидіяти перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору, а також будь-якому іншому посягання на твір, що може завдати шкоди честі та репутації автора [1; 5].

Таким чином, на підставі вищевикладеного, враховуючи чинне законодавство та точки зору вчених-цивілістів, можемо зробити висновок, що

особисті немайнові права автора твору у галузі архітектури — абсолютні суб'єктивні права, які вказують на приналежність твору архітектури конкретному автору, в результаті творчої праці якого він був створений, діють та охороняються безстроково, гарантуючи можливість автору задовольнити свої немайнові інтереси.

Поряд з цим, слід зауважити, що систему особистих немайнових прав авторів у галузі архітектури складають особисті немайнові права, передбачені ЦКУ, Законом України «Про авторське право та суміжні права», а також Законом України «Про архітектурну діяльність».

Так, відповідно до ст. 423 «Особисті немайнові права інтелектуальної власності» ЦКУ до останніх належать:

- 1) право на визнання людини творцем (автором, виконавцем, винахідником тощо) об'єкта права інтелектуальної власності;
- 2) право перешкоджати будь-якому посягання на право інтелектуальної власності, здатному завдати шкоди честі чи репутації творця об'єкта права інтелектуальної власності;
- 3) інші особисті немайнові права інтелектуальної власності, встановлені законом [1].

Очевидно, що зазначені особисті немайнові права стосуються усіх суб'єктів права інтелектуальної власності незалежно від того, який об'єкт права інтелектуальної власності ними створений.

Водночас, не можна оминати увагою той факт, що перелік саме особистих немайнових прав автора встановлюється у ст. 438 ЦКУ, де вказується, що до зазначених прав окрім тих, що перераховані у ст. 423 ЦКУ, належать також наступні:

- 1) вимагати зазначення свого імені у зв'язку з використанням твору, якщо це практично можливо;
- 2) забороняти зазначення свого імені у зв'язку з використанням твору;
- 3) обирати псевдонім у зв'язку з використанням твору;
- 4) на недоторканність твору [1].

При цьому, останній перелік більш детально викладений у ст. 14 Закону України «Про авторське право та суміжні права» [5].

В свою чергу, Закон України «Про архітектурну діяльність» окрім перерахованих до особистих немайнових прав інтелектуальної власності автора (співавторів) об'єкта архітектури як об'єкта авторського права відносить право фотографувати, здійснювати відеозйомку відповідного об'єкта архітектури як об'єкта авторського права, крім випадків, визначених законом; право вимагати визнання свого авторства (співавторства) шляхом зазначення належним чином свого імені на об'єкті архітектури як об'єкті авторського права, якщо це практично можливо [6].

Узагальнюючи вищепераховані особисті немайнові права, що містяться у різних нормативно-правових актах, можемо констатувати, що до особистих



немайнових прав автора у галузі архітектури належить вичерпний перелік прав, що потребують більш детального розгляду. Доцільно розпочати їх розгляд з права авторства.

1. Право авторства є найбільш важливим серед усіх прав, що виникають у автора у зв'язку зі створенням та використанням твору архітектури.

Зазначимо, що Закон України «Про авторське право та суміжні права» розкриває право авторства як право автора вимагати визнання свого авторства шляхом зазначення належним чином імені автора на творі і його примірниках і за будь-якого публічного використання твору, якщо це практично можливо [5]. На наш погляд, законодавець не досить вдало викладає зміст права авторства, оскільки викладає у нього елемент права на авторське ім'я, а саме «зазначення належним чином імені автора на творі і його примірниках». Це не зовсім відповідає дійсності, оскільки за своєю сутністю право авторства зводиться до права визнаватися, вважатися особою (автором) твору, що створений його творчою працею.

Однак, слід зауважити, що у ЦКУ законодавець вже визнає право авторства як право на визнання людини творцем (автором, виконавцем, винахідником тощо) об'єкта права інтелектуальної власності, не поєднуючи різні правомочності автора в одному праві авторства [1].

Водночас, зазначимо, що законодавець також необґрунтовано поєднує право авторства та право на авторське ім'я у галузі архітектури в одній правомочності автора — праві авторства, виклавши п. 2 ч. 1 ст. 31 Закону України «Про архітектурну діяльність» у такій редакції: «особистими немайновими правами інтелектуальної власності автора (співавторів) об'єкта архітектури як об'єкта авторського права є...; право вимагати визнання свого авторства (співавторства) шляхом зазначення належним чином свого імені на об'єкті архітектури як об'єкті авторського права, якщо це практично можливо.

На нашу думку, якщо законодавець в такій спосіб прагнув забезпечити можливість автора твору архітектури зазначити належним чином своє ім'я на творі архітектури, то поєднувати цю правомочність із правом авторства не потрібно, оскільки останнє право виникає із самого факту створення твору архітектури особою і аж ніяк не пов'язано із бажанням і можливістю зазначити чи не зазначити на останньому своє ім'я. Ось чому, на наш погляд, 2 ч. 1 ст. 31 Закону України «Про архітектурну діяльність» доцільно викласти у такій редакції: «особистими немайновими правами інтелектуальної власності автора (співавторів) об'єкта архітектури як об'єкта авторського права є ...; право вимагати зазначення належним чином свого імені на об'єкті архітектури як об'єкті авторського права, якщо це практично можливо.

Отже, на основі норм законодавства у галузі архітектури можемо зробити висновок, що право

авторства на твір архітектури є невід'ємним від особистості його творця. Воно може належати лише особі, що дійсно своєю творчою працею створила твір архітектури і є невідчужуваним. Закон не передбачає здійснення відмови від права авторства на твір архітектури, оскільки воно впливає із самого факту створення твору архітектури, і не залежить ані від факту його оприлюднення, ані від способів його використання. При цьому, автор твору архітектури буде визнаватися автором об'єкта авторського права у галузі архітектури навіть не здійснюючи процедуру реєстрації твору архітектури та отримання охоронного документа.

Право авторства на твір архітектури виникає з моменту створення зазначеного твору, діє протягом всього життя автора, а після його смерті охороняється безстроково [1; 5; 6].

Воно охороняє глибинний зв'язок між автором і плодом його діяльності. При цьому, до його змісту входить право особи не тільки вважатися творцем твору, а й вимагати посилання на автора при використанні останнього [7, с. 180–181].

Узагальнюючи вищевикладене, можемо констатувати, що право авторства на твір архітектури — це, по-перше, гарантована законодавством можливість особи визнаватися, вважатися автором твору архітектури, що створений його творчою працею; по-друге, можливість вимагати визнання даного факту іншими особами та вимагати посилання на автора при використанні твору останнього.

Поряд з цим, зазначимо, що в теорії цивільного права загальновідомо, що право авторства зумовлює всі інші авторські права, зокрема, право на авторське ім'я.

Право на авторське ім'я полягає в можливості автора твору архітектури використовувати чи дозволити використовувати твір архітектури під своїм справжнім ім'ям, забороняти під час публічного використання твору архітектури згадування свого імені, якщо він як автор твору бажає залишитись анонімом, вибирати псевдонім, зазначити і вимагати зазначення псевдоніма замість справжнього імені автора на творі архітектури під час будь-якого його публічного використання [1; 5].

При цьому, як і право авторства, право на ім'я виникає з самого факту створення твору, але, на відміну від права авторства, реалізується тільки у випадку оприлюднення твору. Поки твір не оприлюднено, право на ім'я існує лише потенційно в зв'язку з тим, що третім особам твір не є доступним, і вони не можуть дізнатися ім'я його творця [8, с. 202].

Зазначимо, що слід погодитись із науковою точкою зору з приводу того, що найбільш повно автор твору архітектури має можливість реалізувати всі правомочності, які включені до права на авторське ім'я, стосовно його творів у формі моделей або макетів об'єктів архітектури, які не будуть у подальшому

відтворені у вигляді архітектурних проектів та/або об'єктів архітектури [9, с. 17].

2. Наступними особистими немайновими правами автора твору архітектури, що є досить взаємопов'язаними, відповідно до законодавства є право вимагати збереження цілісності твору і право протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору або будь-якому іншому посяганню на твір, що може зашкодити честі і репутації автора.

При цьому, зміст першої правомочності полягає в наданні автору твору права на збереження його авторського задуму щодо просторової, планувальної, функціональної організації, зовнішнього вигляду і інтер'єрів об'єкта архітектури в процесі використання його твору їм особисто або іншими особами. Водночас, право на збереження цілісності твору архітектури є абсолютним, виключним правом автора, воно належить йому незалежно від того, створено твір за власним бажанням автора, за договором про створення за замовленням і використання твору архітектури або при виконанні службового завдання. Так само не залежить воно і від підстав використання твору (ліцензійний, трудовий договір) [10, с. 68].

З приводу другої правомочності, то слід наголосити, що в даному випадку мова йде не про нанесення шкоди твору архітектури, а саме шкоди авторові зазначеного твору. Водночас, слід звернути увагу, що із буквального тлумачення закону, можемо зробити висновок стосовно другої правомочності, що зміна твору архітектури або будь-яке інше посягання на твір архітектури, які не завдали шкоди честі і репутації автора твору архітектури не є порушенням авторських прав зазначеного автора. Очевидно, що ця законодавча невідповідність має бути усунута шляхом внесення змін до законодавства.

Як бачимо, вищезазначені особисті немайнові права автора твору архітектури представляють собою важливий елемент правового статусу автора твору архітектури, який дозволяє не тільки визначити приналежність того чи іншого твору архітектури певній особі, що його створила в результаті своєї творчої праці, але й забезпечує безстрокову правову охорону творчої праці автора.

3. Певної уваги в контексті нашого дослідження потребує право фотографувати, здійснювати відеозйомку відповідного об'єкта архітектури як об'єкта авторського права, крім випадків, визначених законом.

Зміст зазначеного права полягає у тому, що автор твору архітектури має можливість сфотографувати його або здійснювати відеозйомку у разі, якщо право власності на матеріальний об'єкт, який є формою вираження твору архітектури, перейшло до іншої особи. Тобто автор твору архітектури має право вимагати від власника (володільця) об'єкта архітектури надати йому гарантовану законодавством можливість здійснити вищезазначені заходи, крім випадків, визначених законом.

Більш детально розкриває зміст зазначеного права Є. А. Греков, який зауважує, що зміст особистого немайнового права авторів творів архітектури на фотографування, здійснення відеозйомки відповідного об'єкта архітектури (право автора на доступ до твору архітектури) полягає у наданні автору (співавторам) можливості фотографування, відеозйомки або отримання електронних даних щодо просторової, планувальної, функціональної організації, зовнішнього вигляду та інтер'єрів об'єкта архітектури або його частини, крім випадків, визначених законом, з метою подальшого використання отриманих матеріалів в особистих цілях та в інших випадках, визначених в законі як випадки правомірного використання твору без згоди автора [9, с. 22–23].

Як бачимо, Є. А. Греков порівнює зазначене право із правом автора на доступ до твору образотворчого мистецтва, що передбачено законодавством, а також наголошує на меті такого подальшого використання отриманих матеріалів – в особистих цілях. Однак, ми, напевно, можемо з точністю констатувати, яку мету мав на увазі законодавець. Водночас, не можна не погодитись із твердженням, що зазначене право в галузі архітектурної діяльності не стабілізувалося у чинному законодавстві, що й спричиняє певні проблеми теоретичного та практичного характеру [9, с. 18].

Слід також зауважити, що сьогодні в наукових колах ведеться певна дискусія з приводу правової природи права автора на доступ до твору образотворчого мистецтва, а відтак і права фотографувати, здійснювати відеозйомку відповідного об'єкта архітектури, з яким його ототожнюють.

Зазначимо, що Закон України «Про авторське право і суміжні права» не відносить право автора на доступ до твору образотворчого мистецтва конкретно ані до майнових, ані до особистих немайнових прав, виділяючи його в окремій статті самостійним правом. В науковій літературі точки зору з приводу цього права розділяються. Так, Е. П. Гаврилов вважає, що це право належить до особистих прав автора твору образотворчого мистецтва. Свою точку зору він аргументує тим, що це право надає можливість автору особисто здійснювати творчий повтор свого твору образотворчого мистецтва [11, с. 85].

З точкою зору Е. П. Гаврилова не погоджується О. П. Сергєєв. Дослідник зауважує, що право доступу надається авторам творів образотворчого мистецтва для реалізації конкретної мети — забезпечення можливості відтворення твору, тобто для реалізації майнового права. Відсутність же вказівки на дане право у переліку майнових прав автора пояснюється невичерпаністю зазначеного переліку [12, с. 221].

При цьому, російські дослідники вже давно наголосили на необґрунтованості віднесення до особистих немайнових прав права на фото, відеозйомку, хоча б тому, що в законодавстві РФ було раніше зроблено застереження про можливість розпорядження цим

правом автором твору архітектури. Тобто в договорі на створення архітектурного проекту автор міг відмовитися від права на фото- і відеозйомку, або передати це право іншій особі [13]. До речі аналогічну норму містить і сьогодні Закон Республіки Казахстан від 16 липня 2001 року № 242-ІІ «Про архітектурну, містобудівну та будівельну діяльність в Республіці Казахстан» [14].

Однак, найбільш обґрунтованою, на нашу думку, є позиція Г. В. Чурпіти, яка зазначає, що право доступу до твору образотворчого мистецтва є синтезом як майнових, так і особистих моментів. Майновий характер права доступу пов'язаний з забезпеченням можливості реалізації права автора відтворювати створений ним твір. Особисті елементи проявляються в неможливості переходу даного права до правонаступників, зокрема, спадкоємців. Така характеристика права доступу ще раз підтверджує умовність розподілу суб'єктивних авторських прав на особисті та майнові [15, с. 136].

На наш погляд, право фотографувати, здійснювати відеозйомку об'єкта архітектури за своєю природою належить до майнових прав і надається авторові саме для реалізації відтворення твору архітектури таким чином. Для аргументації своєї позиції, необхідно навести ситуацію, за якої автор твору архітектури передав майнові права на твір архітектури іншій особі. Очевидно, що за такої ситуації ця особа, якій передали майнові права на твір архітектури, може фотографувати та здійснювати відеозйомку відповідного об'єкта архітектури у формі відтворення твору архітектури. Отже, право фотографувати, здійснювати відеозйомку об'єкта архітектури є правом для забезпечення можливості реалізувати автором твору архітектури права на відтворення свого твору, якщо цей твір перейшов до інших осіб. А відсутність в законодавстві посилання на мету фотографування та здійснення відеозйомки об'єкта архітектури в особистих цілях не додає доказів на користь визнання цього права особистим немайновим правом. І навіть за наявності

такої вказівки у законодавстві автор твору завжди матиме змогу мету у формі відтворення твору архітектури, що належить до майнової, видасти за мету «в особистих цілях».

**Висновки.** Підсумовуючи вищевикладене, вважаємо, що більш доцільним буде закріплення на законодавчому рівні права фотографувати, здійснювати відеозйомку об'єкта архітектури як майнового права з можливістю залучення автором інших осіб для виконання зазначених дій. З цією метою необхідно внести певні зміни до таких нормативно-правових актів у сфері архітектурної діяльності, як Закон України «Про авторське право і суміжні права» та Закон України «Про архітектурну діяльність».

Враховуючи вищевикладене, можемо зробити наступні висновки:

- 1) право авторства на твір архітектури — це, по-перше, гарантована законодавством можливість особи визнаватися, вважатися автором твору архітектури, що створений його творчою працею; по-друге, можливість вимагати визнання даного факту іншими особами та вимагати посилання на автора при використанні останнього;
- 2) особисті немайнові права автора твору у галузі архітектури — абсолютні суб'єктивні права, які вказують на приналежність твору архітектури конкретному автору, в результаті творчої праці якого він був створений, діють та охороняються безстроково, гарантуючи можливість автору задовольнити свої немайнові інтереси.
- 3) на сьогоднішній день законодавство у сфері архітектурної діяльності в частині визначення особистих немайнових прав автора твору архітектури характеризується недосконалістю дефініцій, використанням законодавцем неточних, не відповідних дійсності формулювань, що зумовлює необхідність вирішення цих проблем шляхом перегляду та вдосконалення положень Закону України «Про авторське право і суміжні права» та Закону України «Про архітектурну діяльність».

#### Література

1. Цивільний Кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15/paran2312/#2312n>.
2. Погуляев В. В. Моральные права и их экономическое содержание / В. В. Погуляев // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2005. — № 5. — С. 43–46.
3. Пастухов О. М. Авторське право в Інтернеті / О. М. Пастухов. — К.: Школа, 2004. — 144 с.
4. Заславский А. А. Авторское право в области архитектурной деятельности: автореф. дис. на соискание ученой степени кандидата юридических наук: спец. 12.0.03 — Гражданское право, предпринимательское право, семейное право, международное частное право / А. А. Заславский. — Екатеринбург, 2001. — 22 с. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.law.edu.ru/book/book.asp?bookID=99700>.
5. Закон України «Про авторське право і суміжні права» від 23 грудня 1993 року № 3792-ХІІ [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/379212/page?text=%E0%F0%F5%B3%F2>.
6. Закон України «Про архітектурну діяльність» від 20 травня 1999 року № 687-ХІV [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/687-14>.

7. Дроб'язко В. С. Право інтелектуальної власності: навчальний посібник / В. С. Дроб'язко, Р. В. Дроб'язко. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — 512 с.
8. Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: [учебник] / А. П. Сергеев. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: ТК Велби, 2004. — 752 с.
9. Греков Є. А. Авторське право на твори архітектури: автореф. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 Цивільне право, сімейне право, цивільний процес, міжнародне приватне право / Є. А. Греков. — Київ: Б. в., 2007. — 20 с.
10. Дозорцев В. А. Авторские дела в суде: [научно-практический комментарий] / В. А. Дозорцев. — М.: ВА-АП-ИНФОРМ, 1985. — 176 с.
11. Гаврилов Э. П. Комментарий к Закону РФ «Об авторском праве и смежных правах» / Э. П. Гаврилов. — М.: Спарк; Фонд «Правовая культура», 1996. — 224 с.
12. Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник / А. П. Сергеев — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Проспект, 2003. — 752 с.
13. Люкшин А. М. Авторское право на произведения архитектуры: автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук: спец. 12.00.03 Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право / А. М. Люкшин. — СПб., 2004. — 16 с. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1385662>.
14. Закон Республики Казахстан «Об архитектурной, градостроительной и строительной деятельности в Республике Казахстан» от 16 июля 2001 года № 242-ІІ [Электронный ресурс]. — Режим доступа: [http://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=1024035](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1024035).
15. Чурпіта Г. В. Авторське право на твори образотворчого мистецтва: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 Цивільне право, сімейне право, цивільний процес, міжнародне приватне право / Г. В. Чурпіта. — Х., 2003. — 212 с.

**Гузій Аліна Андріївна**

*студентка*

*Інституту підготовки кадрів для органів юстиції України*

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

**Гузій Алина Андреевна**

*студентка*

*Института подготовки кадров для органов юстиции Украины*

*Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого*

**Huziy Alina**

*Student of the*

*Institute for the Training of Personnel for the Judiciary of Ukraine of the*

*Yaroslav Mudryi National Law University*

## КОНСТИТУЦІЙНИЙ КОНТРОЛЬ В ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ КОНСТИТУЦИОННЫЙ КОНТРОЛЬ В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ CONSTITUTIONAL CONTROL IN FOREIGN COUNTRIES

**Анотація.** У статті досліджено особливості становлення, виникнення та розвитку конституційного контролю в зарубіжних країнах. Проаналізовано моделі цього інституту.

**Ключові слова:** контроль, моделі конституційного контролю, судовий прецедент, верховенство права.

**Аннотация.** В статье исследованы особенности становления, возникновения и развития конституционного контроля в зарубежных странах. Проанализированы модели этого института.

**Ключевые слова:** контроль, модели конституционного контроля, судебный прецедент, верховенство права.

**Summary.** The article deals with the peculiarities of the formation, emergence and development of constitutional control in foreign countries. The models of this institute are analyzed.

**Key words:** control, models of constitutional control, judicial precedent, rule of law.

**Постановка проблеми.** Інститут конституційного контролю, відомий практиці більше як 170 держав світу, має тривалу та різноманітну історію. Цей інститут досить тісно пов'язаний з тлумаченням Конституції, зокрема підкреслює її значення, як акту, який встановлює фундамент будь-якої держави, а саме: основи правового становища особи, структуру та взаємовідносини державних органів, форму правління. Кожна держава виявляє різні принципи та підходи до побудови конституційного контролю, кола обов'язків та завдань, що ставляться перед державними органами.

**Аналіз останніх досліджень та публікацій.** Дослідженню окремих теоретичних та практичних аспектів конституційного контролю в зарубіжних країнах присвятили свої праці такі вчені, як: В. М. Кампо, І. І. Маринів, М. Д. Савенко, О. С. Лотюк, М. В. Тесленко, В. М. Шаповал, А. О. Клішас, Т. І. Овсепян, С. М. Пастернак, Т. Я. Хабрієва.

