

**VISNYK
OF THE LVIV
UNIVERSITY**

**ВІСНИК
ЛЬВІВСЬКОГО
УНІВЕРСИТЕТУ**

Series Law

Серія юридична

Issue 71

Випуск 71

Scientific journal

Збірник наукових праць

Published 1–2 issues per year

Виходить 1–2 рази на рік

Published since 1949

Виходить з 1949

Ivan Franko National
University of Lviv

Львівський національний
університет імені Івана Франка

2020

Засновник: ЛЬВІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ ІМЕНІ ІВАНА ФРАНКА

Друкується за ухвалою Вченої Ради
Львівського національного університету
імені Івана Франка
Протокол № 90/11 від 26 листопада 2020 року

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого
засобу масової інформації серія KB № 14624-
3595 Р від 30 жовтня 2008 р., перереєстровано
як фахове видання України, включено до
категорії «Б» Переліку наукових фахових видань
України (наказ МОН № 1188 від 24.09.2020 р.).

У «Віснику» опубліковано статті, що висвітлюють актуальні проблеми теорії та історії держави і права, питання удосконалення інститутів конституційного, цивільного, трудового, кримінального та інших галузей права України. Проаналізовано шляхи поліпшення правового регулювання процесуально-юридичної діяльності в сучасній Україні. Для викладачів, аспірантів, студентів, працівників органів місцевого самоврядування, державних адміністрацій, суду, правоохоронних органів, юристконсультів, адвокатів. «Visnyk» contains articles on current issues of theory and history of the state and law, the ways of improving institutions of civil, labor, constitutional, criminal and other branches of law. Various legal regulation methods of improving procedural activities in contemporary Ukraine are analyzed in this edition. Recommended for professors, post-graduate and undergraduate students, employees of local self-government, state administration and law enforcement bodies, national economy officials, judges and lawyers.

Редакційна колегія:

д-р юрид. наук, проф. *А. А. Герц* – головний редактор; д-р юрид. наук, проф. *В. М. Бурдін* – заступник головного редактора; канд. юрид. наук, доц. *Н. В. Стецик* – відповідальний секретар редколегії; д-р юрид. наук, проф. *Н. Р. Бобечко*; д-р юрид. наук, проф. *І. Й. Бойко*; д-р юрид. наук, проф. *О. М. Бориславська*; д-р юрид. наук, проф. *О. В. Гришук*; д-р юрид. наук, проф. *П. Ф. Гураль*; д-р юрид. наук, проф. *М. М. Дякович*; д-р юрид. наук, проф. *М. М. Кобилецький*; д-р юрид. наук, проф. *І. І. Козутич*; д-р юрид. наук, проф. *В. М. Косович*; д-р юрид. наук, проф. *В. М. Коссак*; д-р юрид. наук, проф. *Л. А. Луць*; д-р юрид. наук, проф. *П. Д. Пилипенко*; д-р юрид. наук, проф. *Є. О. Письменський*; д-р юрид. наук, проф. *В. Т. Нор*; д-р юрид. наук, проф. *П. М. Рабінович*; д-р юрид. наук, проф. *С. П. Рабінович*; д-р юрид. наук, проф. *З. В. Ромовська*; д-р юрид. наук, проф. *С. М. Синчук*; д-р юрид. наук, проф. *О. С. Яворська*; канд. юрид. наук, проф. *Б. Й. Тищик*; канд. юрид. наук, доц. *О. М. Рим*; канд. юрид. наук, доц. *У. В. Яримович*;

проф. *Аніта Родіна* (Рига, Латвія); проф. *Бостян М. Зупанчич* (Любляна, Словенія); проф. *Марцін Матчак* (Варшава, Польща); проф. *Мачей Маршал* (Вроцлав, Польща); проф. *Мортімер Н. С. Селлерс* (Балтімор, США); проф. *Піетро Манзелла* (Бергамо, Італія); проф. *Філін Сендс* (Лондон, Сполучене Королівство).

Professor *A. Herts* – Editor-in-Chief,
Professor *V. Burdin* – Assistant Editor,
Assistant Professor *N. Stetsyk* – Managing Editor.
Відповідальний за випуск: проф. В. М. Бурдін

«Вісник Львівського університету. Серія юридична» індексується в міжнародній наукометричній базі **Index Copernicus International**.