**Формулювання мети статті.** Дослідити конституційний контроль в зарубіжних країнах, звернути увагу на особливу роль судових установ в сфері охорони Конституції. Розглянути та проаналізувати основні моделі та види конституційного контролю.

**Виклад основного матеріалу.** Термін «контроль» у перекладі з французького означає «подвійний список». Якщо говорити про погляди філософів, то вони зазначають, що соціальний контроль — це використання різних соціальних інститутів і засобів для виявлення тенденцій змін у розвитку суспільних відносин[3]. Соціальний контроль забезпечує сталість взаємовідносин між людьми, групами, інститутами.

Конституційний контроль можна розглядати:

- в широкому розумінні — повсякденна діяльність державних органів і посадових осіб щодо застосування правових актів, у процесі якої об'єктивно відбувається з'ясування їх відповідності консти-

туції; іноді сюди включають також здійснення конституційного контролю самим народом на референдумі;

- у *вужькому* розумінні — це діяльність саме судів загальної або конституційної юрисдикції (квазісудових органів), спрямована передусім на вирішення питань конституційності правових актів [3].

Конституційний контроль за своєю суттю потрібно відрізнити від конституційного нагляду. При конституційному контролі акт, виданий всупереч конституції, скасовується спеціально уповноваженим органом; правова охорона здійснюється вибірково.

При конституційному нагляді орган конституційного нагляду має право лише звернути увагу на невідповідність прийнятого акту нормам конституції, а в окремих випадках призупинити дію цього акту. Така правова охорона має постійний та рекомендаційний характер.

Варто зазначити, для обґрунтування конституційного контролю вчені використовували багато різних теорій, але основними з них є, такі:

- Органічна теорія виходила з того, що оскільки конституція — акт установчої влади, то акти органів, передбачених конституцією і володіють владою, нижчестоящої по відношенню до установчої, не повинен суперечити акту установчої влади.
- Інституційна теорія виходить з того, що конституція встановлює «правила гри» для органів влади, жоден з яких не повинен зазіхати на повноваження іншого, а для федеративних держав особливо важливе дотримання сфер компетенції центру і суб'єктів федерації.
- Природно-правова теорія або теорія суспільного договору, вважає, що конституція встановлює правила для керуючих і керованих, перш за все гарантії прав людини і громадянина і конституційний контроль покликаний стежити за їх дотриманням [1].

Всі ці теорії вірні і доповнюють один одного. Звичайно ж, необхідність конституційного контролю зумовлена насамперед ієрархічністю правових норм, яка, у свою чергу, багато в чому є наслідком ієрархічності в системі органів влади, уповноважених на правотворчість. До того ж число правових норм у ХХ столітті, можна сказати стрімко зросла, і ризик їх суперечливості та неконституційності багаторазово збільшився [1].

Вважається, що сама ідея конституційного контролю з'явилася на початку XVII століття у Великій Британії і була пов'язана з діяльністю Таємної ради, який визнавав закони законодавчих зборів колоній недійсними, якщо вони суперечили законам англійського парламенту, виданими для цих колоній або загальному праву.

Проте конституційний контроль у сучасному розумінні, викладеному вище, вперше з'явився в США: у справі У. Мербері проти Дж. Медісон в 1803 році. Верховний суд під командуванням Дж. Маршала

оголосив, що федеральна Конституція — вищий Закон країни і будь-який Закон Конгресу, що суперечить Конституції, може бути визнаний судом неконституційним [2].

Формування конституційного контролю в США пов'язана з наявністю трьох передумов:

1. У 1787 році прийнято першу писану конституцію, яка володіє вищою юридичною силою в державі — це стало базисом для виникнення проблеми охорони конституції.

2. Американський конституційний контроль виник на основі боротьби з метрополією й протиставлення її себе системам правління.

3. США виникли як федеративна держава. Конституція 1787 року вирішила це питання, надавши федеральному праву вищу юридичну силу, але, з іншого боку, допускаючи принцип передачі нерегульованих питань у компетенцію штатів.

Як видно з історико-правового екскурсу, в світі існували різні моделі конституційного судового контролю. У зв'язку з цим велике значення має проблема їх наукової типології, що відбиває логіку історичного розвитку даних моделей і дозволяє об'єднати їх в групи на основі певних критеріїв. Таким чином, типологія моделей судового конституційного контролю призначена для «поділу» цих моделей, які існували в історії людства або існують зараз, на такі групи, види, щоб це дало можливість розкрити їх соціальну сутність.

Слід зазначити, що не існує будь-якої затвердженої єдиної загальної типології моделі. Така типологія може мати тільки самий загальний характер. Підставою для класифікації можуть виступати різні критерії: форми державного устрою, форми політичного режиму, форми правління, приналежність до правової сім'ї.

Юридичній науці відомо дві основні моделі спеціалізованого конституційного контролю — американська і європейська.

За американської моделі конституційний контроль здійснюється судами загальної юрисдикції при розгляді та вирішенні кримінальних, цивільних, господарських, адміністративних і інших судових справ. Якщо верховний суд визнає закон неконституційним, то цей закон формально продовжує діяти, але фактично він втрачає юридичну силу і жоден суд застосовувати його не буде. Як правило, парламент у таких випадках подібний закон скасовує.

Існує два різновиди американської моделі — децентралізована й централізована. Децентралізована існує в таких країнах, як Аргентина, США, Норвегія, Японія та ряді інших країн, де конституційний контроль здійснюється усіма судами загальної юрисдикції. Наприклад, у ч. 1 ст. 76 Конституції Японії 1946 р. встановлено, що «вся повнота судової влади належить Верховному суду і тим судам нижчих інстанцій, які будуть засновані законом», а в ст. 81 цієї Конституції проголошено, що «Верховний суд

є судом вищої інстанції, повноважним вирішувати питання про конституційність будь-якого закону, наказу чи розпорядження або іншого офіційного акта...».

Централізований вид здійснюється в таких країнах, як Австралія, Індія, Канада, Мальта, де конституційний контроль можуть здійснювати тільки верховні суди в порядку особливої процедури. Наприклад, у ч. 3 ст. 149 Конституції Естонської Республіки 1992 р. зазначено, що «...Державний суд водночас є судом конституційного нагляду, « а в ч. 2 ст. 152 цієї Конституції встановлено, що « Державний суд визнає недійсним будь-який закон чи інший правовий акт, якщо він суперечить положенням та суті Конституції», у п. 3 ст. 34 Конституції Ірландії 1937 р. у редакції 1995 р. встановлено, що «ніякий суд не повинен здійснювати юрисдикцію з питань юридичної сили закону або будь-якого положення закону, законопроекту, який повинен бути переданий Верховному суду...».

Європейська, або концентрована модель, прихильниками якої є Австрія, ФРН, Угорщина, Іспанія, Італія та інші, відрізняється тим, що спеціальні конституційні суди розглядають питання про конституційність закону незалежно від наявності конкретної судової справи. Крім того, деякі з них розглядають такі питання у зв'язку з скаргами громадян...

У деяких країнах (Казахстан, Марокко, Сенегал, Туніс, Франція) для здійснення конституційного контролю створенні квазісудові (не судові) органи, які мають назву конституційної ради. Наприклад, у п. 1 ст. 72 Конституції Республіки Казахстан 1995 р. зазначено, що Конституційна Рада « розглядає до підписання Президентом прийнятті Парламентом закони про їх відповідність Конституції Республіки», у ч. 1 ст. 61 Конституції Французької Республіки 1958 р. встановлено, що «органічні закони до їх промульгації і регламенти палат Парламенту до їх застосування повинні бути подані до Конституційної Ради, яка висловлюється про їх відповідність Конституції».

Головна і єдина різниця між конституційним судом і конституційною радою полягає в тому, що конституційний суд застосовує гласну процедуру розгляду справ, а конституційна рада — застосовує не публічну процедуру, яка заснована на письмовому впровадженні, тобто практикується надання письмових пояснень, а не відкритий виступ сторін.

З усього вищесказаного, можна зробити висновок про те, що перша модель передбачає конкретний контроль, а друга — абстрактний.

Щодо видів конституційного контролю, то вони можуть класифікуватися за різними підставами. Розглянемо та проаналізуємо деякі з них. Наприклад, *за часом існування* конституційний контроль може бути попереднім або наступним. При попередньому контролі акт перевіряється до його вступу в силу.

Подальший контроль поширюється в принципі на діючі офіційно опубліковані акти.

*За місцем існування* конституційний контроль може бути внутрішнім і зовнішнім. Внутрішній контроль проводиться самим органом, який видає акт, зовнішній — іншим органом. Нерідко внутрішній контроль носить консультативний характер і не виключає зовнішнього контролю. Не прийняті проекти актів, як правило зовнішньому контролю не піддаються.

*За змістом* конституційний контроль буває формальним і матеріальним. При формальному контролі перевіряється дотримання конституційних умов та вимог, які стосуються до видання певного акта, тобто входило видання акта до компетенції видаваного органу, чи дотримані процедурні вимоги, і чи належним чином оформлено виданий акт. Матеріальний же контроль: має справу із змістом акта і означає перевірку відповідності цього змісту до положень конституції.

Орган, який здійснює конституційний контроль, може визнати суперечність у конституції або весь закон цілком, або окремі його положення. За загальним правилом, рішення органу конституційного контролю є остаточним і може бути переглянуті тільки ним самим. Правові наслідки визнання закону або іншого акту цілком, або частково втрачають юридичну силу і перестають застосовуватися судами.

Також варто наголосити на загальних підходах до системи судового конституційного контролю. До їхнього числа можна віднести наявність спеціального органу конституційного контролю (майже у всіх країнах Європи прийнято, що конституційний суд є своєрідним, живим втіленням конституції і стоїть вище політичної кон'юнктури), також члени органу судово-конституційного контролю, призначаються і обираються різними гілками влади і перед вступом на посаду дають клятву, важливим фактором у забезпеченні незалежності є забезпечення гласності в їхній діяльності.

Також заслуговують на увагу особливості, які в різних країнах створюють додаткові гарантії для здійснення незалежного конституційного контролю. Важливо проаналізувати приклади, коли конституційний суд сам стає суб'єктом конституційного контролю, йому надається право законодавчої ініціативи, а об'єктами попереднього обов'язкового контролю стають конституційні зміни. Незалежність конституційного контролю потребує постійного зміцнення його стійких гарантії [4].

У зв'язку з тим, що діяльність органів конституційного контролю має свої особливості та специфіку, до їх членів у багатьох країнах ставляться певні вимоги, а саме: підвищений віковий ценз, значний професійний стаж, особисті моральні якості, заборона або обмеження політичної діяльності.

Потреба у самостійно функціонуючому інституті конституційного контролю є особливо очевидною

у державах перехідного періоду від тоталітаризму до демократії, для яких властивими є гостра політична боротьба, протистояння різних гілок влади, втручання однієї гілки влади у сферу діяльності іншої, ослаблення органів законодавчої та підсилення органів виконавчої влади. За цих умов функціонування інституту конституційного контролю набуває особливо демократичного характеру як гаранта конституції та конституційної законності. Це підтверджує те, що функції конституційного контролю повинні здійснювати органи, які посідають самостійне місце і є організаційно відокремленими від інших гілок влади.

**Висновок.** Таким чином, конституційний контроль виконує роль найбільш ефективного механізму захисту особи від влади, є засобом забезпечення основних (конституційних) прав і свобод людини

і громадянина, фактором перетворення Конституції на чинне право.

Також інститут конституційного контролю, особливо після Другої світової війни — це спроба подолати суперечності між позитивним і природним правом, поєднати юстицію, яка застосовує закон, з юстицією, яка ґрунтується на нормах права справедливості, а також створити нову стабільну конституційну основу влади.

З таких позицій очевидно є важливість ретельного аналізу здобутків, досягнутих конституційною наукою і державно-правовою практикою зарубіжних країн у справі правового регулювання форм організації та діяльності конституційного контролю.

Отже, теоретична і практична потреба дослідження зарубіжного конституційного контролю в його європейському варіанті є цілком очевидною.

#### Література

1. Конституційний контроль: історико-правовий порівняльний аналіз / Вісник Львівського інституту внутрішніх справ при НАВС України. — 2000. — Вип.1. — С. 23–30.
2. Страшун Б. А. «Конституційне право зарубіжних країн» М, 1999 р.
3. Філософський словник / за ред. В.І. Шинкарука. — 2-ге вид., переробл. і доповн. — К.: Голов. ред. УРЕ, 1986. — 800 с.
4. Правові питання організації та діяльності конституційного контролю / Держава і право: Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. Вип. 3. — К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; Спілка юристів України; Видавничий Дім «Юридична книга», 2000. — С. 122–131.



**Єр'оміна Катерина Сергіївна**

*студент міжнародно-правового факультету*

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

**Еремина Екатерина Сергеевна**

*студент міжнародно-правового факультета*

*Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого*

**Yeriomina Kateryna**

*Student of International Faculty of the*

*Yaroslav Mudryi National Law University*

## СВОБОДА ДОГОВОРУ ТА ЇЇ МЕЖІ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

### СВОБОДА ДОГОВОРА И ЕЕ ПРЕДЕЛЫ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

### FREEDOM OF CONTRACT AND ITS LIMITS IN CIVIL LAW

**Анотація.** Згідно із принципом свободи договору, втіленим у цивільному законодавстві, сторони мають право вільно укладати договір, обирати контрагента та визначати умови договору з урахуванням вимог Цивільного кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Звичайно, існують певні межі стосовно цієї свободи, проте вони досі залишаються дискусійним питанням серед багатьох науковців та потребують ретельного дослідження й узагальнення.

**Ключові слова:** свобода договору, політико-економічні перетворення, обмеження свободи договору, основні елементи свободи договору.

**Аннотация.** Согласно принципу свободы договора, который воплощен в гражданском законодательстве, стороны имеют право свободно заключать договор, выбирать контрагента и определять условия договора с учетом требований Гражданского кодекса, других актов гражданского законодательства, обычаев делового оборота, требований разумности и справедливости. Конечно, существуют определенные пределы в отношении этой свободы, однако они до сих пор остаются дискуссионным вопросом среди многих ученых и требуют тщательного исследования и обобщения.

**Ключевые слова:** свобода договора, политико-экономические преобразования, ограничения свободы договора, основные элементы свободы договора.

**Summary.** In accordance with the principle of freedom of contract embodied in civil law, the parties have the right to freely enter into an agreement, choose a contractor and determine the terms of the contract, taking into account the requirements of the Civil Code, other acts of civil law, business practices, and the requirements of reasonableness and fairness. Of course, there are limits to this freedom, but they still remain a controversial issue among many scholars and require careful study and generalization.

**Key words:** freedom of contract, political and economic transformation, restriction of freedom of contract, basic elements of freedom of contract.

**Постановка проблеми.** Радикальні політико-економічні перетворення в Україні та спрямування подальшого розвитку держави на інтеграцію до Європейського Союзу не можуть викликати сумнівів. Такі кардинальні зміни ставлять собі за мету створити нову та якісну модель господарської системи, фундаментом якої є змагальність та рівноправність відповідних суб'єктів. Та все ж, необхідно зазначити, що реалізація даного наміру подальшої інтеграції України буде вдалою після

грамотного реформування економічних правовідносин, яка у свою чергу, потребує приведення до міжнародних стандартів системи цивільно-правових договірних конструкцій. Із самого початку проголошення незалежності 1991 року дискусійним та неоднозначним питанням науковці вважали питання стосовно свободи договору сторін приватно-правових відносин. Тож, дана стаття висвітлює значення принципу свободи договору як на доктринальному, так і на законодавчому рівнях.

**Основні питання статті.** «У чому ж тоді проявляється зміст цього принципу?» Проаналізувавши дану тему, можемо з чіткістю вказати основні елементи, які характеризують зміст договору. Перш за все, це можливість особи за власною волею вступати у договірні відносини. По-друге, самостійно робити вибір щодо кандидатури свого контрагента. По-третє, на власний розсуд визначати вид договірної зв'язку.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Проаналізовані питання, що стосуються свободи договору у Цивільному праві, детально досліджено такими правознавцями, як М. І. Брагінський, В. В. Вітрянський, О. В. Дзера, О. В. Басай, В. В. Луць, В. С. Мілаш, А. Н. Танага, Л. С. Явіч. Попри таку велику кількість дослідницьких монографічних робіт відомих цивілістів, єдиної та однозначної думки щодо сутності свободи договору сторін у цивільному праві та можливості її обмеження немає. Тож не можливо не звернутися до відповідних норм Цивільного кодексу України та роз'яснити питання щодо трактування та особливості вищезазначеного принципу.

Однією з основоположних засад цивільного судочинства згідно з чинним Цивільним кодексом України (ст. 3) є свобода договору одночасно іх рівністю учасників цивільних правовідносин, яка бере свій початок ще з часів розквіту римського приватного права [1, с. 4]. Свобода договору виявляється перш за все у вільному, без жодного тиску з боку різноманітних факторів виявленні волі сторін щодо вступу у договірні відносини. Нав'язування поглядів контрагента у даному випадку є недопустимим. Взагалі, початком принципу свободи договору багато науковців співставляє з початком свободи приватної власності, через те, що власник певного майна, яке знаходиться у його розпорядженні втілює це право, зазвичай, за допомогою договірної форми. У дослідженнях В. В. Вітрянського привілеює думка, що свободу власності та свободу договору розпочато перш за все зі «свободи» особистості [2, с. 219].

У зв'язку з активним реформуванням політико-економічного становища країни постала необхідність трактувати принцип свободи договору дещо ширше. Тож, у ст. 627 Цивільного кодексу України проаналізовано стадії укладення, виконання, припинення та зміни договору, яким притаманні свої специфічні елементи свободи договору. Також чітко встановлено, що свобода договору здійснюється з урахуванням вимог цього кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості.

Та все ж таки, не можна ігнорувати той факт, що свобода не може бути абсолютною, вона завжди обмежена соціальними нормами, що знайшли своє відображення у встановлених в законі правах та обов'язках людини. Тож, беручи за основу дані норми Цивільного кодексу вважаємо за необхідне виокремити основні елементи свободи укладення договорів:

Перш за все, сторони на власний розсуд обирають чи укладати майбутній договір чи ні. Яскравим прикладом даного елементу слугує зазначений у ст. 635 Цивільного кодексу попередній договір, часники якого беруть на себе зобов'язання протягом певного строку (у певний термін) укласти договір в майбутньому (основний договір) на умовах, встановлених попереднім договором. Сторона, яка необґрунтовано ухиляється від укладення договору, передбаченого попереднім договором, повинна відшкодувати другій стороні збитки, завдані простроченням, якщо інше не встановлено попереднім договором або актами цивільного законодавства [3, с. 63]. Ця норма ст. 635 Цивільного кодексу вказує на неможливість ухилення від укладення договору, передбаченого попереднім договором.

По-друге, сторони можуть самостійно обирати своїх контрагентів. Відомий науковець В. В. Луць детально проаналізував та висловив власну думку стосовно переходу до ринкової економіки та функціонування ринкового механізму. Дане питання, зазначає автор дисертаційної роботи, набиратиме актуальність за умови, коли підприємства, кооперативи, господарські товариства, громадяни матимуть реальну свободу у своїй діяльності та діяльності підприємництва [4, с. 17–18]. Тому першочерговим завданням є зменшення впливу держави на майнові відносини і одночасне надання свободи у виборі партнерів, встановленні змісту зобов'язань. Так, наприклад, говорячи про сферу поставок, існує реальна можливість обрати контрагента не лише укладаючи прямі договори між покупцями та постачальниками, але й за допомогою товарних бірж, ярмарків, аукціонів, тендерів та інших ринкових структур.

Та все ж таки, свобода вибору контрагентів також не може бути абсолютною. Проаналізувавши відповідні норми Цивільного кодексу, можемо простежити пряму заборону укладати договори з фізичною особою, визнаною судом недієздатною, за винятком дрібних побутових з обов'язковим схваленням опікуна, з малолітньою чи неповнолітньою дитиною. Згідно зі ст. 225 Цивільного кодексу, правочин, який дієздатна фізична особа вчинила у момент, коли вона не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними, може бути визнаний судом недійсним. Це є ще одним яскравим підтвердженням того факту, що свобода договору не є абсолютною.

Не менш важливою є здатність сторін вільно обирати будь-яку форму договору, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом. Згідно з Цивільним кодексом України форми укладення договору можуть бути усними та письмовими. Межі стосовно даного елементу знаходять своє відображення у ст. 208 кодексу, де зазначені конкретні види договорів, які мають бути у письмовій формі [5, с. 168–169].

Окрім обов'язкової письмової форми може бути встановлено й обов'язкове нотаріальне посвідчення. Прикладом може бути зазначений у ст. 4 декрету

Кабінету Міністрів України «Про приватизацію земельних ділянок» від 26 грудня 1992 р. № 15–92 договір про відчуження земельних ділянок, що знаходяться в колективній або приватній власності. Закон України «Про нотаріат» вимагає додержання письмової форми з обов'язковим нотаріальним посвідченням, якщо у правочинах мова йде про відчуження або заставу житлового будинку, дачі, садового будинку, гаражу, земельної ділянки, іншого нерухомого майна. Тож, стає зрозумілим, що законодавець, намагаючись врегулювати відносини між суб'єктами, встановлює відповідні межі щодо свободи форми договору. Стосовно форми договору, Л. В. Мигалюк виділяє поіменовані та непоіменовані договори, останні з яких, науковець виділяє в один з типів договорів, які відповідають діючому законодавству та вимогам контрагентів, але, все ж таки, не належать до того чи іншого договірної виду. Варто зазначити, що Цивільний кодекс України не дає визначення поняття «непоіменованого договору», але надає вільне право суб'єктам укласти змішаний договір (ст. 628), із чого і виявляється його співвідношення непоіменованим договором. Так як змішаним є договір, який містять у собі елементи різних договорів, то до нього можуть включатися положення як поіменованих, так і непоіменованих договорів. Тож, змішані та непоіменовані договори хоча і є різними групами договорів, проте перетинаються в певній частині за ознакою спільних рис: частина змішаних договорів є непоіменованими, а частина непоіменованих є змішаними.

Останнім, але не менш важливим питанням, яке потребувало дослідження, стало вільне визначення сторонами типу договору. Свобода в даному випадку виявляється у можливості укласти змішаний договір, який поєднує у собі різні елементи правочинів.

Цивільним кодексом України, окрім вільного вибору типу договору, встановлено й межі цієї свободи визначення умов договору, які стосуються захисту інтересів держави і суспільства. Так недійсним буде вважатися договір, який порушує публічний порядок, а точніше, якщо він був спрямований на порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина, знищення, пошкодження майна фізичної або юридичної особи, держави [6, с. 301–303].

Ще одним прикладом встановлення меж свободи договору є договір приєднання. Як зазначає М. І. Брагинський, умови договору приєднання встановлені однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах, який може бути укладений лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору в цілому. Друга сторона не може запропонувати свої умови договору [2, с. 316].

**Висновок.** Згідно із принципом свободи договору, втіленим у цивільному законодавстві, сторони мають право вільно укласти договір, обирати контрагента та визначити умови договору з урахуванням вимог Цивільного кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Проте існують певні обмеження, межі щодо здійснення особами цивільних прав, які не можуть бути залишеними поза увагою та потребують подальшого ретельного дослідження. Адже в цивільному законодавстві існують не лише дозволи, а й імперативні приписи, яким сторони мусять підкорятися з метою охорони та захисту публічних інтересів, захисту прав та інтересів економічно слабких суб'єктів або осіб, які є юридично та економічно залежними та стають стороною договору, що укладається з тими особами, від яких вони залежать. Та, головною мірою, для забезпечення належного рівня конкуренції на ринку.

#### Література

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. / Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — ст. 461.
2. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. — М.: Статут, 1998. — 511 с.
3. Тищик Б. Й., Орач С. М. Основы римского частного права. — Львів: Ред.-вид. Відділ Львів. ун-ту, 1993. — с. 144.
4. Луць В. В. Контракты у підприємницькій діяльності: Навч. посібник. — К.: Юрінком Інтер, 1999. — с. 17–18.
5. Сокуренько В. Г., Савицкая А. Н. Право, свобода, равенство. — Львів, 1981. — с. 219.
6. Кукуруза М. Місце і роль моральних засад суспільства в здійсненні принципу свободи договору у підприємницькій діяльності / Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні. Матеріали ІХ регіональної науково-практичної конференції. — Львів, 2003. — С. 301–303.

#### References

1. The Civil Code of Ukraine dated January 16, 2003 / Official bulletin of Ukraine. — 2003. — № 11. — st. 461.
2. Braginsky MI, Vitryansky V. V. Contractual right. General Provisions — M.: Statute, 1998. — 511 p.
3. Tishchik B. Y., Orach E. M. Fundamentals of Roman private law. -Lviv: Rev. Department of Lviv Un-th, 1993. — p. 144.
4. Luts V. V. Contracts in entrepreneurial activity: Tutorial. — K.: Yurincom Inter, 1999. — p. 17–18.
5. Sokurenko V. G., Savitskaya A. N. Right, freedom, equality. — Lviv, 1981. — p. 219.
6. Corn M. Location and role of the moral principles of society in the implementation of the principle of freedom of contract in entrepreneurial activity / Problems of state building and protection of human rights in Ukraine. Materials of the IX regional scientific-practical conference. — Lviv, 2003. — p. 301–303.

**Загребельна Ірина Анатоліївна**

*студентка*

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

**Загребельная Ирина Анатольевна**

*студентка*

*Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого*

**Zagrebelna Iryna**

*Student of the*

*Yaroslav Mudryi National Law University*

## ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ THE RULE OF LAW IN CIVIL PROCESS

**Анотація.** Стаття присвячена практиці застосування принципу верховенства права в новому цивільно процесуальному кодексі.

**Ключові слова:** верховенство права, цивільне судочинство, рівність сторін.

**Анотация.** Статья посвящена практике применения принципа верховенства права в новом гражданском процессуальном кодексе.

**Ключевые слова:** верховенство права, гражданское судопроизводство, равенство сторон.

**Summary.** The article is devoted to the practice of applying the rule of law principle in the new civil procedural code.

**Key words:** the rule of law, civil litigation, equality of parties.

**П**остановка проблеми. Верховенство права є загальним принципом права, який не був письмово закріпленим в цивільно процесуальному кодексі. Однак із прийняттям нового цивільно процесуального кодексу постало питання його застосування суддями у прийнятті судових рішень. Оскільки запровадженні новели зобов'язують суддів безпосередньо керуватись верховенством права та посилаються на рішення ЄСПЛ.

**Аналіз основних досліджень і публікацій.** Верховенство права у сфері суспільних відносин, що охоплюється предметом регулювання цивільного процесуального права, є предметом уваги науковців, зокрема таких авторів як С. С. Алексєєв, Г. П. Тимченко, О. В. Константин, О. А. Беяневич, С. П. Головатий та ін. Однак окремі аспекти реалізації верховенства права в цивільному судочинстві залишаються дослідженими неповною мірою.

**Виклад основного матеріалу.** Одним із основних принципів правової держави є принцип верховенства права. Відповідно до ст. 3 Конституції України права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави.

В новому цивільно процесуальному кодексі в ст. 10 закріплений принцип верховенства права, який зазначає, що суд при розгляді справи керується принципом

верховенства права. Треба наголосити, що саме принцип верховенства права надає можливість судді при розгляді конкретної справи застосовувати не тільки норми закону, а й визнані та приписані йому верховенством права інтерпретаційні правила. Разом з тим суддя під час здійснення правосуддя повинен підкорятися тільки закону, а в разі його відсутності — виходити з загальних положень та принципів права у випадках, коли відповідно до закону це допускається.

Позиція визначена Конституційним Судом України. У п. 4.1 Рішення у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 зазначається: «Верховенство права — це панування права в суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним з проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори,

зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України» [1].

У цивільному судочинстві, що засноване на домінуванні публічних засад регулювання із залученням окремих приватних елементів, питома вага яких тяжіє до розширення. У свою чергу, предметом цивільного процесу є конфлікт, приватний за своїм характером, тому владний характер цивільних процесуальних відносин поєднується із диспозитивними засадами динаміки їх виникнення та розвитку. Відповідно, реалізація верховенства права в цивільному судочинстві ґрунтується на узгодженні засад обмеження державної влади (в особі суду) із началами забезпечення рівноваги інтересів суб'єктів приватних відносин.

Яскраве застосування принципу верховенства права, що змінює підхід суддів у вирішенні справ, є рішення у справі № 494/1299/17 від 24 січня 2018 року. В якому Публічне акціонерне товариство комерційний банк «Приватбанк» звернулось з позовом до особи стягнути заборгованість по кредитному договору на загальну суму 11213 гривень. Відповідачка зазначила, що є пенсіонеркою й іншого доходу не має у зв'язку з чим така сума боргу є занадто великою для її скрутного матеріального становища. Суд керувався принципом верховенства права і вказав, що одним з проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України.

Також, при вирішенні даного спору суд наголосив, що справедливість одна з основних засад права і є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права. Ця позиція суду ґрунтується, в тому числі, на рішенні Конституційного Суду України від 02.11.2004 року № 15-рп/2004 у справі № 1-33/2004. Можна зазначи-

ти, що вона тісно пов'язана з процесуальною рівністю сторін, який передбачає, що кожна сторона повинна мати розумну можливість відстоювати свою позицію у справі в умовах, які не ставлять її в суттєво менш сприятливе становище, порівняно з опонентом. Так, в п. 48 рішення Європейського суду з прав людини у справі «Мала проти України» вказується, що ключовим для концепції справедливого розгляду справи як у цивільному, так і кримінальному провадженні є те, щоб скаргник не був позбавлений можливості ефективно представляти свою справу в суді та мав змогу нарівні із протилежною стороною користуватися правами, передбаченими принципом рівності сторін. Принцип рівності сторін вимагає «справедливого балансу між сторонами», і кожній стороні має бути надано відповідну можливість для представлення своєї справи в умовах, що не ставлять її в суттєво не вигідне становище порівняно з її опонентом.

Тому, керуючись принципом верховенства права, справедливості, розумності та рівності сторін, суд прийняв рішення, яке є визначальним для нового етапу розвитку цивільного процесу та закріплення панування прав людини їх пріоритетність у суспільстві, зменшивши заборгованість до 4385 гривень.

Здійснюючи такий підхід до вирішення справ, враховуючи соціальне становище громадян, ставлячи їх права та свободи на перше місце, дає підстави вважати, що закріплення принципу верховенства права в новому цивільно процесуальному кодексі є рушійною силою для більш справедливого та неупередженого правосуддя. Завдяки чому, це сприятиме збільшенню довіри в очах громадян та їх довіри владі.

**Висновок.** Тому, для досягнення соціально значущого результату в системі правового регулювання є важливими не тільки норми права як зразки поведінки, а й відповідні процедури і процес здійснення приписів правових норм, який не повинен відриватися від них, а також їх утримання. Верховенство права має стати стандартом судового правозастосування, елементами якого при розгляді справ в порядку цивільного судочинства повинні бути такі формальні елементи, як законність, правова визначеність, пропорційність і право на справедливий судовий розгляд, а незалежним елементом має стати визнання пріоритетності прав людини.

#### Література

1. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004.
2. Якимчук С. О. Реалізація принципу верховенства права в цивільному процесуальному законодавстві України через призму рішень ЄСПЛ / С. О. Якимчук // Університетські наукові записки. — 2012. — № 1. — С. 355–366.
3. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. / Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 40. — Ст. 492.
4. Козюбра М. І. Верховенство права: українські реалії та перспективи / М. І. Козюбра // Право України. — 2010. — № 3. — С. 7.
5. Петришин О. В. Верховенство права в системі дії права / О. В. Петришин // Проблеми законності. — 2009. — № 100. — С. 25.
6. Рабінович П. Верховенство права як соціально-природний феномен / П. Рабінович // Право України. — 2010. — № 3. — С. 22.

**Калганова Екатерина Игоревна**

*студент магистратуры кафедры финансовых расследований  
Высшей школы государственного аудита МГУ*

**Kalганova Ekaterina**

*Master's Degree of the Chair of Financial Investigations of  
Higher School of State Audit of MSU*

## РЕТРОСПЕКТИВНЫЙ АНАЛИЗ ФОРМИРОВАНИЯ УГОЛОВНО-ПРАВОВОГО ЗАПРЕТА НА НЕЗАКОННОЕ ПОЛУЧЕНИЕ И РАЗГЛАШЕНИЕ КОММЕРЧЕСКОЙ, НАЛОГОВОЙ И БАНКОВСКОЙ ТАЙН

### RETROSPECTIVE ANALYSIS OF THE FORMATION OF CRIMINAL LAW PROHIBITION OF ILLEGAL RECEIPT AND DISCLOSURE OF COMMERCIAL, TAX AND BANKING SECRECY

**Аннотация.** Рассматривается вопрос о социальной и исторической обусловленности криминализации незаконных действий по получению и разглашению информации, относящейся к коммерческой, налоговой или банковской тайне. Особое внимание обращается на предпосылки и проблемы формирования изучаемого уголовно-правового запрета. Выделяются тенденции развития уголовного законодательства, а также дискуссионные вопросы темы, выражает и обосновывает собственное мнение по ним.

**Ключевые слова:** банковская тайна, коммерческая тайна, криминализация, налоговая тайна, незаконное получение, незаконное разглашение, уголовная ответственность.

**Summary.** In article the question of social and historical conditionality of criminalization of illegal actions for receiving and disclosure of information relating to a trade, tax or bank secrecy is considered. Special attention is paid on prerequisites and problems formation of the studied criminal and legal ban. The author allocates tendencies of development of the criminal legislation, and also debatable questions of a subject, expresses and proves own opinion on them.

**Key words:** bank secrecy, trade secret, criminalization, tax secret, illegal receiving, illegal disclosure, criminal liability.

**П**остановка проблемы. Экономическая деятельность во все эпохи была связана с информацией, которую одни лица пытались оберегать, а другие — применять различные способы, направленные на завладение данными, прежде всего, связанными с коммерческими отношениями, банковской деятельностью и налогообложением. Значимость данной информации в силу ее неизвестности посторонним лицам и организациям, росла по мере возникновения и развития рыночных отношений, укрупнения коммерческих организаций и усиления конкурентной борьбы между ними. В то же время увеличивался и размер потенциальных и фактических вредоносных последствий, причиняемых вследствие нарушения режима конфиденциальности соответствующей информации.

**Анализ последних исследований и публикаций.** Вопросы, связанные с описанием в уголовной практике определения незаконного получения и разглашения коммерческой, налоговой и банковской

тайны рассматривались в работах Гладких В. И., Осокина Р. Б., Мурзина Л. И., Сбирунов П. Н.

**Формулировка целей статьи.** Цель настоящей статьи заключается в ретроспективном анализе формирования уголовно-правового запрета на незаконное получение и разглашение коммерческой, налоговой и банковской тайн.

**Изложение основного материала.** Отметим, что в нашем государстве, впрочем, как и во многих других странах мира капиталистические отношения стали быстро формироваться во второй половине XIX века, что нашло свое отображение в законодательстве того времени. В частности, в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. [1], с которого начинается «кодифицированный» этап отечественного уголовного законодательства, [2, с. 88; 3, с. 24; 4, с. 77–78; 5, с. 11]) были предусмотрены нормы, направленные на охрану отношений, связанных с различного рода конфиденциальной информацией, относящейся к коммерческой тайне в сегодняшнем понимании.

Также в Уложении 1845 г. была закреплена ответственность за посягновения на отношения, связанные с торговой тайной. Например, были криминализованы умышленные действия продавцов в виде раскрытия какой-либо тайны или иных, вредных для «хозяина» разглашений, а также за действия биржевых маклеров по досрочному оглашению торговой сделки, совершенные против воли ее сторон.

Динамичное развитие банковской сферы, включая формирование соответствующего законодательства, наблюдавшееся в России в тот же исторический период, предопределило введение уголовно-правового запрета, сконцентрированного на охрану банковской тайны от незаконных действий чиновников и должностных лиц государственных кредитных учреждений, общественных и частных банков.

Также в Уложении 1845 г. была закреплена ответственность за разглашение сведений, относящихся к налоговой тайне (об имущественном положении, долговых обязательствах, оборотах и прибылях плательщиков), совершаемое «сведущими лицами».

В 1903 г. была закончена большая работа над проектом Уголовного Уложения [6]. Разработка данного документа была обусловлена ростом экономики страны, существенными изменениями в государстве и обществе, а также развитием юридической науки и законодательной техники.

В Уложении 1903 г. охране различного рода тайн была посвящена специальная глава XXIX «Об оглашении тайны», нормы которой регулировали отношения, обеспечивающие защиту конфиденциальных сведений. В частности, предусматривалась ответственность за умышленное разглашение при отсутствии уважительных причин сведений, которые составляют тайну, если это могло причинить вред имущественного характера или опозорить другое лицо, которого касались эти сведения.

В советский период нашей истории законодательство развивалось в русле общего политического и экономического курсов государства, в том числе с учетом отказа от капиталистического образа построения экономики страны. Исходя из этого, все соображения относительно охраны коммерческой, налоговой или банковской тайны стали рассматриваться как проявления прежнего буржуазного государства, излишние в советском законодательстве.

Вместе с тем в советском государстве охранялись отдельные виды тайны, в том числе тайна банковского вклада. В ст. 117 УК РСФСР 1922 г., включенной в главу II «Должностные (служебные) преступления», содержался запрет на разглашение должностными лицами сведений, которые не подлежат оглашению, то есть данная норма, будучи бланкетной, отсылала к другому законодательству, предусматривающему запрет на разглашение той или иной конфиденциальной информации. То есть разглашение тайны (ст. 117 УК РСФСР 1922 г.), имевшее формальную конструкцию состава, законодательно

приравнялось к злоупотреблению должностными полномочиями, повлекшему тяжкие последствия.

Законодательство того времени была весьма динамичным, что первоначально было связано со стремлением скорейшего замещения нормативных правовых актов прежнего режима, а затем — с необходимостью существенной доработки изданных в спешном порядке законов. Не исключением стал и первый Уголовный кодекс 1922 г., утративший силу в связи принятием и вступлением в действие УК РСФСР 1926 г.

Глава III УК РСФСР 1926 г. «Должностные (служебные) преступления» включала статью 121, в которой предусматривалась ответственность за разглашение, сообщение, передачу или собирание в целях передачи должностным лицом сведений, не подлежащих оглашению. Данное преступление наказывалось лишением свободы на срок до трех лет или дисциплинарным взысканием, налагаемым соответствующими органами.

В Уголовном кодексе РСФСР 1960 г. не была предусмотрена норма, аналогичная ст. 121 УК РСФСР 1926 г. или ст. 117 УК РСФСР 1922 г. Разглашение, сообщение, собирание и передачу конфиденциальных сведений, не являющихся государственной тайной или тайной усыновления, относящихся к предмету других преступлений, при наличии определенных обстоятельств могли быть квалифицированы как злоупотребление должностными полномочиями или халатность. Вместе с тем Указом Президиума Верховного Совета РСФСР от 30 января 1984 г. [7] число иных государственных преступлений пополнилось новым видом, состоящим в передаче иностранными организациями сведений, составляющих служебную тайну. При этом к последней были отнесены экономические, научно-технические или иные сведения, образующие служебную тайну. Основной состав данного преступления был сконструирован как формальный, причем деяние образовывали два альтернативных действия — передача или собирание в целях передачи указанных сведений иностранным организациям или их представителям.

Законодательный подход к установлению уголовной ответственности за незаконные собирание и разглашение конфиденциальных сведений не менялся вплоть до 90-х годов прошлого века, когда после краха советской социально-экономической формации стала выстраиваться новая, основанная преимущественно на рыночных, по сути, капиталистических экономических отношениях.

Принятие Закона от 2 декабря 1990 г. «О банках и банковской деятельности в РСФСР» [8] с последующими изменениями и дополнениями, а также первых двух частей Гражданского кодекса Российской Федерации позволило сформировать основы для регулирования отношений, связанных с обеспечением коммерческой и банковской тайны [9, с. 8], и создали предпосылки для введения уголовной

ответственности за посягательства на соответствующий объект.

Статья 183 Уголовного кодекса Российской Федерации, вступившего в силу 1 января 1997 г., была включена в главу 22 «Преступления в сфере экономической деятельности» раздела VIII «Преступления в сфере экономики», и первоначально предусматривала ответственность за незаконные действия в отношении двух видов тайн — коммерческой и банковской. Изначально данная уголовно-правовая норма включала два основных состава, и не предусматривала квалифицирующие признаки.

В дальнейшем в связи с принятием 31 июля 1998 г. части первой Налогового кодекса Российской Федерации, закрепившей понятие налоговой тайны, а также с учетом накопившихся вопросов к редакции ст. 183 УК РФ, в последнюю был внесен ряд изменений, существенно изменивших ее структуру и содержание [10].

Отметим, что область уголовно-правовой охраны общественных отношений, обеспечивающих

информационную безопасность при осуществлении экономической деятельности, расширилась за счет дополнения главы 22 УК РФ статьей 185.6, предусматривающей ответственность за неправомерное использование инсайдерской информации [11] и конкурирующей с рассматриваемой уголовно-правовой нормой [12, с. 225–226].

**Выводы из данного исследования и перспективы дальнейших исследований в данном направлении.** Результаты проведенного исследования позволяют сделать вывод о том, что востребованными представляются отсутствующие в настоящее время разъяснения Пленума Верховного Суда Российской Федерации относительно толкования признаков составов преступлений, предусмотренных ст. 183 УК РФ, и квалификации данных уголовно-наказуемых деяний, в том числе их отграничения от смежных преступлений, например, от неправомерного использования инсайдерской информации (ст. 185.6 УК РФ).

#### Литература

1. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. (в ред. 1866 и 1885 гг.). изд. 18-е, пересм. и доп., изд. Таганцевым Н. С. СПб.: Российская типография, 1915. — 977 с.
2. Осокин Р. Б. Состояние уголовно-правового противодействия преступлениям против общественной нравственности в некодифицированный период развития российского уголовного законодательства / Вестник Московского университета МВД России. — 2015. — № 2. — С. 86–89.
3. Осокин Р. Б. Теоретико-правовые основы уголовной ответственности за преступления против общественной нравственности: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2014. — 46 с.
4. Осокин Р. Б. Теоретико-правовые основы уголовной ответственности за преступления против общественной нравственности: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2014. — 581 с.
5. Осокин Р. Б. Уголовно-правовая охрана общественной нравственности: история и зарубежный опыт противодействия: монография. Тамбов, 2013. — 156 с.
6. Уголовное уложение 22 марта 1903 г. с мотивами, извлеченными из объяснительной записки редакционной комиссии, представления Мин. Юстиции в Государственный Совет и журналов — особого совещания, особого присутствия департаментов и общего собрания Государственного Совета. СПб.: Издание Н. С. Таганцева, 1904. — 1126 с.
7. Указ Президиума Верховного Совета РСФСР от 30 января 1984 г. «О внесении изменений и дополнений в Уголовный и Уголовно-процессуальный кодексы РСФСР» / Ведомости Верховного Совета РСФСР. — 1984. — № 5. — ст. 168.
8. Закон от 2 декабря 1990 г. № 395–1 «О банках и банковской деятельности в РСФСР» / Российская газета. — 1996, 10 февраля.
9. Елин М. В. Место коммерческой тайны в хозяйственной деятельности субъектов / М. В. Елин // Налоговая политика и практика. — 2012. — № 10/1. — С. 8–15.
10. Федеральный закон от 7 августа 2001 г. № 121-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем» / Собрание законодательства Российской Федерации. — 2001. — № 33. — ч. I. — ст. 3424.
11. Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 224-ФЗ «О противодействии неправомерному использованию инсайдерской информации и манипулированию рынком и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» / Собрание законодательства Российской Федерации. — 2010. — № 31. — ст. 4193.
12. Гутник С. И. Противодействие использованию инсайдерской информации уголовно-правовыми методами: потенциальные проблемы правоприменения / С. И. Гутник // Вестник Омского университета. Серия «Право». — 2014. — № 1. — С. 224–226.



**References**

1. The code about punishments of criminal and corrective 1845 (ed. 1866 and 1885). ed. 18-e, Rev. and extra, ed. Tagantsev N. With. SPb.: Russian printing house, 1915. — 977 p.
2. Osokin, R. B. the Status of criminal and legal counteraction to offences against public morality in the tacit period of development of Russian criminal law // Bulletin of Moscow University of the MIA of Russia. 2015. No 2. — P. 86–89.
3. Osokin R. B. Theoretical and legal bases of criminal responsibility for crimes against public morality: author. dis. ... d-RA jurid. sciences'. M., 2014. — 46 p.
4. Osokin R. B. Theoretical and legal bases of criminal responsibility for crimes against public morality: dis. ... d-RA jurid. sciences'. M., 2014. — 581 p.
5. Osokin, R. B. Criminal-legal protection of public morality: the history and foreign experience of counteraction]. Tambov, 2013. — 156 p.
6. Criminal code on March 22, 1903, with the motifs extracted from the explanatory notes of the drafting Committee, views Min. Of justice to the Council of State and a log of the special meeting, the special presence of the departments and of the General meeting of the State Council. SPb.: The Publication Of N. With. By Tagantsev, 1904. — 1126 p.
7. Decree of the Presidium of the Supreme Soviet of the RSFSR of January 30, 1984 «on amendments and additions to the criminal code and Criminal procedure RSFSR» / sheets of the Supreme Soviet of the RSFSR. — 1984. — No. 5. — p. 168.
8. Law of 2 December 1990 No. 395–1 «on banks and banking activity in the RSFSR» / Rossiyskaya Gazeta. — 1996, February 10.
9. Elin M. V. place of trade secrets in economic activity of subjects / M. V. Elin / Tax policy and practice. — 2012. — No 10/1. — C. 8–15.
10. Federal law No. 121-FZ of 7 August 2001 «On amendments and additions to legislative acts of the Russian Federation in connection with the adoption of the Federal law on countering the legalization (laundering) of proceeds from crime» / Collection of legislation of the Russian Federation. — 2001. — No. 33, part I, Art. 3424.
11. Federal law No. 224-FZ of 27 July 2010 «on countering the misuse of insider information and market manipulation and on amending certain legislative acts of the Russian Federation» / Collection of legislation of the Russian Federation. — 2010. — No 31. — the item 4193.
12. Counteraction To the use of insider information by criminal law methods: potential problems of law enforcement / S. I. Gutnik // Vestnik of Omsk University. Series «Right». — 2014. — No. 1. — C. 224–226.

**Крапив'янська Вікторія Вячеславівна**

*студентка*

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

**Крапивьянская Виктория Вячеславовна**

*студентка*

*Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого*

**Krapivianskaya Victoria**

*Student of the*

*Yaroslav Mudryi National Law University*

**Науковий керівник:**

**Кушніренко Олександр Георгійович**

*кандидат юридичних наук, доцент кафедри конституційного права*

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого*

**Научный руководитель:**

**Кушниренко Александр Георгиевич**

*кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного права*

*Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого*

**Research manager:**

**Kushnirenko Alexander**

*Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of*

*Department of Constitutional Law*

*Yaroslav Mudryi National Law University*

## **АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ І ОХОРОНИ ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ**

## **АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ И ОХРАНЫ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В УКРАИНЕ**

## **ACTUAL PROBLEMS FOR SUPPORT AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN UKRAINE**

**Анотація.** У статті розглянуто основні проблеми реалізації та охорони прав і свобод людини і громадянина в Україні. Здійснено комплексний аналіз факторів, що здійснюють вплив на процес реалізації прав людини в Україні. В даній статті аналізуються основні проблеми розвитку механізму забезпечення прав і свобод людини і причини його неефективності. Автор зазначає, що на даному етапі розвитку Української держави і суспільства проблема забезпечення прав і свобод особи набуває особливого значення, адже у сучасному світі ступінь забезпеченості прав і свобод особи є ціннісним орієнтиром, який свідчить про досягнутий рівень демократії держави, ступінь розвиненості суспільства.

Зроблено висновок, про необхідність здійснити комплексний перегляд законодавства, уникаючи колізій і прогалин, зміцнити авторитет держави у суспільстві і вдосконалити механізм захисту і забезпечення прав і свобод людини.

**Ключові слова:** права і свободи людини і громадянина, реалізація та захист прав і свобод, Конституція України, гарантії, механізм захисту прав.

**Аннотация.** В статье рассмотрены основные проблемы реализации и защиты прав и свобод человека и гражданина в Украине. Осуществлен комплексный анализ факторов, оказывающих влияние на процесс реализации прав человека в Украине. В данной статье анализируются основные проблемы развития механизма обеспечения прав и свобод человека и причины его неэффективности. Автор отмечает, что на данном этапе развития Украинского государства и общества проблема обеспечения прав и свобод личности приобретает особое значение, ведь в современном мире степень

обеспеченности прав и свобод личности является ценностным ориентиром, который свидетельствует о достигнутом уровне демократии государства, степени развитости общества.

Сделан вывод о необходимости осуществить комплексный пересмотр законодательства, избегая коллизий и пробелов, укрепить авторитет государства в обществе и усовершенствовать механизм защиты и обеспечения прав и свобод человека.

**Ключевые слова:** права и свободы человека и гражданина, реализация и защита прав и свобод, Конституция Украины, гарантии, механизм защиты прав.

**Summary.** The article is headlined actual problems for support and protection of human rights in Ukraine. The article is devoted to the main problems of the implementation and protection of human and civil rights and freedoms in Ukraine. The author carries out a comprehensive analysis of the factors influencing the process of realization of human rights in Ukraine. According to the article at the current stage of development of the Ukrainian state and society, the problem of ensuring the rights and freedoms of the individual becomes of particular importance, because in the modern world the degree of human rights and freedoms is a valuable benchmark, which testifies to the level of democracy achieved by the state, the degree of development of society. The conclusion is drawn that the problem remains the formal nature of most human rights and freedoms, the lack of an effective mechanism for their implementation. It is necessary to carry out a comprehensive review of legislation, avoiding collisions and gaps, to strengthen the authority of the state in society and to improve the mechanism of protection and guarantee of human rights and freedoms.

**Key words:** rights and freedoms of human and citizen, realization and protection of rights and freedoms, Constitution of Ukraine, guarantees, mechanism of protection of rights.

**Постановка проблеми.** На сучасному етапі розвитку Української держави і суспільства проблема забезпечення прав і свобод особи набуває особливого значення. Ця проблема тісно пов'язана з недостатнім рівнем дотримання закріплених у Конституції України прав і свобод особи з боку держави, що знаходить свій прояв як у певних труднощах реалізації деяких з них (передусім це стосується соціально-економічних прав), так і в недостатньому рівні їх захищеності від правопорушень. Існуюча різниця між закріпленими в Конституції правами і свободами особи, а також закріпленими у ній гарантіями цих прав і свобод, та практикою їхньої реалізації й захисту можна пояснити тим, що основні передумови ефективного забезпечення прав і свобод особи, якими є громадянське суспільство і демократична, правова, соціальна держава, ще не склалися.

У сучасному світі ступінь забезпеченості прав і свобод особи — це той критерій, за яким оцінюється досягнутий рівень демократії в державі. В Україні на тлі глибоких соціально-економічних, політичних, ідеологічних та культурних перетворень створення належних умов для реального здійснення кожним своїх суб'єктивних прав виступає актуальною теоретичною й практичною проблемою, адже є непоодинокі випадки, коли існує певне право, але відсутні шляхи його реалізації і захисту.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Дослідженням цієї проблеми в Україні займалися такі науковці: О. В. Батанов, О. В. Зайчук, П. М. Рабінович, В. Я. Тацій, О. Г. Кушніренко, В. Ф. Погорілко, Ю. С. Шемчушенко.

**Постановка завдання.** Завданням дослідження є висвітлення найважливіших аспектів захисту та забезпечення прав людини та громадянина, визна-

чення основних проблем їх реалізації в Україні та шляхів вирішення цих проблем.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Права людини, їх обсяг та можливість реалізації та захисту є ціннісним орієнтиром, який свідчить про ступінь зрілості й розвиненості суспільства та держави. Як зазначає Ю. Разметаєва, права людини є фундаментальною цінністю громадянського суспільства, оскільки, по-перше, вони рівною мірою належать кожному члену суспільства та окреслюють йому певний простір свободи, в якому можлива реалізація потреб людини й межі, за якими розпочинається відповідний простір інших. По-друге, права людини містять ідею гідності, поваги до інших і до себе, передбачають ставлення до іншої людини як до такого ж носія прав, тобто як до рівного. По-третє, ступінь захищеності прав людини, можливості їх реалізації є показником ефективності громадянського суспільства, гарантією захисту індивідів від свавілля як з боку інших людей, так і держави. По-четверте, однією з властивостей прав людини є їхня здатність вважатися універсальною цінністю, тобто вони мають значення для будь-якого суспільства громадянського типу, незалежно від національно-культурного контексту [2, с. 111].

Система конституційних прав людини і громадянина в Україні охоплює теоретично максимально всеосяжний спектр прав і свобод у виборі способів і засобів життєдіяльності кожної людини, що проживає чи перебуває в нашій країні. І це, безумовно, позитивне надбання нашого суспільства. Однак практична реалізація та захист цих прав і свобод майже щоразу наштовхуються на значні перепони і перешкоди, що мають як об'єктивний, так і суб'єктивний характер та є підґрунтям для невирішених проблем у цій сфері. До проблем реалізації та захисту

прав людини і громадянина в Україні в контексті верховенства права можна віднести: низький рівень правової культури і правової свідомості переважної більшості членів нашого суспільства; низький рівень дотримання правопорядку (законності) у житті суспільства і держави та беззастережної відповідальності кожної без винятку особи перед собою і оточенням за процес і результати своєї діяльності; низький рівень професіоналізму у сфері політичного та державного менеджменту і його виняткова залежність від особистих й групових (кланових) інтересів [1, с. 29–30].

Україна є стороною практично всіх багатосторонніх конвенцій ООН в галузі прав людини. Однак із теперішніми соціально-економічними умовами вона не в змозі забезпечити виконання низки міжнародних норм. Реалізація на практиці конституційного правоположення про права людини як найвищої соціальної цінності передбачає стійкий економічний розвиток країни, наявність чіткої державної політики, яка є зорієнтованою на забезпечення прав і свобод людини [3, с. 23].

Як видається, для ефективного забезпечення прав і свобод людини потрібно два чинники: суб'єктивний і об'єктивний. В свою чергу, об'єктивний чинник — це реальні матеріально-фінансові можливості держави, за допомогою яких створюються умови для реалізації прав і свобод, а суб'єктивний — доцільне використання державою цих можливостей.

Тому актуальним є питання чи справляється Україна з її конституційним обов'язком — забезпечувати реалізацію і захист прав людини і громадянина. Сіренко В. вважає, що рівень забезпечення конституційних прав в Українській державі є надзвичайно низьким. Крім того, що Конституція України не містить механізму реалізації конституційних прав людини, держава також не має можливості допомогти громадянам в реалізації їх прав [4, с. 22].

Про це свідчить те, що у 2017 році до Верховної Ради України надійшло 113,7 тис. пропозицій, заяв і скарг громадян, серед яких 70 тис. щодо забезпечення дотримання законності, реалізації прав і свобод громадян.

Як зазначає О. В. Прієшкіна, у зв'язку з тим, що держава не забезпечує достатньою мірою реалізацію прав і свобод громадян, зростає їхня недовіра до держави і посилюється відчуження від влади. Такий стан речей є причиною суспільної апатії, яка викликана байдужістю, безвідповідальністю відповідних владних структур, дискримінацією і дискредитацією демократичних цінностей у суспільстві, що неодноразово відмічали соціологи в процесі аналізу настроїв у суспільстві. Кризовий стан економіки України породжує соціальну анемію вельми значної частини населення, веде до різкої соціальної диференціації. На забезпечення прав людини негативно впливає також жорстке протистояння політичних сил, які підривають стабільність суспільства, стабільність

конституційного ладу, а низький рівень правової культури посадових осіб і громадян, падіння моральних цінностей — не є оптимальним фоном для забезпечення прав людини і громадянина [5, с. 38].

Слід зазначити, що забезпечити реалізацію та дотримання прав і свобод людини в Україні можливо тільки за допомогою ефективного реформування системи влади та дотримання комплексного підходу до забезпечення прав людини як з боку держави, так і громадянського суспільства [5, с. 38].

Слід констатувати, що більшість прав і свобод поки мають більш декларативний, ніж реальний характер. Важливою причиною наявних проблем у галузі реалізації прав і свобод є те, що юридичні норми, які стосуються прав і свобод особи, об'єктивно не відповідають фактичним соціальним можливостям, які вони опосередковують. Через економічні проблеми держава фактично не спроможна забезпечити і гарантувати всім громадянам більшість проголошених у Конституції соціальних і економічних прав і свобод. На підставі зазначеного, особливої гостроти набуває проблема удосконалення і переосмислення існуючої системи конституційних гарантій прав і свобод людини в Україні, враховуючи реальні можливості держави.

Важливою проблемою в Україні є ефективність механізму захисту прав, що залежить від стабільності суспільства, де слідування букві і духові закону є правилом, а не виключенням. Для підвищення ефективності механізмів захисту прав необхідно змінювати правову культуру і правосвідомість народу, формувати їх через виховання і освіту [3, с. 24].

Однозначно, проблема реальності прав, свобод і законних інтересів має не тільки правовий аспект. Вона пов'язана з економічним і політичним положенням суспільства, станом духовності і консолідованості. Як зазначає Пильгун Н. В., для того, щоб створити в Україні правову державу, в якій би були реальними права і свободи людини та громадянина, потрібно:

- створити єдину Концепцію забезпечення прав, свобод, обов'язків та законних інтересів людини і громадянина і таким чином забезпечити послідовність, системність, комплексність вирішення цього завдання;
- у згаданій концепції або в іншому законодавчому акті передбачити шляхи підвищення правової культури посадових осіб, конкретні міри відповідальності за відхід від права, який найбільш проявляється в неповазі до прав, свобод та законних інтересів людини і громадянина;
- змінити відношення посадових осіб до Конституції;
- слід активно пропагувати, а можливо, навіть і вчити самих громадян захищати свої права, використовуючи правосуддя, можливість звернення до органів державної влади та місцевого самоврядування, а також до міжнародних органів

і організацій. Такими засобами захисту можуть бути звернення до засобів масової інформації, використання різних громадських об'єднань. Особливого значення набувають правозахисні рухи у формі різних об'єднань для захисту своїх прав і свобод;

- поряд із визнанням норм Конституції нормами прямої дії слід встановити пряму дію норм міжнародного права у сфері охорони і забезпечення прав людини [3, с. 24–25].

Практика діяльності соціальної держави повинна включати в себе цілий набір соціальних можливостей громадянина, щоб забезпечити йому гідне життя в суспільстві. Серед цих можливостей у міжнародних документах наголошується, що кожен повинен мати можливість заробляти собі на життя шляхом вільного вибору професії та занять; всі мають право на справедливі, здорові і безпечні умови праці; всі працівники мають право на справедливу винагороду і соціальне забезпечення, соціальну та медичну допомогу; кожен має право на необхідні можливості в галузі професійного навчання, професійну орієнтацію з метою вибору роду занять, відповідно до особистих здібностей, задатків та інтересів працівників; працюючі жінки-матері, діти і молодь мають право на спеціальний захист; всі працівники та роботодавці мають право на ведення колективних переговорів, на свободу об'єднання у національні або міжнародні організації для захисту своїх економічних і соціальних інтересів; сім'я, діти, молодь і люди похилого віку мають право на соціальний, правовий та економічний захист; всі працівники мають право на допомогу при звільненні; на захист своєї гідності під час трудової діяльності; кожен має право на захист від бідності та соціального відчуження та інші права [6, с. 42].

Без своєї реалізації права і свободи людини і громадянина, закріплені в Основному Законі, є порожнім звуком. Як вірно вказує М. Матузов, не достатньо проголосити певні права і свободи — головне, — матеріалізувати їх, запровадити в життя, тому що права і свободи людини і громадянина легко записуються на папері, але дуже важко реалізуються в житті [7, с. 299].

Забезпечення належного захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні є важливим завданням держави і актуальним напрямом розвитку правової системи. Наші очікування від ефективності сучасного права, відчуття захищеності кожним (від якості медичного обслуговування до належних умов праці), гарантований і забезпечений відповідно до рівня цивілізованих держав перелік прав — все це, як і багато інших складових, входить у поняття демократичного права. Від того, наскільки право є «конструктивним», багато в чому залежить якість нашого життя сьогодні і його «якісне удосконалення» завтра [6, с. 19].

Відсутність конструктивного змісту правових норм так чи інакше призводитиме і призводить до

порушення прав і свобод людини. Поширеними прикладами цього є явища «тіньового законодавства», «тіньової норми» та законотворчості, що їх віддзеркалює. Йдеться про те, що певна група представників «великого бізнесу» або партійного представництва замовляють той чи інший законопроект, який часто-густо обслуговує потреби певної соціальної групи [6, с. 20].

Слід також зазначити, що в даній час склалась негативна практика щодо дотримання органами влади та їх посадовими особами зазначених норм, що в свою чергу негативно вплинуло на стан захищеності гарантованих національним законодавством України та нормами міжнародного права прав та свобод людини та громадянина. Збільшилась кількість звернень громадян, які вичерпали всі національні засоби захисту, і звертаються до Європейського суду з прав людини за захистом їх порушених прав та свобод, як до останньої інстанції, що в змозі осудити безвідповідальність деяких посадових осіб у різних гілках влади, відновити порушені права та компенсувати понесені матеріальні збитки та моральну шкоду.

Аналіз практики вирішення спорів Європейським Судом з прав людини, щодо порушення Україною в особі її органів норм Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, свідчить про негативну тенденцію у діяльності всієї системи державних органів, в наслідок порушення окремими посадовими особами норм українського та міжнародного законодавства. При цьому значні витрати бере на себе і без того перевантажений бюджет України, а не особи, які повинні нести персональну відповідальність за свої дії або бездіяльність, такий стан речей, безперечно, не кращим чином відображається на іміджі нашої Держави в очах світової спільноти [8].

Права людини виступали та продовжують виступати свого роду заручниками складних процесів державотворення, об'єктом системних політичних спекуляцій з боку практично усіх політичних сил, що значною мірою у суспільній свідомості нівелювало й саму цінність прав людини. Практично всі «гарантовані» права порушуються самим ж гарантми. З року в рік зростає кількість порушень прав людини та вчинених злочинів.

На жаль, громадяни України не звикли до можливості судового захисту своїх прав і свобод та не використовують цей засіб в повній мірі. Це обумовлено тим, що: по-перше, строк розгляду справ законодавчо чітко невстановлений, тому громадяни роками не можуть захистити свої права, а це породжує недовіру, непошану громадян до суддів та судової системи загалом; по-друге, через неспроможність більшості громадян сплатити державне мито та скористатися послугами адвоката; по-третє, існує велика кількість колізій і прогалин в українському законодавстві, нестабільність, часто змінюване законодавство. Судова система страждає від надмірного

навантаження, недофінансування, що породжує її корумпованість [9, с. 77–78].

Можна вирізнити два аспекти якості законодавства у сфері захисту прав і свобод людини: соціальний, що пов'язаний із його змістом, і юридичний, що пов'язаний із формою. По-перше, зміст нормативно-правового акту повинен відповідати основним напрямкам розвитку суспільства; по-друге, не менш важливою є відповідність закону реальним умовам життя і відповідна ресурсозабезпеченість; по-третє, законність нормативно-правового акту, тобто відповідність Конституції України та іншим актам; по-четверте, закони повинні бути правовими, тобто відповідати принципам демократії і соціальної справедливості, а також нормам моралі.

Зрозуміло, що право здатне встановлювати певні орієнтири лише у тому випадку, коли воно саме є якісним і зрозумілим. Звідси вимога однозначності правових норм: вони повинні чітко визначати права і обов'язки, пов'язані з юридичною відповідальністю, чітко вказувати на правові наслідки певного діяння. Проте такі вимоги не виконуються в повному обсязі внаслідок нечіткості можливих смислових тлумачень [6, с. 21].

Слід зауважити, що суб'єктивне юридичне право громадянина може виникати лише за умови закріплення його в законодавстві. Зміст основних прав і свобод у нормативно-правових актах — Конституції та законах — формулює законодавчий орган держави. Відповідно до Конституції України громадяни

України наділені системою громадянських, економічних, політичних, соціальних та культурних прав. Проголошення цих прав на практиці не означає їх реальної реалізації, яка може бути здійснена лише за умови відповідних механізмів їх забезпечення, у тому числі існуванням державного фінансування, передбаченого державним бюджетом. Реальне забезпечення прав та свобод людини і громадянина є однією з найважливіших ознак суверенної демократичної, правової держави [6, с. 25].

**Висновки з даного дослідження і перспективи подальшого розвитку.** Таким чином, можна зазначити те, що закріплені в Конституції України права і свободи людини є реальним шляхом до побудови соціальної, правової, демократичної держави. Але проблемою залишається формальний характер більшості прав і свобод, відсутність ефективного механізму їх реалізації. Необхідно здійснити комплексний перегляд законодавства, уникаючи колізій і прогалин, зміцнити авторитет держави у суспільстві і вдосконалити механізм захисту і забезпечення прав і свобод людини [3, с. 25]. Забезпечення невід'ємних прав і свобод кожної людини має стати основою національної ідеї, яка може консолідувати суспільство і послугувати підґрунтям для подальшого демократичного розвитку України. Держава має визнавати людину найвищою соціальною цінністю, легалізувати, легітимувати, охороняти її права і свободи, забезпечити їх реальне здійснення.

#### Література

1. Суценко В. М. Проблеми реалізації та захисту прав і свобод людини та громадянина в Україні / В. М. Суценко // Наукові записки НаУКМА. Том 129. Юридичні науки. — 2012. — С. 28–31 — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/2216/Sushchenko\\_Problemy\\_realizatsii\\_ta\\_zakhystu.pdf](http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/2216/Sushchenko_Problemy_realizatsii_ta_zakhystu.pdf)
2. Разметаєва Ю. Права людини як фундаментальна цінність громадянського суспільства / Ю. Разметаєва // Юридический вестник. — 2006. — № 1. — С. 109–112.
3. Пильгун Н. В. Проблеми реалізації прав людини та громадянина в сучасній Україні / Н. В. Пильгун / Юридичні науки: Збірник наукових праць. — 2016. — С. 22–25 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.lj.kherson.ua/2016/pravo02/part\\_1/7.pdf](http://www.lj.kherson.ua/2016/pravo02/part_1/7.pdf)
4. Сіренко В. Сучасний стан реалізації основних прав і свобод людини та громадянина в Україні / В. Сіренко // Право України. — 2009. — № 4. — С. 22–28.
5. Прієшкіна О. В. Права людини в Україні: проблеми та перспективи розвитку / О. В. Прієшкіна / Правова держава: Збірник наукових праць. — 2009. — С. 33–40 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://dspace.onu.edu.ua:8080/bitstream/handle/123456789/10388/33-40.pdf?sequence=1>
6. Сіренко В. Ф., Оніщенко Н. М. Актуальні проблеми забезпечення і охорони прав людини в Україні / В. Ф. Сіренко, Н. М. Оніщенко // Правова держава. — Випуск 25.
7. Загальна теорія держави і права / за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришин. — Хакрів: Право, 2009.
8. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» (щодо вдосконалення процедури виконання рішень та пропозицій Європейського суду з прав людини).
9. Єльнікова М. О. Удосконалення механізму реалізації та захисту прав людини в Україні / М. О. Єльнікова // Конституційне і муніципальне право. — 2015 — С. 76–83.

**References**

1. Sushchenko V. M. Problemi realizatsii ta zakhystu prav i svobod lyudini ta gro-madyanina v Ukraïni / V. M. Sushchenko / Naukovi zapiski NaUKMA. Tom 129. Yuridichni nauki. — 2012. — С.28–31 [Elektronniy resurs]. — Rezhim dostupu: [http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/2216/Sushchenko\\_Problemy\\_realizatsii\\_ta\\_zakhystu.pdf](http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/2216/Sushchenko_Problemy_realizatsii_ta_zakhystu.pdf)
2. Razmetaeva Y. Prava lyudini yak fundamentalna tsinnist gromadyanskogo suspilstva / Y. Razmetaeva // Yuridicheskiy vestnik. — 2006. — № 1. — S. 109–112.
3. Pilgun N. V. Problemi realizatsii prav lyudini ta gromadyanina v suchasniy Ukraïni / N. V. Pilgun // Yuridichni nauki: Zbirnik naukovikh prats. — 2016. — S.22–25 [Elektronniy resurs]. — Rezhim dostupu: [http://www.lj.kherson.ua/2016/pravo02/part\\_1/7.pdf](http://www.lj.kherson.ua/2016/pravo02/part_1/7.pdf)
4. Sirenko V. Suchasniy stan realizatsii osnovnikh prav i svobod lyudini ta gro-madyanina v Ukraïni / V. Sirenko // Pravo Ukraini. — 2009. — № 4. — S. 22–28.
5. Prieshkina O. V. Prava lyudini v ukraini: problemi ta perspektivi rozvitku / O. V. Prieshkina // Pravova derzhava: Zbirnik naukovikh prats. — 2009. — S. 33–40 [Elektronniy resurs]. — Rezhim dostupu: <http://dspace.onu.edu.ua:8080/bitstream/handle/123456789/10388/33-40.pdf?sequence=1>
6. Sirenko V. F., Onishchenko N. M. Aktualni problemi zabezpechennya i okhoroni prav lyudini v Ukraini / V. F. Sirenko, N. M. Onishchenko // Pravova derzhava. — Vipusk 25.
7. Zagalna teoriya derzhavi i prava / za red. M. V. Tsvika, O. V. Petrishin. — Khakriv: Pravo, 2009.
8. Poyasnyvalna zapiska do proektu Zakonu Ukraïni «Pro vnesennya zmin do Zakonu Ukraïni «Pro vikonannya rishen ta zastosuvannya praktiki Evropeyskogo sudu z prav lyudini» (shchodo vdoskonalennya protseduri vikonannya rishen ta propozitsiy Evropeyskogo sudu z prav lyudini).
9. Elnikova M. O. Udoskonalennya mekhanizmu realizatsii ta zakhystu prav lyudini v Ukraini / M. O. Elnikova // Konstitutsiynе i munitsipalne pravo. — 2015. — С. 76–83.

**Наум Максим Ярославович**

*студент*

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

**Наум Максим Ярославович**

*студент*

*Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого*

**Naum Maksim**

*Student of the*

*Yaroslav Mudryi National Law University*

**Сальніков Михайло Олегович**

*студент*

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

**Сальников Михаил Олегович**

*студент*

*Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого*

**Sallnikov Mikhail**

*Student of the*

*Yaroslav Mudryi National Law University*

## ФІЗИЧНА ОСОБА ЯК СУБ'ЄКТ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

## ФИЗИЧЕСКОЕ ЛИЦО КАК СУБЪЕКТ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

## THE INDIVIDUAL AS A SUBJECT OF INTERNATIONAL LAW

**Анотація.** Стаття присвячена з'ясуванню статусу індивіда як суб'єкта міжнародного права. Виділено проблемні питання, які виникають з визнанням міжнародної правосуб'єктності фізичної особи. Розглянуто теоретичні концепції і практика які мають відношення до досліджуваного питання. Проаналізовано основні форми і види участі індивідів в міжнародно-правових відносинах.

**Ключові слова:** фізична особа, індивід, статус індивіда, суб'єкти міжнародного права, міжнародна правосуб'єктність.

**Аннотация.** Статья посвящена определению статуса индивида как субъекта международного права. Выделены проблемные вопросы, которые возникают с признанием международной правосубъектности физического лица. Рассмотрены теоретические концепции и практика которые имеют отношение к исследуемому вопросу. Проанализированы основные формы и виды участия индивидов в международно-правовых отношениях.

**Ключевые слова:** физическое лицо, индивид, статус индивида, субъекты международного права, международная правосубъектность.

**Summary.** The article is dedicated to determining the status of an individual as a subject of international law. Problematic issues, which arise with the recognition of the international legal personality of an individual were highlighted in the article. Here were considered theoretical concepts and practices that relate to the issue under investigation. In the article also were analyzed the basic forms and types of participation of individuals in international legal relations.

**Key words:** individual, status of the individual, subjects of international law, international legal personality.

**Постановка проблеми.** В умовах глобалізації система сучасних міжнародних відносин зазнає радикальних змін. Досить довго теорія міжнародного права стояла на позиції, що міжнародне публічне право було в повному розумінні цього

визначення міждержавним правом, тому що держави були основними і єдиними його суб'єктами. Однак ХХ століття під впливом глобалізаційних процесів, дає поштовх для процесу адаптації нових інститутів, нових суб'єктів міжнародного права.



Найбільш дискусійним та актуальним протягом багатьох років залишається питання про визнання фізичної особи суб'єктом міжнародного права. Такий інтерес зумовлений зростанням кількості міжнародних норм, які регламентують правовий статус індивіда, а також відсутністю чіткої загальноновизнаної позиції в науковців, насамперед через розмите розуміння правового становища фізичної особи на міжнародній арені, а тим паче про визначення меж його правосуб'єктності.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Як було зазначено, відсутня єдина позиція дослідників даного питання, з приводу того становища, яке займає індивід у міжнародно-правових відносинах. І. Лукашук, С. Черниченко, Б. Ганюшкін, Г. Тункін, Ч. Хайд вважають, що фізична особа ні за яких умов не може бути визнана суб'єктом міжнародного права. Такі науковці як А. Дмитрієв, Г. Ігнатенко, С. Березовські, А. Кассезе стоять на позиції визнання специфічної, обмеженої, особливої правосуб'єктності індивіда. Третя група вчених, а саме Н. Захарова, Л. Тимченко, М. Дженіс, Р. Кей, Е. Бредлі, безумовно визнають фізичну особу суб'єктом міжнародного права.

**Мета статті** полягає в розкритті особливостей статусу індивіда як суб'єкта міжнародного права, аналізі його міжнародної правосуб'єктності та виявленні проблем, пов'язаних з даними правовідносинами.

**Виклад основного матеріалу.** Друга половина ХХ сторіччя стала періодом, в якому спостерігається тенденція до розширення сфери дії міжнародного права. Наслідками такого процесу завжди буде необхідність уточнення та розв'язання дискусійних питань, які виникають та будуть виникати.

Кожна правова система наділяє правами та покладає обов'язки лише на певне коло осіб, які є її суб'єктами. Коло цих суб'єктів залежить від багатьох чинників, передусім характеру права (публічне, приватне). Крім того, важливе значення відіграє предмет і метод правового регулювання та інші фактори. Міжнародне право не є винятком. Воно повинно регулювати зносини між учасниками міжнародних відносин. Ця обставина суттєво обмежила коло його суб'єктів до учасників міжнародних відносин. При цьому не всі учасники міжнародних відносин є суб'єктами міжнародного права. У доктрині міжнародного права існує декілька десятків підходів до того, кого потрібно вважати суб'єктом міжнародного права [1].

У загальному вигляді всіх суб'єктів міжнародного права можна поділити на три види: класичні (держави, міжнародні організації), спеціальні або нетипові (державоподібні утворення та ін.) та «нетрадиційні» (фізичні особи, людство тощо) [2].

У сучасній науці міжнародного права все частіше висуваються ідеї про можливість визнання суб'єктами міжнародного права фізичних осіб-індивідів. Основною тезою, яка дозволяє деяким дослідникам відносити індивідів до числа суб'єктів міжнародного права, є закріплення у міжнародно-правових актах

широкого переліку суб'єктивних прав і обов'язків фізичної особи. Однак, класичний погляд вчених, який існував до ХХ століття, полягав у тому що суб'єктом міжнародного права визнавалася лише держава. На той час статус індивідів полягав лише в тому, що вони мають права та обов'язки в суспільстві певної держави, яка в свою чергу представляє їх інтереси на міжнародній арені. Науковці того часу відхиляли можливість визнання фізичної особи як суб'єкта, пояснюючи це тим, що індивід не несе жодних обов'язків та не може бути притягнутий до відповідальності за порушення міжнародно-правових норм.

Але прийняття значної кількості міжнародно-правових актів, спрямованих на захист прав і свобод людини, основними серед яких є Загальна декларація прав людини 1948 р., Конвенція про захист прав людини та основних свобод 1950 р., Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 р., Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права 1966 р., Конвенція про права дитини 1989 р. тощо, дозволяє із впевненістю констатувати факт закріплення у сучасному міжнародному праві значного кола суб'єктивних прав і обов'язків фізичної особи. Однак навряд чи таке закріплення прав і обов'язків індивіда дає можливість говорити про його повноцінну міжнародну правосуб'єктність [3].

Однак, незважаючи на формування у науковій літературі позицій щодо включення фізичних осіб кола суб'єктів міжнародного права, домінуючою доктрині міжнародного права є точка зору, за якою вказані особи не є суб'єктами міжнародного публічного права. Прихильники такого правового підходу стверджують, що індивіди знаходяться під юрисдикцією держави і виступають суб'єктами внутрішньодержавних правових відносин, а тому вони не мають самостійного міжнародного статусу, не володіють юридичною здатністю до незалежної реалізації міжнародних прав та обов'язків; суб'єкти міжнародного права виступають його творцями, їх волею створюються норми міжнародного права, тоді як фізичні особи такими можливостями не наділені; права і свободи фізичних осіб, закріплені у міжнародно-правових документах, насамперед, є виявом волі держави; більшість міжнародних норм у сфері прав людини є абстрактними і для їх реалізації необхідно прийняття внутрішньодержавних актів [4].

Варто відмітити, що вивчення даного питання не може проводитися без звернення уваги на правові позиції Європейського суду з прав людини. Практика Європейського суду з прав людини не лише визнає фізичну особу суб'єктом міжнародного права, а й дає чітку відповідь на всі заперечення, що їх висувають противники такої правосуб'єктності. Насамперед, слід зазначити, що звертаючись до Європейського суду з прав людини у справах проти держави громадяни стають повноправними учасниками міжнародних відносин. У даному контексті було б нелогічно говорити про відсутність у громадян

здатності до незалежної реалізації міжнародних прав та обов'язків, а отже, і відсутності міжнародного правового статусу, адже, «опонентом» фізичної особи на міжнародно-правовій арені виступає держава як інший самостійний суб'єкт міжнародного права [5].

Також на підтвердження даної позиції слід звернути увагу на рішення у справі «Ван Генд і Лус проти Адміністрації внутрішніх доходів Нідерландів». Європейський Суд з прав людини зазначає, що Співтовариство являє собою нову правову систему міжнародного права, на користь якої держави обмежили свої суверенні права, хоча і в окремих сферах, і суб'єктами якої є не лише держави-члени, а й їхні громадяни. Тому незалежно від чинних нормативно-правових актів держав-членів, законодавство співтовариства не лише встановлює зобов'язання перед індивідами, але й покликане надати їм права, які стають частиною їхнього правового статусу [6]. Європейський суд з прав людини зазначив, що співтовариство констатує новий правовий порядок у міжнародному праві, за яким переваги держав щодо їх суверенних прав обмежуються, і суб'єктами визнаються не лише держави, а й громадяни. Отже, з огляду на вищезазначене можна з впевненістю констатувати, що Європейський суд з прав людини визнає фізичну особу-індивіда суб'єктом міжнародного права та наділяє її певною правосуб'єктністю.

Більшість як вітчизняних, так і закордонних прихильників теорії міжнародної правосуб'єктності індивіда як основні докази на її захист наводять аргументи про те, що 1) міжнародне право може безпосередньо створювати для особи права й обов'язки; 2) можливість індивіда звертатися в міжнародні судові установи для захисту своїх прав; 3) індивіди є суб'єктами міжнародної кримінальної відповідальності за міжнародні злочини і тому є суб'єктами міжнародного права [7].

Досить цікавим для дослідження видається останній аргумент тому було б доцільно більш детально його розглянути. Особливої уваги при аналізі даного питання потребує Римський статут Міжнародного кримінального суду, а також матеріали Нюрнберзького міжнародного воєнного трибуналу. У вирокі, проголошеному Міжнародним воєнним трибуналом у Нюрнберзі, питання правосуб'єктності вирішувалося таким чином, що це не викликало заперечень. А саме зазначалося, що злочини проти міжнародного права здійснюються людьми, а не абстрактними утвореннями, і лише шляхом покарання індивідів, які вчиняють такі злочини, приписи міжнародного права можуть бути примусово здійснені.

Римським статутом МКС у ч. 3 («Загальні принципи кримінального права») було закріплено систему специфічних (галузевих) принципів міжнародного кримінального права. Одним із таких принципів став принцип індивідуальної кримінальної відповідальності. Незважаючи на те що в деяких національних правових порядках передбачена кримінальна

відповідальність корпорацій та інших колективних суб'єктів, Римський статут у ст. 25 «Індивідуальна кримінальна відповідальність» поширив юрисдикцію Міжнародного кримінального суду лише на фізичних осіб. Це відрізняє міжнародну кримінальну відповідальність від інших видів міжнародної відповідальності.

У відповідності до цього документу, кримінальній відповідальності підлягають фізичні особи, що досягли 18 років. Індивід це єдиний суб'єкт міжнародної кримінальної відповідальності. Він аргументує це, зокрема, тим, що «держава не може бути осудною чи неосудною; держава не може бути на лаві підсудних чи за ґратами» [1].

Міжнародні злочини, як правило, — хоч і не завжди — припускають участь держави. Тому відповідальність держави не виникає автоматично з факту вчинення злочину за міжнародним правом його громадянином або агентом. Стаття 25 Статуту МКС не викликає сумнівів з цього приводу: «Ні одне положення в цьому Статуті, що стосується індивідуальної кримінальної відповідальності, не впливає на відповідальність держав за міжнародним правом». Відповідальність держави відповідно до норм міжнародного права щодо відповідальності також не веде автоматично до індивідуальної кримінальної відповідальності відповідних агентів або громадян цієї держави [8].

Тобто, в силу дії принципу індивідуальної кримінальної відповідальності, юрисдикція Міжнародного кримінального суду поширюється лише на фізичних осіб (ч. 1 ст. 25 Римського Статуту). Коли було створено Міжнародний кримінальний суд і встановлено, що він діятиме на постійній основі, доповнюватиме національні кримінальні юрисдикції, здійснюватиме власну юрисдикцію над особами, які вчинили найбільш серйозні злочини міжнародного значення (ст. 1), було тим самим усунуто сумніви по визнанню чи невизнанню індивіда суб'єктом міжнародного права.

**Висновки і пропозиції.** З огляду на вищевикладене, не можна не погодитися з тим що визнання фізичної особи-індивіда є досить актуальним та дискусійним питанням у науці міжнародного права. На сьогодні у міжнародному праві простежується тенденція збільшення кількості норм, що присвячені правам та свободам людини. У сучасних реаліях фізичні особи є самостійними суб'єктами міжнародного права, про що свідчить рішення Європейського суду з прав людини від 05.02.1963 р., ряд справ проти держав, розглянутих зазначеним судом за позовами громадян, а також норми міжнародно-правових актів, які надають вказаним особам відповідні права та обов'язки, а також здатність індивіда нести кримінальну відповідальність за певні міжнародні злочини. Тривала дискусія з цього питання між прихильниками та противниками свідчить про те, що можливо фізичну особу можна визнати особливим суб'єктом міжнародного права, з обмеженою правосуб'єктністю.

**Література**

1. Чехович Т. В. Статус індивіда у міжнародному публічному праві (питання правосуб'єктності) / Т. В. Чехович // Європейські перспективи. — 2013. — № 4.
2. Міжнародне право: Навч. посібник / За ред. М. В. Буроменського. — К.: Юрінком Інтер, 2008. — 336 с.
3. Чернявський А. Л. Міжнародна правосуб'єктність приватних фізичних та юридичних осіб / А. Л. Чернявський // Правовий вісник Української академії банківської справи. — 2014. — № 2. — С. 79–83.
4. Кучерук Н. С. Фізична особа як суб'єкт міжнародного права / Н. С. Кучерук // Міжнародні читання з міжнародного права пам'яті професора П. Є. Казанського: матеріали четвертої міжнар. наук. конф. (м. Одеса, 8–9 лист. 2013 р.).
5. Москвичова А. В. Міжнародна правосуб'єктність фізичної особи у доктрині міжнародного права / А. В. Москвичова, Д. І. Романченко // Актуальні проблеми сучасного міжнародного права: зб. наук. ст. за матеріалами І Харк. міжнар.-прав. читань, присвяч. пам'яті проф. М. В. Яновського і В. С. Семенова, Харків, 27 листоп. 2015 р.: у 2 ч. — Харків, 2015. — Ч. 2. — С. 278–282.
6. Judgment of the Court of 5 February 1963. Case 26/62. Van Gend end Loos v. Nederlands Administratie der Belastingen (1963) European Court of Justice 1.
7. Мицик В. В. Питання про міжнародну правосуб'єктність фізичної особи / В. В. Мицик // Альманах міжнародного права. — 2010. — Вип. 2. — С. 25–36.
8. Славко А. С., Башкирова В. А. Принципи справедливої та індивідуальної відповідальності у практиці Міжнародного кримінального суду / Славко А. С., Башкирова В. А. // Юридичний науковий електронний журнал. — 2017. — № 6. — С. 399–402.

**Пастух Олег Володимирович**

*студент*

*Института подготовки кадров для органов юстиции Украины*

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

**Pastuh Oleg Vladimirovich**

*студент*

*Института подготовки кадров для органов юстиции Украины*

*Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого*

**Pastuh Oleg**

*Student of the*

*Institute for the Training of Personnel for the Judiciary of Ukraine of the*

*Yaroslav Mudryi National Law University*

## ИНСТИТУТ ПРЕЗИДЕНТСТВА СПОЛУЧЕНИХ ШТАТИВ АМЕРИКИ

## ИНСТИТУТ ПРЕЗИДЕНТСТВА СОЕДИНЕННЫХ ШТАТОВ АМЕРИКИ

## INSTITUTE FOR THE PRESIDENCY OF THE UNITED STATES OF AMERICA

**Анотація.** У статті досліджено особливості інституту президентства США. Висвітлено процес розвитку цього інституту, його теоретично-правові засади.

**Ключові слова:** Сенат, право вето, кворум, лідер, поправки до Конституції.

**Аннотация.** В статье исследованы особенности института президентства США. Освещен процесс развития этого института, его теоретико-правовые основы.

**Ключевые слова:** Сенат, право вето, кворум, лидер, поправки в Конституцию.

**Summary.** The article examines the features of the US Presidency Institute. The process of development of this institute, its theoretical and legal principles is covered.

**Key words:** Senate, veto right, quorum, leader, amendments to the Constitution.

**Постановка проблеми.** Інститут президентства — широко поширене явище в сучасному світі. Поява такого явища супроводжується зростанням інтересу до походження, освіти, сильних та водночас слабких сторін президента. Варто зазначити, що жоден політичний інститут не вплинув на хід світової історії в XX столітті настільки глибоко, як президентський інститут США.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Методологічну і теоретичну основу дослідження становлять праці вітчизняних і зарубіжних вчених, що мають відношення до історії і теорії становлення і розвитку президентської влади в світі. Дослідженням питання інституту президентства займалися такі вчені-правознавці, як: В. Міхальов, М. Дюверже, М. Шугарт, Дж. Кейрі, Дж. Сарторі. США — держава, де практично з самого початку його утворення існувала президентська форма правління «республіканського короля на час». Тому доцільно розглядати інститут президентства саме на основі американської моделі.

**Формулювання мети статті та завдань.** Мета статті — висвітлення особливостей функціонування інституту президентства в США, зокрема обрання президента, його повноваження, взаємовідносини із законодавчими органами, терміни перебування при владі. Форми правління визначаються історичними особливостями та політичними традиціями. Необхідним є вирішення таких завдань:

- дослідження генези інституту президентства в світовій практиці;
- визначення співвідношення інститутів президентства і політичного лідерства;
- аналіз закономірностей і особливостей процесу політичної модернізації;
- визначення ступеня ефективності інституту президентства.

**Виклад основного матеріалу.** У даний час США — це батьківщина сучасного інституту президентства — є світовою наддержавою, законодавцем мод в політиці, економіці та інших сферах життя. З історії

відомо, що інститут президентства зіграв видатну роль у здійсненні модернізації американського суспільства, а винайдена батьками-засновниками країни президентська форма правління сприяла становленню і розвитку феномена західної демократії.

Багато розвинених країн Заходу запозичили і успішно адаптували до місцевих умов і власним політичним системам інститут президентства. Приклади Франції, Німеччини, Італії, Австрії, Фінляндії та інших країн яскраво демонструють життєздатність та ефективність даного інституту, що охоплюється у різних режимах різним об'ємом функціональних повноважень.

Термін «президент» у перекладі з латинського означає «той, що сидить попереду». В античні часи президентами називали головуючих на різних зібраннях. Від цього первинного значення слова «президент» згодом виникла така посада, як, наприклад, президент сенату [2].

Спочатку слово «президент» з'явилося в «Статтях конфедерації», де мова йшла про голову Комітету штатів (органу, що здійснював обов'язки уряду в перервах між сесіями Конгресу). І лише Конституція 1787 року проголосила президента главою виконавчої влади та держави в цілому [1].

Після довгих дебатів серед творців американської Конституції запанувало уявлення про те, що вища виконавча влада повинна бути єдиною, тобто зосередитися в руках одного, а не кількох посадових осіб. Таким чином, в побудові федеральної виконавчої влади США спочатку затвердився принцип єдиначальності. Глава федеральної виконавчої влади в країні став іменуватися, згідно з Конституцією, Президентом Сполучених Штатів Америки. Таке найменування глави держави було пов'язано не тільки з тим, що президент асоціювався з республіканською формою правління, але і з тим, що в ряді американських штатів в той час глави виконавчої влади називалися президентами, а не губернаторами.

У результаті США стали першою країною в світі, де виникла посада президента, що об'єднала в одній особі главу держави і главу уряду. На відміну від інших держав того часу, де виконавча влада повсюдно мала монархічний, спадковий характер, в США главу держави стали обирати в ході загальних виборів. Першими пішли за прикладом США у встановленні президентської системи правління країни Латинської Америки.

Вже в першій половині XIX століття під впливом могутнього північного сусіда в багатьох південноамериканських країнах був заснований пост президента. У Європі еталоном державного устрою стала Великобританія. Однак найбільше поширення модель президентського правління отримала в Африці. Цей процес почався з кінця 50-х — початку 60-х рр., і в даний час на чолі майже всіх африканських країн стоять президенти. Показово, що встановлення поста президента відбувалося не тільки в капіталістичних

і країнах, що розвиваються, а й у ряді колишніх соціалістичних держав, таких, як Соціалістична Федеративна Республіка Югославія, Чехословацька Соціалістична Республіка, Соціалістична Республіка Румунія, Корейська Народно-Демократична Республіка.

Варто зазначити, що найбільший обсяг повноважень президент США має як голова виконавчої влади. В цій якості він керує величезним виконавчим апаратом, призначає «за порадою та за згодою Сенату» всіх посадовців США, посади яких передбачені Конституцією та законом, якщо в самій Конституції не передбачено інший порядок їх призначення. В двох випадках президент має право самостійного, без «поради та згоди Сенату», призначення посадових осіб: якщо таке право прямо надане йому законом та якщо вакансія відкривається в період між сесіями Конгресу — на термін до закінчення найближчої сесії [3].

Порядок звільнення посадових осіб США не прописаний у Конституції. На практиці воно здійснюється президентом одноособово, якщо в законі прямо не передбачено іншого.

Як глава виконавчої влади, президент має право вимагати від керівника кожного міністерства письмової думки щодо будь-якого питання його компетенції [3]. Таким чином, ще раз підкреслюється, що уряд в США не є вищим органом виконавчої влади, вищим органом виконавчої влади є президент. Голови департаментів можуть лише висловлювати свою думку з питань, віднесених до їх відомо, таким чином виступаючи радниками президента. Всі рішення у питаннях його компетенції приймаються президентом одноособово.

Серед іншого, президент має право накладати відкладальне вето на законопроекти Конгресу. Якщо президент мотивованим посланням відмовляє в затвердженні законопроекту або резолюції, схвалених обома палатами конгресу, то таке вето може бути подолане лише якщо законопроект або резолюцію підтримує кваліфікована більшість конгресменів обох палат.

Носій судової влади — Верховний суд — формується сумісно президентом та Конгресом. Члени Верховного суду призначаються президентом «за порадою та за згодою Сенату», тобто за схвалення двох третин присутніх сенаторів за наявності кворума.

Американська модель правління має низку рис, які сьогодні розглядаються як класичні риси президентської республіки. Серед них, зокрема, такі:

- голова держави обирається всенародно (з залученням колеги виборників);
- терміни повноваження голови держави та законодавчого органу фіксовані та неоднакові;
- новообраний президент має прерогативу призначення уряду та визначення його складу;
- президент має певні права у законодавчій сфері, передусім право вето.

Досить цікавим є те, що на останніх президентських виборах (листопад 2008 р.) після тривалої перерви переміг представник Демократичної партії Барак Обама — перший в американській історії афроамериканський глава держави. Як лідер опозиції до курсу правлячих в той період (січень 2001 — січень 2009 р.) республіканців він здобув переконливу перемогу. За нього проголосувало 52,68 % виборців. Він переміг у 29 штатах, в тому числі таких великих і економічно розвинених, як Каліфорнія, Нью-Йорк, Іллінойс.

Глава держави недоторканий: його не можна заарештувати і піддати кримінальному переслідуванню до тих пір, поки він не буде відсторонений від посади у відповідності з імпичментом. По американському законодавству імпичмент являє собою особливу процедуру відсторонення від посади президента, а також деяких інших посадових осіб (міністрів, послів, федеральних суддів). На військовослужбовців та депутатів це положення не поширюється. В американській конституційній практиці було всього три випадки застосування цієї складної процедури відречення президента від посади, але жодна з них не була доведена до кінця (останній раз у 1998–1999 рр. щодо Б. Клінтона). У 1974 р. Ніксон сам добровільно пішов у відставку, не чекаючи імпичменту.

Щодо Кабінету президента США, то він складається з міністрів (глав департаментів), які відповідно до Конституції України призначаються президентом «за порадою і за згодою» сенату. Сенат має схвалити призначення президента на вищі державні посади більшістю в 2/3 голосів. Однак такий контроль з боку сенату не носить політичного характеру — перевіряються лише компетентність і моральне обличчя кандидатів, і не залежить від результату виборів. Як показує політична практика США, відмови в схваленні з боку сенату бувають надзвичайно рідко, навіть у тому випадку, коли уряд формується однією партією, а більшість у парламенті належить іншій.

Чіткої структури кабінет не має. При ньому функціонує кілька рад: національної безпеки, з економічних справ, з природних ресурсів і проблем навколишнього середовища, але внутрішньої і зовнішньої торгівлі, по людських ресурсах. Головою цих рад є президент. Проте в кожному з них є свій тимчасовий голова, призначений президентом, який і керує роботою. Поради розробляють основні напрями політики і консультують президента. У США більшість керівників урядових відомств іменуються секретарями. Назва «державний секретар» служить для позначення посади міністра закордонних справ, а саме відомство зовнішніх зносин іменується Державним департаментом. В кінці 2001 р. після трагічних подій 11 вересня введена відповідальна посада члена уряду — керівника департаменту внутрішньої безпеки.

Варто наголосити на тому, що загальний характер положень Конституції, складний механізм прийнят-

тя владних рішень, який потребує досягнення згоди вищих федеральних органів (у сучасній правовій літературі Конституція США, до речі, визначається навіть як «запрошення до боротьби» між трьома гілками державної влади) часто викликали критику й реформаторські пропозиції. Однак усе це залишається на рівні дискусії й не змінює по суті американського варіанта поділу влади. Взаємовідносини гілок влади завжди перебували у прямій залежності від реальних політичних, економічних, соціальних відносин, від стану американського суспільства в цілому. На думку В. Вільсона, протягом 200 років механізм поділу влади функціонував завдяки здатності до пристосування й мінливості «під тиском життя».

Політологи вважають, що в суспільствах, які не мають глибоких демократичних традицій, президентська форма правління може сприяти авторитаризму, корупції й політичній нестабільності [2].

Орієнтація на модель президентської республіки, поєднана з дисбалансом у механізмі поділу влади та специфічними соціально-політичними умовами, призводить до появи так званої «суперпрезидентської» форми правління. Вона передбачає не лише значні повноваження президента, закріплені текстами конституцій, але й реальне панування глави держави на практиці. Низка латиноамериканських конституцій уповноважує президента «уособлювати націю» або ж проголошує його «верховним главою нації». Такий конституційний статус президента вже передбачає його безумовне верховенство в системі найвищих органів державної влади й управління.

Важливим чинником, який значно підсилює вагому роль президента в «суперпрезидентській» республіці, є його значні надзвичайні повноваження, які можуть бути ефективно використані практично в будь-яких критичних ситуаціях, починаючи від міждержавного конфлікту й закінчуючи внутрішніми заворушеннями. Причому діапазон використання президентом його надзвичайних повноважень набагато ширший, аніж у президентській республіці й застосовується частіше й ефективніше, ніж в інших регіонах.

Таким чином можна сказати, що «суперпрезидентська» форма правління в сучасних умовах — це фактично незалежна, неконтрольована на практиці законодавчою або судовою владою система державного управління, основною рисою якої є гіпертрофована президентська влада.

Також статус президента змінився під впливом декількох поправок, це — XII, XX, XXII та XXV [1]. Деякі з них змінили статус президента неістотно, наприклад, XXIII поправка всього лише відновила принцип справедливості, наявність якого у демократичній державі є обов'язковим. Вона встановила, що на президентських виборах Вашингтон повинен бути представлений в колегії вибірників таким же числом вибірників, яким представлений найменш

населений штат. Таким чином, Вашингтон, округ Колумбія, в цьому відношенні був прирівняний в правах до решти штатів.

Деякі поправки мали вирішальне значення і для статусу президента, і для збереження демократичних цінностей, наприклад, XXII поправка. Слід підкреслити і вагомість своєчасності прийняття поправок. Так, хоча необхідність припинити порушення звичаю, спрямованого на забезпечення демократії та заборона президентам обіймати посаду більш ніж два строки поспіль була зрозуміла багатьом американцям і тоді, коли Ф. Рузвельта обирали втретє та вчетверте, проте це питання не підіймалось коли загроза для США та всього світу була настільки значною, що необхідність прийняття змін для торжества демократії здавалося дрібницею.

**Висновок.** Таким чином, можна прийти до висновку, що повноваження президента США дуже широкі.

Він володіє значними засобами впливу на Конгрес, зовнішньополітичними повноваженнями та іншими. Вагоме значення в визначенні статусу президента зіграли поправки до Конституції США, які закріпили низку правових звичаїв, потреба у регламентації яких законодавчо стала нагальною. Поправками до Конституції США було заповнено ряд прогалин в питаннях процедури обрання президента та порядку заміщення його посади в разі дострокового припинення повноважень, строків обрання президента, що існували в тогочасній політико-правовій системі США і невизначеність яких призводила до загострення політичної кризи в державі та вела до нестабільності. Тож, залишаючись у рамках своїх конституційних повноважень, президент може активно використовувати весь потенціал своєї посади і ефективно вирішувати багато нагальних проблем суспільного розвитку.

#### Література

1. Конституція Сполучених Штатів Америки / Тіндалл Д. Б. Історія Америки // Джордж Браун Тіндалл, Дейвід Е. Шай; пер. з англійської: Людмила Притула, Галина Сташків, Олександра Щур. — Львів: Літопис, 2010. — С. 848–859.
2. Сахаров Н. А. Інститут президентства в сучасному світі. — М: Юридична література, 1994. — 176 с.
3. Шаповал В. М. Конституція і виконавча влада / Шаповал В. М. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — 80 с.

**Пулик Василь Михайлович**

*студент*

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

**Пулык Василий Михайлович**

*студент*

*Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого*

**Pulyk Vasyl**

*Student of the*

*Yaroslav Mudryi National Law University*

## ОСОБЛИВОСТІ ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ В КОНТЕКСТІ ЗМІН ДО КПК УКРАЇНИ

## ОСОБЕННОСТИ ПРОВЕДЕНИЯ ОБЫСКА В КОНТЕКСТЕ ИЗМЕНЕНИЙ В УПК УКРАИНЫ

## FEATURES OF EXECUTION IN THE CONTEXT OF CHANGES TO THE CRIMINAL PROCESSUAL CODE OF UKRAINE

**Анотація.** Досліджено процесуальні аспекти проведення обшуку в контексті змін до КПК України.

**Ключові слова:** обшук, новели КПК, слідчі гії.

**Аннотация.** Исследованы процессуальные аспекты проведения обыска в контексте изменений в УПК Украины.

**Ключевые слова:** обыск, новеллы КПК, следственные действия.

**Summary.** The procedural aspects of the search in the context of changes to the Criminal Processual Code of Ukraine are investigated.

**Key words:** search, changes to CPC, investigative actions.

**Постановка проблеми.** Обшук як одна з основних слідчих (розшукових) дій є достатньо ефективним засобом збирання та перевірки доказів у кримінальному провадженні. Для забезпечення допустимості отриманих у результаті проведення обшуку фактичних даних, необхідним є дотримання вимог КПК на всіх стадіях його проведення. Однак, як зазначає Бортун, в практичній діяльності є непоодинокими випадки, коли проникнення до житла чи іншого володіння особи має необґрунтований характер і пов'язане лише з припущеннями працівника правоохоронного органу щодо наявності для цього підстав, передбачених ст.ст. 233, 234 КПК України [4, с. 29]. Чи здатні зміни до КПК, які нещодавно набрали чинності, виправити ситуацію із свавіллям слідчих та прокурорів та одночасно забезпечити ефективне досудове розслідування?

**Аналіз останніх досліджень.** Новели кримінального процесуального законодавства щодо процесуальних аспектів проведення обшуку були досліджені і проаналізовані Бабіч С, Бортун М., Гловюк І. Цюприк І.

**Виклад основного матеріалу.** 15 березня 2018 року набрали чинності зміни до КПК України, зокрема щодо порядку проведення такої слідчої дія, як обшук.

Однак, як зазначає заступник прокурора Луганської області Ігор Цюприк в статті «Напрями удосконалення окремих положень кримінального процесуального законодавства України в контексті змін до КПК України» аналіз нормативних нововведень дає підстави констатувати, що низка закріплених у КПК України положень потребують скасування або принаймні суттєвого корегування [6, с. 29].

Конституцією України Відповідно кожній особі гарантується недоторканність її житла. Проникнення до житла чи іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку не допускається інакше як за вмотивованим рішенням суду (ст. 30) [1]. Відповідно до змін до КПК обшук проводиться на підставі ухвали слідчого судді місцевого суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться



(зареєстрований) орган досудового розслідування як юридична особа (ч. 2 ст. 234 КПК) [2].

На прикладі Луганської області, підконтрольній органам державної влади України, І. Цюприк, демонструє, що віддаленість окремих слідчих підрозділів від місця реєстрації юридичних осіб, а також значна кількість клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, необхідність звернення з кожним таким клопотанням до відповідного суду суттєво ускладнює здійснення досудового розслідування. Це матиме негативний вплив на практику додержання розумних строків кримінального провадження, що, своєю чергою, призведе до значних матеріально-технічних витрат, пов'язаних з необхідністю подання до суду клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження та забезпечення участі у їх розгляді слідчого і прокурора. З огляду на викладене пропонується передбачити порядок подання клопотань до слідчого судді місцевого суду, в межах територіальної юрисдикції якого перебуває ОДР, незалежно від наявності у нього статусу юридичної особи [6, с. 30].

Додатковою підставою для відмови слідчим суддею у задоволенні клопотання про обшук є не доведеність слідчим або прокурором наявності достатніх підстав вважати, що за встановлених обставин обшук є найбільш доцільним та ефективним способом відшукування та вилучення речей і документів, які мають значення для досудового розслідування, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб, а також заходом, пропорційним втручанням в особисте і сімейне життя особи. У разі відмови у задоволенні клопотання про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи слідчий, прокурор не має права повторно звертатися до слідчого судді з клопотанням про дозвіл на обшук того самого житла чи іншого володіння особи, якщо у клопотанні не зазначені нові обставини, які не розглядалися слідчим суддею [3].

Згідно з новою редакцією КПК України, клопотання про проведення обшуку повинно містити, серед іншого, обґрунтування того, що доступ до речей, документів або відомостей, які можуть у них

міститися, неможливо отримати органом досудового розслідування у добровільному порядку (пункт 8 ч. 3 ст. 234). Тобто перед проведенням обшуку слідчий або прокурор повинен фактично заздалегідь повідомити особу про намір провести у неї обшук, що зводить нанівець доцільність проведення такої слідчої (розшукової) дії [5, с. 30]. Вимога, передбачена п. 8 ч. 3 ст. 234 не поширюється на випадки проведення обшуку з метою відшукування знаряддя кримінального правопорушення, предметів і документів, вилучених з обігу КПК [2].

Раніше у КПК України була закріплена вимога про зазначення речей, документів або осіб, яких планується відшукати, без необхідності обґрунтування причини їх відшукування, що давало можливість вилучати майно, яке не мало жодного стосунку до кримінального правопорушення, або проводити обшук в осіб з метою, відмінною від мети кримінального провадження. Натомість сьогодні у клопотанні про проведення обшуку слідчий, прокурор повинні вказати речі, документи або осіб, яких планується відшукати, із зазначенням їх індивідуальних або родових ознак. Однак, не завжди існує можливість заздалегідь передбачити ознаки речей, які планується відшукати. Викладені міркування спонукають до висновку про необхідність внесення відповідних змін у ст. 234 КПК [6, с. 30].

Безумовно позитивним змінами до КПК є закріплення норми щодо фіксації обшуку за допомогою аудіо- та відеозапису в обов'язковому порядку (ч. 10 ст. 236 КПК), що, в першу чергу, зменшить кількість порушень з боку сторони обвинувачення. На додаток до цього слідчий, прокурор не мають права заборонити учасникам обшуку користуватися правовою допомогою адвоката або представника та зобов'язані допустити такого адвоката або представника до обшуку на будь-якому етапі його проведення (ч. 3 ст. 236 КПК) [2].

**Висновок.** Враховуючи вищевикладене, можна відмітити що зроблено великий крок на шляху до усунення зловживань під час досудового розслідування зі сторони ОДР. Однак не всі внесені зміни є досконалими, а деякі з них є навіть нелогічними і потребують подальших уточнень та доповнень.

#### Література

1. Конституція України від 28 червня 1996 р. / Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України Верховна Рада України; Кодекс України, Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/page8>
3. Бабіч Світлана Нові вимоги до проведення обшуку у 2018 р. / С. Бабіч / Протокол. Юридичний інтернет-ресурс [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://protokol.com.ua/ua/novi\\_vimogi\\_do\\_provedennya\\_obshuku\\_u\\_2018r\\_1/](http://protokol.com.ua/ua/novi_vimogi_do_provedennya_obshuku_u_2018r_1/)
4. Бортун М. Процесуальні аспекти проведення обшуку / М. Бортун / Науковий часопис Національної академії прокуратури України. — 2017. — № 3(15). — С. 28–35 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.chasopysnaru.gov.ua/chasopys/ua/pdf/3-2017/bortun.pdf>
5. Гловюк І. В. Проблемні питання забезпечення належної правової процедури обшуку (у розрізі новел КПК України) / І. В. Гловюк // Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. — 2018. — № 14. — С. 141–149.
6. Цюприк І. Напрями удосконалення окремих положень кримінального процесуального законодавства України в контексті змін до КПК України / І. Цюприк // Вісник прокуратури. — 2018. — № 1. — 29–33. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [https://www.gp.gov.ua/ua/file\\_downloader.html?\\_m=fslib&\\_t=fsfile&\\_c=download&file\\_id=204181](https://www.gp.gov.ua/ua/file_downloader.html?_m=fslib&_t=fsfile&_c=download&file_id=204181)

УДК 343.132.1

**Сас Юлія Вікторівна**

*студентка факультету адвокатури*

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

**Сас Юлия Викторовна**

*студентка факультета адвокатуры*

*Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого*

**Sas Yuliia**

*Student of the Faculty of Advocacy of the*

*Yaroslav Mudryi National Law University*

## **ОБОВ'ЯЗКОВА УЧАСТЬ АДВОКАТА ПРИ ПРОВЕДЕННІ ОБШУКУ, ЙОГО АУДИО- ТА ВІДЕОФІКСАЦІЯ: АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ТА ШЛЯХИ ВИРІШЕННЯ**

## **ОБЯЗАТЕЛЬНОЕ УЧАСТИЕ АДВОКАТА ПРИ ПРОВИДЕНИИ ОБЫСКА, ЕГО АУДИО- И ВИДЕОФИКСАЦИЯ: АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ И ПУТИ РЕШЕНИЯ**

## **OBLIGATORY PARTICIPATION OF THE LAWYER DURING A SEARCH, IT'S AUDIO- AND VIDEOFIXATION: ACTUAL PROBLEMS AND WAYS TO SOLVING**

**Анотація.** Дана стаття присвячена дослідженню обов'язкової участі адвоката під час проведення обшуку та його відеофіксації у контексті основних змін до Кримінального процесуального кодексу України. В роботі особлива увага приділяється визначенню практичних проблем пов'язаних із аудіо-, відеозаписом обшуку житла чи іншого володіння особи та шляхи їх вирішення. А також розкриваються основні аспекти обов'язкової участі адвоката під час проведення обшуку.

**Ключові слова:** обшук, адвокат, особа, у житлі чи володінні якої проводиться обшук, відеофіксація.

**Анотация.** Данная статья посвящена исследованию обязательного участия адвоката при проведении обыска и его видеофиксации в контексте основных изменений в Уголовный процессуальный кодекс Украины. В работе особое внимание уделяется определению практических проблем, связанных с аудио-, видеозаписью обыска жилища или иного владения лица и пути их решения. А также раскрываются основные аспекты обязательного участия адвоката при проведении обыска.

**Ключевые слова:** обыск, адвокат, лицо, в жилище или владении которого производится обыск, видеофиксация.

**Summary.** This article is devoted to the study of the obligatory participation of a lawyer during a search and its videofixation in the context of the main changes to the Criminal Procedure Code of Ukraine. In the work, special attention is paid to the definition of practical problems related to audio, video recording of the search of a home or other person's possession and ways of their decision. It also reveals the main aspects of the mandatory participation of a lawyer during a search.

**Key words:** search, lawyer, person in the home or in whose possession the search is conducted, videofixation.

**Постановка проблеми.** Неодноразове порушення органами досудового розслідування прав осіб на професійну правничу допомогу, обмеження права на недоторканість житла та наявність численних звернень до Європейського суду з прав людини щодо порушення ст. 6 та 8 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, стало основною

передумовою прийняття змін до Кримінального процесуального кодексу України, щодо обов'язкової участі адвоката під час проведення обшуку та обов'язкова фіксація за допомогою аудіо- та відеозапису обшуку житла чи іншого володіння особи.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Проілюстрований міжнародний досвід країн СНГ з даного

питання, а також приділено значної уваги вивченню сучасних праць таких науковців як О. В. Білоус, В. І. Галаган, Ю. М. Грошевий, О. М. Дроздов, О. В. Капліна, В. О. Коновалова, І. Ф. Літвінова. У роботі досліджено наукові роботи Т. В. Корчевої, Н. В. Титової, О. Ю. Фартушної, І. В. Вегери, О. Д. Бойкова, О. А. Банчука, Ю. Ф. Лубшева, І. Л. Петрухіна, М. А. Погорецького.

**Мета статті** спрямована на аналіз основних змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо обов'язкової участі адвоката під час проведення обшуку, а також на з'ясування проблем обов'язкової відеофіксації обшуку житла чи іншого володіння особи.

**Виклад основного матеріалу.** Під час здійснення кримінально-процесуальної діяльності виникають непоодинокі випадки пов'язані з втручанням в особисте життя людини, обмеженням, у випадку передбачених законом, її прав та свобод, застосуванням заходів процесуального примусу. Такі дії зі сторони органів досудового розслідування можуть бути здійснені під час проведення слідчих (розшукових) дій, у тому числі під час проведення обшуку.

16 березня 2018 року набрали чинності зміни до низки статей Кримінального процесуального кодексу України (далі — КПК України), зокрема важливі зміни стосувалися і порядку проведення обшуку.

По-перше, незалежно від стадії цієї слідчої дії слідчий, прокурор, інша службова особа, яка бере участь у проведенні обшуку, зобов'язані допустити на місце його проведення захисника чи адвоката, повноваження якого підтверджуються згідно з положеннями статті 50 КПК України (ч. 1 ст. 236 КПК).

По-друге, обшук житла чи іншого володіння особи на підставі ухвали слідчого судді в обов'язковому порядку фіксується за допомогою аудіо- та відеозапису (ч. 10 ст. 236 КПК) [1].

Розглядаючи першу новелу, слід зазначити, що пропозиції щодо законодавчого закріплення норми про обов'язкову участь адвоката при проведенні обшуку лунали неодноразово. Так, 17.09.2015 р. Консультативною радою при Генеральній прокуратурі України було прийнято рішення № 10–2015, яким було визнано такою, що не відповідає принципам розумності, добросовісності та справедливості, існуючу практику органів, які здійснюють досудове розслідування, щодо відмови у допуску до участі в проведенні обшуків адвокатів та/або законних представників осіб, які є власниками та/або фактичними володільцями обшукуваного житла. У зв'язку із цим Консультативна рада й звернулася до Генерального прокурора України з проханням видати відповідне методичне роз'яснення для нижчестоящих прокурорів. У відповідь на вказане звернення 22.02.2016 р., Генеральним прокурором України було підписано лист № 0416–36, в якому Генеральна прокуратура звернулася до своїх підрозділів із вимогою вжити необхідних заходів, спрямованих на забезпечення

прав адвокатів брати участь у проведенні обшуків та інших слідчих дій з метою реалізації конституційного права осіб на кваліфікований захист [2].

Цей факт свідчить про те, що відмова у допуску адвоката на місце проведення обшуку та участь у ньому не була поодиноким і, по суті, набула ознаки системної проблеми, що потребувала відповідного вирішення. Не можуть бути виключені випадки, коли особи, які здійснюють обшук, можуть виключати можливість участі адвоката, адже це є своєрідною гарантією, що мінімізує можливість безпідставного обмеження конституційних прав осіб під час проведення обшуку, оскільки особа, в житлі чи володінні якої проводять вищезазначену слідчу (розшукову) дію, враховуючи її психічний стан, часто не в змозі самотійно захищати свої права з дотриманням усіх вимог чинного законодавства.

Слід вказати на ще одну проблему, яка стосується визначення поняття «особа, у житлі чи володінні якої проводиться обшук», тому що статус такої особи не завжди є визначеним. Так, Т. В. Корчева відзначає, що особи, у житлі або іншому володінні яких проводиться обшук, можуть не мати процесуального статусу в кримінальному провадженні, але їх права і свободи обмежуються, що спричиняє за собою необхідність передбачити їх право на отримання правової допомоги і участь у даній слідчій дії адвоката. Авторка відзначає, якщо особа заявляє клопотання про участь у справі адвоката і про свою можливість запросити конкретного адвоката, — проведення обшуку повинно бути призупинено [3, с. 105].

Отже, зазначимо, що питання обов'язкової участі адвоката під час проведення обшуку можна розглядати у двох аспектах. Перший — якщо йдеться про допуск адвоката-захисника підозрюваного, другий — стосовно адвоката, який надає правову допомогу особі, яка не має процесуального статусу підозрюваного в даному кримінальному провадженні.

Безспірність першого випадку не викликає ніяких сумнівів, оскільки регулюється ч. 5 ст. 46 КПК України, яка закріплює, що захисник має право брати участь у проведенні допиту та інших процесуальних діях, що проводяться за участю підозрюваного та ст. 236 КПК України, яка передбачає, що для участі в проведенні обшуку може бути запрошений потерпілий, підозрюваний, захисник, представник та інші учасники кримінального провадження [1].

Питання виникають при участі у проведенні обшуку адвоката, який здійснює захист особи, яка не має процесуального статусу підозрюваного у відповідному кримінальному провадженні. У такому випадку необхідно керуватися ч. 1 ст. 59 Конституції України (право кожного на професійну правничу допомогу) [4] та рішенням Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя І. В. щодо офіційного тлумачення положення ст. 59 Конституції України від 30.09.2009р. № 23-рп/2009, відповідно до якого,

кожна особа, що обшукується, має право на правову допомогу, що надається адвокатом [5].

Доречно проаналізувати досвід зарубіжних країн щодо обов'язкової участі адвоката під час обшуку. Так, наприклад, КПК Республіки Білорусь у п. 4 ч. 1 ст. 48 визначає, що захисник має право брати участь у слідчих діях, що проводяться за участю підозрюваного, обвинуваченого. А КПК Республіки Молдова, закріплює право свідка бути супроводжуваним при участі в процесуальних діях, що провадяться в ході кримінального переслідування, захисником, вибраним ним у якості представника [6, с. 371]. Слід зазначити, що законодавство більшості пострадянських країн закріплює право присутності адвоката на місці проведення обшуку, а не обов'язок його участі, що в свою чергу впливає на кількість звернень до Європейського суду з справ людини та судових процесів проти цих країн.

Отже, закріплення у КПК України обов'язкової участі адвоката при проведенні обшуку є важливим елементом правового механізму забезпечення кожному конституційне право на професійну правничу допомогу та гарантування недоторканість житла чи іншого володіння.

Іншою новелою КПК України щодо порядку проведення обшуку є обов'язкова фіксація за допомогою аудіо- та відеозапису (ч. 10 ст. 236 КПК України), а також закріплення право сторони захисту самостійно здійснювати відеофіксацію проведення обшуку.

Зазначені зміни були очікуваними, оскільки саме під час проведення обшуку виникає чимало процесуальних порушень та обмежень прав і свобод осіб, у яких проводять обшук з боку органів, уповноважених проводити зазначену слідчу (розшукову) дію. Як зазначають науковці, непоодинокі випадки вчинення крадіжок або підкидання речових доказів на місця проведення обшуку співробітниками правоохоронних органів підривали довіру до органів досудового розслідування [7, с. 21]. Тому, беззаперечно, це позитивний крок до належного, повного та об'єктивного проведення обшуку.

Найефективнішим на сьогодні засобом фіксації ходу й результатів слідчих дій є відеозапис, оскільки він, на відміну від протоколювання, дозволяє зафіксувати не тільки зміст показань, а візуально-акустичну сторону дії. Він поєднує простоту фотографії, динаміку кінематографічного зображення й акустичні переваги звукозапису.

Використання відеозапису дозволяє зафіксувати синхронний запис зображення і звуку, відтворити динаміку процесу слідчої дії, а також уникнути порушень з боку органів досудового розслідування

[8, с. 198]. Проте на практиці застосування аудіо- та відеофіксації виникає багато проблемних питань.

По-перше, КПК України у ст. 236 закріплює лише загальні положення щодо аудіо- та відеофіксації обшуку, проте не зазначається на які саме технічні пристрої її можна здійснювати. Відомі випадки, коли адвокатам забороняли проводити відеофіксацію на власний телефон слідчим, аргументуючи, що це не є належний технічний засіб [7, с. 26]. Тому необхідно на законодавчому рівні закріпити перелік технічних засобів фіксації слідчих (розшукових) дій.

По-друге, на сьогодні не усі органи досудового розслідування забезпечені відповідною кількістю технічних засобів та елементів живлення для аудіо- та відеофіксації обшуку. Тому з прийняттям зазначеної норми, необхідно спочатку забезпечити усі відділи органів уповноважених на проведення обшуків необхідною кількістю пристроїв, особливо у районах та містах де, як правило, такі пристрої взагалі відсутні, для того щоб не паралізувати роботу органів досудового розслідування.

По-третє, з прийняттям зазначених змін, О. Л. Булейко та інші науковці і практики пропонують відмовитися від інституту понять, які здійснюють спостереження за тим, аби органи досудового розслідування не допускали порушень під час обшуку, вважаючи що відеофіксація повноцінно може їх замінити. Однак виникнення таких проблем, як неможливість одночасно зафіксувати всі дії слідчого чи іншої особи, що проводить обшук на відеозаписувальний пристрій, великі розміри місця проведення обшуку, технічні неполадки або переривання відеозапису через багатогодинну тривалість обшуку, вочевидь свідчать про недоцільність відмови від присутності незацікавлених осіб.

Тому вважаємо, що доцільно на законодавчому рівні закріпити перелік технічних засобів фіксації слідчих (розшукових) дій та забезпечити усі відділи органів уповноважених на проведення обшуків необхідною кількістю пристроїв для аудіо- та відеофіксації.

**Висновок.** Проаналізувавши зміни до КПК України щодо порядку проведення обшуку, можна стверджувати, що це є важливі та необхідні норми для законного та належного проведення обшуку. Прийняті законодавчі зміни здатні забезпечити отримання повної, належної та допустимої доказової інформації та водночас не допустити порушень прав людини. Запровадження обов'язкової участі адвоката-захисника під час проведення обшуку та його відеофіксації не лише підвищать довіру до органів досудового розслідування, а й сприятимуть розбудові України як правової держави в цілому.

**Література**

1. Кримінальний процесуальний кодекс України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print1523453164602823>
2. ГПУ заборонила слідчим відмовляти адвокатам у праві бути присутніми при обшуках [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://radako.com.ua/news/gpu-oronila-slidchim-vidmovlyatiadvokatam-u-pravi-butiprisutnimi-pri-obshukah>
3. Корчева Т. В. Проблеми діяльності захисника у досудовому провадженні та в суді першої інстанції: монографія / Т. В. Корчева. — Х.: Видавець ФО-П Вапнярчук Н. М., 2007. — 200 с.
4. Конституція України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>
5. Рішення Конституційного Суду України № 23-рп/2009 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v3p710-09>
6. Титова Н. В. Щодо участі адвоката свідка під час проведення обшуку / Н. В. Титова. — Юридичні науки. — № 2, 2013. — с. 369–376.
7. Банчук О. А. 35 неформальних практик у кримінальному судочинстві України / О. А. Банчук. — «Арт-Дизайн», 2014. — 48 с.
8. Фартушна О. Ю. Проблемні аспекти використання сучасних техніко-криміналістичних засобів фіксації доказової інформації / О. Ю. Фартушна // Сучасні проблеми юридичної науки: стан і перспективи розвитку: 2005. — С. 198–199.

**References**

1. The Criminal Procedure Code of Ukraine [Electronic resources] Retrieved from: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1-17/print1523453164602823>
2. GPU has forbade the investigator to refuse the lawyers to be present during searches [Electronic resources] Retrieved from: <http://radako.com.ua/news/gpu-zaboronila-slidchim-vidmovlyatiadvokatam-u-pravi-butiprisutnimi-pri-obshukah>
3. Korcheva T. V. Problems of Defender's Activity in Pre-trial Proceedings and in the Court of First Instance: Monograph / T. Korchev. — X.: Publisher VO-P Vapnyarchuk N. M., 2007. — 200 p.
4. Constitution of Ukraine [Electronic resources] Retrieved from: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>
5. Decision of the Constitutional Court of Ukraine № 23-rp/2009 [Electronic resources] Retrieved from: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v3p710-09>
6. Titova N. V. About the participation of a witness of a lawyer during a search / N. V. Titov. -Law sciences. № 2, 2013. — p. 369–376.
7. Banchuk O. A. 35 Informal Practices in Criminal Proceedings of Ukraine / O. A. Banchuk. — «Art Design», 2014 — 48 p.
8. Fartushnaya O. Yu. Problemnye aspects of the use of modern technical and forensic means of fixing evidence / O. Yu. Fartushnaya // Modern problems of law science: the state and prospects of development: 2005. — P. 198–199.

УДК 340.1

**Сливна Вікторія Анатоліївна**

*студентка міжнародно-правового факультету*

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

**Сливная Виктория Анатольевна**

*студентка международно-правового факультета*

*Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого*

**Slivnaia Viktoriya**

*Student of the International Law Faculty of the*

*Yaroslav Mudryi National Law University*

**Науковий керівник:**

**Сатохіна Наталія Іванівна**

*кандидат юридичних наук*

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого*

**Научный руководитель:**

**Сатохина Наталья Ивановна**

*кандидат юридических наук*

*Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого*

**Research manager:**

**Satokhina Natalia**

*Candidate of Legal Sciences*

*Yaroslav Mudryi National Law University*

## РОЗВИТОК, ОСНОВНІ ІДЕЇ ТА РИСИ ПРАВОВОГО ФЕМІНІЗМУ

## РАЗВИТИЕ, ОСНОВНЫЕ ИДЕИ И ЧЕРТЫ ПРАВОВОГО ФЕМИНИЗМА

## DEVELOPMENT, MAIN IDEAS AND FEATURES OF LEGAL FEMINISM

**Анотація.** У статті автор досліджує появу та розвиток такого явища, як правовий фемінізм, визначає значення цього поняття. Детально проаналізовано сучасні ідеї, риси, проблеми феміністської теорії права та підходи (моделі) до вирішення даних питань. Розглядаючи всі вище зазначені аспекти, у статті для аргументації наведена низка праць відомих науковців та представників феміністичного руху, їх короткий опис та підсумок. Для підтвердження існування та розвитку даного явища в Україні, автор звертається і до діяльності українських активісток. На основі проведених досліджень, зроблених у ході статті, автором зроблено висновок, що правовий фемінізм активно розвивається по всьому світу, у тому числі і в нашій державі, а його ідеї знаходять реалізацію в житті.

**Ключові слова:** фемінізм, феміністська теорія права, моделі та підходи, активісти.

**Аннотация.** В статье автор исследует появление и развитие такого явления, как правовой феминизм, определяет значение этого понятия. Детально проанализированы современные идеи, черты, проблемы феминистской теории права и подходы (модели) к решению данных вопросов. Рассматривая все вышеуказанные аспекты, в статье для аргументации приведен ряд работ известных ученых и представителей женского движения, их краткое описание и вывод. Для подтверждения существования и развития данного явления в Украине, автор обращается и к деятельности украинских активисток. На основе проведенных исследований, сделанных в ходе статьи, автором сделан вывод, что правовой феминизм активно развивается по всему миру, в том числе и в нашей стране, и его идеи находят реализацию в жизни.

**Ключевые слова:** феминизм, феминистская теория права, модели и подходы, активисты.

**Summary.** In the article the author explores the emergence and development of such a phenomenon as legal feminism, determines the meaning of this concept. Modern ideas, features, problems of feminist theory of law and approaches (models) to solving these issues are analyzed in detail. Considering all the above aspects, the article contains a number of works by well-known scientists and representatives of the women's movement, their brief description and results. To confirm the existence and

development of this phenomenon in Ukraine, the author turns to the activities of Ukrainian activists. Based on the research made during the article, the author concluded that legal feminism is actively developing around the world, including in our country, and its ideas are being realized in life.

**Key words:** feminism, feminist theory of law, models and approaches, activists.

**Постановка проблеми.** Сучасний світ — це світ змін. На сьогодні одним з найвагомійших зрушень стало переосмислення ролі жінки у найрізноманітніших сферах життя, таких як політика, економіка, культура, спорт, право і т. д. Ще до ХХ століття майже в усіх країнах жінка була жертвою патріархальної системи. І лише у минулому сторіччі відбулися кардинальні зміни щодо цього, які понесли за собою низку суперечностей та нових питань, перш за все, у сфері правовідносин. Тож яке місце займає коло феміністських питань у світовій юриспруденції та чому це актуально сьогодні?

**Аналіз останніх досліджень та публікацій.** На сьогодні у феміністську правову теорію значний внесок зробили у працях такі зарубіжні науковці, як Сюзанн Окін, Сейла Бенхабіб, Керол Гілліган; основні підходи, якими зараз керуються при дослідженні основних проблем правового фемінізму, розробили Кетрін МакКіннон, Марта Файнман, Марі Мацуда та Рут Бадер Гінзбург. Також уваги заслуговують представниці українського феміністського руху у сфері права Ірина Жеребкіна та у сфері літератури Оксана Забужко, які сьогодні продовжують присвячувати свої твори та наукові статті питанню фемінізму.

**Мета статті.** Визначити, як і коли у світі почала розвиватися думка правового фемінізму та якими є основні завдання, ідеї сучасної феміністської філософії права на прикладі різних держав та, безпосередньо, України.

**Основні результати дослідження.** Для початку слід визначити, що ж таке феміністська філософія права? В англomовному варіанті цей термін використовується як «*feminist philosophy of law*», «*feminist jurisprudence*», «*feminist legal theory*» і означає критику та вивчення правової системи як патріархальної. В основі феміністської філософії права лежать дві основні проблеми: по перше, беззаперечне уявлення у свідомості людей щодо природної нерівності між чоловіками та жінками, що, у свою чергу, має втілення у пригніченні жінок у суспільно-правових відносинах та інших сферах життєдіяльності; по-друге, неспроможність права та інших інститутів вирішити цю проблему через залишки патріархату у суспільстві та через патріархальну природу власне права. Виходячи з цього, основною метою феміністської філософії права є не просто проаналізувати, як і чому принцип справедливості щодо жінок порушується, але і як треба змінити правову систему та інші інститути, аби ця проблема більше не виникала.

У ході свого розвитку фемінізм у філософії права знаходить своє відображення в появі такого тер-

міну як «феміністська юриспруденція» (*feminist jurisprudence*) або «феміністська теорія права». Це поняття було започатковане 1977 року письменницею та журналісткою Анною Скейлс, коли вона планувала конференцію на честь 25-річного ювілею («*Celebration 25*») жінки, що стала першою випускницею гарвардської школи права. А опублікований термін був 1978 року у першій редакції гарвардського жіночого журналу («*Harvard Woman's Law Journal*»).

В основі феміністської теорії права лежить думка про те, що в усі часи саме закон був головним чинником нерівного положення жінок. Тому ця теорія концентрує свою увагу на двох аспектах: як і чому право минулих сторіч впливало на підпорядкування жінок та як змінити це сьогодні.

Наступним важливим кроком у розвитку правового фемінізму став проект 1984 року Марти Файнмен (*Martha Fineman*) «Фемінізм і теорія права» у правовій школі університету Вісконсіна. Головним завданням авторка зробила проаналізувати співвідношення між фемінізмом, правом та практикою, що дало поштовх для дослідження цього питання вченим зі всього світу [1].

Серед сучасних науковців та дослідників феміністської філософії права можна виокремити професора політології та філософії Йельського університету Сейлу Бенхабіб (*Seyla Benhabib*), американську феміністку та професора з етики, етичних відносин Керол Гілліган (*Carol Gilligan*), представницю радикальної течії фемінізму Кетрін МакКіннон (*Catharine Alice MacKinnon*) та інших.

Що стосовно рис сучасного правового фемінізму, то існують такі основні особливості: 1) феміністська філософія права має практичне спрямування, тобто у своїй ідеї вона не просто критикує, а має за мету змінити залишки патріархальної системи у сучасних суспільно-правових відносинах; 2) оскільки об'єктом вивчення та аналізу є право, то про фемінізм у філософії права ми вже говоримо як про правову теорію; 3) працюючи з категоріальним та понятійним апаратом у сфері права, фемінізм має за мету оскаржувати ті положення, що прямо чи опосередковано передбачають підпорядкування жінки.

Тож над якими проблемами та питаннями працює сучасний правовий фемінізм? Тут слід повернутися до феміністичної правової теорії. Адже саме вона включає в себе 4 головні підходи, кожен з яких описує окремий правовий механізм, що ставить жінку у невигідне становище порівняно з чоловіком, та пропонує варіант вирішення цієї проблеми. Ці підходи розробили 4 вже згадувані відомі постаті: Кетрін

МакКіннон, Марта Файнман, Марі Мацуда та Рут Бадер Гінзбург. Дані підходи чітко окреслюють ті проблеми, які намагається вирішити сучасний правовий фемінізм. Тож коротко охарактеризуймо їх:

### *1. Модель ліберальної рівності*

В основі цієї моделі лежить вже давно розпочата дискусія між двома течіями фемінізму — радикальною та реформістською.

Реформістський напрям бере свій початок у ліберальної течії і спрямований на забезпечення абсолютної рівності жінок шляхом ретельного переосмислення правових норм та зміну їх, враховуючи гендерну рівність. Яскравою представницею є політолог Сюзанн Окін (*Susan Okin*), яка у своїй праці «Справедливість, Стать і Сім'я» (1989 року) розглядає проблему нерівності на прикладі американської сім'ї. Вона пише, що «нерівність у сім'ї обумовлена її гендерною структурою, що є історичною та соціальною. Така структура в результаті заснована на статевому розподілі праці, що обумовлено існуючими у суспільстві думками про статеві відмінності. (...) Держава має істотно впливати на регулювання справедливості у сім'ях. Це має бути щось не більше ніж контроль за звичайною реєстрацією шлюбу, за поверненням податків, за виплатою аліментів і т.д.» [3, с. 15, 47].

### *2. Домінантна модель*

На протипагу ліберальній течії діє радикальна, основа якої і лежить у доміантній моделі феміністської теорії права. Феміністки цього напрямку вважають, що саме поняття «патріархат» і означає безпосередню владу чоловіка в усіх сферах життя. Такої думки підтримується американська феміністка, письменниця, вчена та художник Кейт Міллет (*Katherine Murray Millett*). Її книга «Сексуальна політика» (1970 року) вже давно стала класикою фемінізму. У ній авторка вперше співвіднесла поняття «політика» з такими раніше приватними темами як сексуальність, тіло, емоції. Так вона зазначає що відносини між статями носять сексуально-політичний характер, а те, що чоловік панує над жінкою, — це ніщо інше, як сучасна патріархальна система влади. «Деспотизм патріархату, — пише Міллет, — що приписує нам темперамент і ролі, не викликає у нас питання про правомірність подібної регламентації (...). Якщо говорити про організацію підпорядкування, то патріархат як правляча ідеологія не має собі рівних; напевно, жодна система ніколи не мала настільки повного контролю над своїми суб'єктами» [5, с. 105]. І найголовнішим методом цього контролю є сім'я, на думку автора, завдяки чому жінки підпорядковані державі опосередковано, через глав родини — чоловіків.

Ще однією думкою радикальної течії фемінізму, що саме і протиставляється реформістській, є те, що ліберальними методами неможливо щось змінити. Патріархат вже настільки укорінився у сучасних системах, що для його повного знищення слід повністю змінювати право та його ліберальні інститути. Існує

навіть думка, що право у своїй природі і є чоловічим явищем. Таку ідею підтримувала ще одна представниця фемінізму — Кетрін МакКіннон. Питання фемінізму вона вирішує через аналіз відношення між державою та законом, розглядаючи при цьому тему насильства. За теорією вченої, розглядаючи питання насилля, держава, перш за все, з'ясує, що саме трапилось. Далі вона розмірковує, оскільки знання є явищем соціальним, то і об'єктивність, що є визначальною при будь-якому судовому розгляді, теж соціальна. Виходячи з думок феміністок, що соціум — це явище чоловіче, патріархальне, то і об'єктивність носить теж чоловічий характер. Саме тому при розгляді справи жінка стає об'єктом, її показання мають пристрасний характер, а тому і важко з'ясувати, що відбулося і що таке взагалі насильство [6]. Отже, так уся влада та право по своїй суті належать чоловікам. Як ми бачимо, ця теорія дійсно має радикальні погляди, що абсолютно протилежні ліберальним.

### *3. Модель гендерної відмінності*

Дана модель наголошує на тому, що відмінності між чоловіком та жінкою закладені природою та їх не слід ігнорувати. Навпаки, статеві, расові, мовні та інші несхожості між людьми має враховувати кожна держава у своїй правовій системі. Таких поглядів, зазвичай, дотримуються представниці радикального фемінізму, вважаючи, що лише так можна досягти справедливості у правових та соціальних відносинах.

### *4. Модель гендерної тотожності*

Цей напрям є протилежний попередньому, його дотримуються ліберальні феміністки. Вони вважають, що акцент має бути на схожості чоловіків та жінок, бо інакше досягти рівності у правах не вийде. Наголошуючи на особливостях жіночої природи, люди історично підтверджують нездатність жінок бути на рівні із чоловіками.

Проте, між моделями відмінності та схожості існують певні протиріччя. Цю тему розвинула теоретик в області права М. Мінноу. «Як надмірна увага, так і ігнорування відмінності пов'язані з ризиком його відтворення. У цьому дилема відмінності», — пише Мінноу [4, с. 74]. Інакше кажучи, певні відмінності між чоловіком та жінкою одночасно вимагають ставитися до них і рівно, і не рівно. Саме тому, вирішуючи цю дилему, варто розуміти, що визнання деяких відмінностей ще не означає різного ставлення до людей.

### *5. Антиесенціалістична модель*

Останній напрям та останне не менш важливе питання, над яким замислюються феміністки філософії права, є заперечення існування універсальної жіночої та окремо чоловічої точки зору. Вони стверджують, що будь-яка думка щодо певної теми є соціально вкоріненою, і не можна стверджувати, що розум жінок може поширюватися лише на приватні сфери домогосподарства чи виховання дитини. Саме тому правовий фемінізм відкидає різні дихотомічні



явища, такі як «тотожність/відмінність» чи «радикалізм/лібералізм».

Усі вище зазначені проблеми та підходи до їх вирішення втілені і в сучасній феміністсько-правовій думці України, адже даний напрям продовжує розвиватися в українських науках. І сприяє цьому сучасна представниця феміністського правового руху Ірина Жеребкіна. Це відома доктор філософських наук, директор Харківського центру гендерних досліджень, науковець з гендерної та феміністської теорії, філософської антропології та сучасної політичної філософії. Вона написала багато праць з фемінізму, серед яких варто виділити окрему увагу статті «Протиріччя в теорії сучасного фемінізму» у жіночому журналі [2]. У цій праці Ірина досліджує та порівнює низку протиріч між сучасними та минулими подіями, явищами та поняттями, таких як американський та французький фемінізм 70-х років, феміністське знання та жіночий життєвий досвід та ін. Ці статі дійсно дуже цікаві та заслуговують на увагу, тож розглянемо деякі з них.

Наприклад частина про протиріччя між гендерними та феміністськими дослідженнями. Питання про відмінність цих понять, як зазначає Жеребкіна, виникло у 80-х роках між американськими гендерними теоретиками та європейськими теоретиками сексуальних відмінностей. І сьогодні головна особливість полягає в тому, що гендерні дослідження базуються на знаннях про симетричність жіночої та чоловічої структури у культурному розумінні, на відміну від фемінізму, в основі якого домінування

чоловіків над жінками у соціальній сфері. А причиною того, що слово «гендерний» часто застосовують у феміністських рухах, є те, що це поняття, за словами активістів минулого сторіччя, підлягає різному розумінню та може варіюватися між різними сферами використання.

І ще одне питання, яке, мабуть, в усі часи було популярним, це протиріччя між чорними та білими феміністками. Основою є те, що темношкірі жінки під поняттям «гендер» розуміють расу та клас. І тому, коли у 60–70-х роках ХХ століття феміністки концентрували свою увагу на патріархаті та домінуванні чоловіків, то жінки-афроамериканки, по суті, такої проблеми не знали, адже темношкірі чоловіки таку тенденцію не мали. Більш того, афроамериканки кажуть, що класичний фемінізм не враховує різні види негідного ставлення до жінок. Так вони порушують питання расизму, адже часто зазначають гніту стосовно кольору шкіри не лише з боку чоловіків, але і жінок. Таким чином, темношкірі жінки часто заперечують положення фемінізму та провадять власну жіночу політику.

**Висновки.** Таким чином, ми бачимо, що сучасні напрями феміністської філософії права мають різновекторний характер, вони спрямовані не просто на порушення певних питань, а на теоретичну та правову трансформацію сучасної суспільно-правової системи. Важливо, що і Україна на сьогодні теж займається вирішенням цих проблем, свідченням чого є активна наукова, літературна та політична діяльність представників феміністського руху.

#### Література

1. Fineman M. *Transcending the Boundaries of Law. Generations of feminism and legal theory.* London: «Taylor & Francis Group», 1991. — 407 p.
2. Жеребкіна І. Протиріччя в теорії сучасного фемінізму / Міжнар.жін.журнал «We/ми. Діалог жінок» / Спецвип. — 2000. — URL: [http://www.owl.ru/win/info/we\\_my/2000\\_sp/04.htm](http://www.owl.ru/win/info/we_my/2000_sp/04.htm)
3. Жуков В. Семья и семейное воспитание. Кросс-культурный анализ на материале России и США. Пер.: Алескерова Э. А., Васильева А. Ю., Гредина Е. П. / Ред.: Жуков В. И. — РГСУ, 2009. — 420 с.
4. Керол С., Зеріллі Л. Громадянське суспільство та правова держава/ пер.: Семенкова В. Суспільні науки та сучасність. — 2001. — № 6. — С. 61–83.
5. Мілет К. Сексуальна політика/ — К.: Основи, 1998. — 619 с.
6. Соціологічна інформація. Сучасні теорії фемінізму: Радикальний фемінізм / Соціологія в статтях. — URL: <http://www.sociologyinweb.ru/spgs-740-1.html>

#### References

1. Fineman M. *Transcending the Boundaries of Law. Generations of feminism and legal theory.* London: «Taylor & Francis Group», 1991. — 407 p.
2. Zhrebkina I. *Protirichchya v teoriiy suchasnogo feminizmu.* / *Mizhnar.zhin.zhurnal «We/mi. Dialog zhinok».* / *Spetsvip.* — 2000. — URL: [http://www.owl.ru/win/info/we\\_my/2000\\_sp/04.htm](http://www.owl.ru/win/info/we_my/2000_sp/04.htm)
3. Zhukov V. *Semya i semeynoe vospitanie. Kross-kulturnyy analiz na materiale Rossii i SShA.* Per.: Aleskerova E. A., Vasileva A. Yu., Gredina Ye. P. / Red.: Zhukov V. I. — RGSU, 2009. — 420 s.
4. Kerol S., Zerilli L. *Gromadyanske suspilstvo ta pravova derzhava/ per.: Semenkov V. Suspilni nauki ta suchasnist.* — 2001. — #6. — S. 61–83.
5. Milet K. *Seksualna poiItika/ — K.: Osnovi, 1998. — 619 s.*
6. *Sotsiologichna informatsiya. Suchasni teoriyi feminizmu: Radikalniy feminizm / Sotsiologiya v stattyah /* —URL: <http://www.sociologyinweb.ru/spgs-740-1.html>



**МІЖНАРОДНИЙ НАУКОВИЙ ЖУРНАЛ «ІНТЕРНАУКА»**  
**INTERNATIONAL SCIENTIFIC JOURNAL «INTERNAUKA»**  
**МЕЖДУНАРОДНЫЙ НАУЧНЫЙ ЖУРНАЛ «ИНТЕРНАУКА»**

Сборник научных статей

№ 8 (48)

2 том

Глава редакционной коллегии — д.э.н., профессор *Каминская Т.Г.*

Киев 2018

**Издано в авторской редакции**

---

Учредитель/Издатель ООО «Финансовая Рада Украины»  
Адрес: Украина, г. Киев, ул. Павловская, 22, оф. 12  
Контактный телефон: +38(067) 401-8435  
E-mail: editor@inter-nauka.com  
www.inter-nauka.com

Подписано в печать 13.05.2018. Формат 60×84/8  
Бумага офсетная. Гарнитура SchoolBookAC.  
Условно-печатных листов 5,81. Тираж 100. Заказ № 398.  
Цена договорная. Напечатано с готового оригинал-макета.

Напечатано в издательстве  
ООО «Центр учебной литературы»  
ул. Лаврская, 20 г. Киев  
Свидетельство о внесении субъекта издательского дела  
в государственный реестр издателей, изготовителей и распространителей  
издательской продукции ДК No 2458 от 30.03.2006 г.