Адреса редакційної колегії:

ЛНУ імені Івана Франка, юридичний
факультет, вул. Січових Стрільців, 14
Львів, Україна, 79000
тел.: (032) 239 41 85
e-mail: law.faculty@lnu.edu.ua

Editorial office address:

Ivan Franko National University of Lviv,
Law Faculty, 14, Sichovykh Striltsiv Str.,
Lviv, 79000, Ukraine
tel.: 38 (032) 239 41 85
<http://law.lnu.edu.ua/research/our-publisher>

Редактор: У. Крук, А. Габрук
Комп'ютерна верстка М. Левкуц
Редагування текстів англійською мовою Ю. Піх

Адреса редакції, видавця і виготовлювача:
Львівський національний університет
імені Івана Франка.
вул. Університетська, 1, Львів, Україна, 79000
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої
справи до Державного реєстру видавців,
виготівників і розповсюджувачів видавничої
продукції. Серія ДК № 3059 від 13.12.2007 р.

Формат 70x100/16.
Ум. друк. арк. 13
Тираж 100 прим.

© Львівський національний університет
імені Івана Франка, 2020

ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

УДК 340.114

PROHIBITION OF DISCRIMINATION IN UKRAINE: THE LEGAL FRAMEWORK AND APPLICATION

V. Honcharov

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, Lviv, Ukraine, 79000,
e-mail: gonchar.lawyer@gmail.com*

The article highlights the theoretical and practical aspects of non-discrimination under the national legislation of Ukraine. Despite the fact that the Law of Ukraine «On Principles of Preventing and Combating Discrimination in Ukraine» meets modern requirements for such laws, the legislative structure of discrimination and its forms are not without a number of shortcomings. The first is the use in the definition of ancillary features that do not identify, but only help to establish discrimination. Such features include, in particular, a comparator, the need to establish which is not always the case. The law also does not provide for the division of responsibilities for proving discrimination, so it is up to the person who alleges a violation of his or her rights to prove both positive and negative signs. Disadvantages of the application of the prohibition of discrimination include such phenomena as inflation of the concept of discrimination (blurring of its boundaries), accumulation of violations of the fundamental right to discrimination in the exercise of such a right, as well as insufficient proof of negative signs of discrimination.

Not every violation of equality in the exercise of rights is discriminatory, as discrimination occurs only on the basis of a protected feature, as emphasized in paragraph 2 of part 1 of Article 1 of the Law on Discrimination. Law enforcement officers and judges are obviously puzzled by the fact that the «any other feature» can be recognized as a protected one. However, it does not follow in any way that such a feature does not need to be established at all as the opposite contradicts the requirement of paragraph 2 of part 1 of Article 1 of the Law.

Keywords: discrimination, direct discrimination, indirect discrimination, protected feature, comparator, cross discrimination, restriction of rights.

DOI: <http://dx.doi.org/10.30970/vla.2020.71.003>

Introduction. The prohibition of discrimination as a component of the rule of law and the general principle of the enjoyment of human rights is of considerable interest to both jurisprudence and practice.

Citizens of Ukraine have access to a number of normative means for protection against discrimination: Constitution of Ukraine, international treaties and a number of laws and bylaws. However, the question of how to properly use and apply the anti-discrimination law remains open in many respects.

The case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) remains a guide for national case law on the application of the prohibition of discrimination. The rare case of discrimination is decided now without reference to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter – the Convention), as well as the practice of the ECtHR, i.a, its decisions in *Willis v. The United Kingdom*, *Van Raalte v. The Netherlands* and *Pichkur v. Ukraine*.

The article aims to describe some of the legal issues of the application of anti-discrimination law. In this way, we want to address this important topic, initiated by our fellow researchers I. Kresina [2], O. Pankevych [4], S. Pohrebniak [5], S. Rabinovych [10], O. Uvarova, M. Yasenovska [14] and others [3; 11–13].

And we will start with a theoretical analysis of Ukraine's anti-discrimination law in terms of provisions that, in our opinion, carry potential risks of incorrect or at least heterogeneous application. We then turn to some problematic aspects of the application of the anti-discrimination law in the practice of the Supreme Court.

The construction of discrimination under national legislation. The Law «On the Principles of Preventing from and Resisting to Discrimination in Ukraine» (hereinafter – the Law), which entered into force on October 4, 2012, is quite a modern instrument to tackle the issues of the sphere. The Law's adoption was dictated mainly by the interests of law enforcement, for which, of course, it is more convenient to apply the Law than to the intricacies of the ECtHR case law. But as the domestic case law shows, the Law, Article 14 of the Convention, Protocol XII and the case law of the ECtHR are applied together, in which we do not see anything wrong.

Legislator resorted to a very detailed and quite an academic definition of discrimination. According to paragraph 2 of the first part of Article 1 of the Law «discrimination is a situation in which a person and / or group of persons on the grounds of race, color of skin, political, religious and other beliefs, sex, age, disability, ethnic and social origin, citizenship, marital and property status, residence, linguistic or other features that were, are and may be valid or presumed (hereinafter – certain features), is subject to restrictions on the recognition, exercise or use of rights and freedoms in any form established by the Law, except in cases when such restriction has a legitimate, objectively justified purpose, the ways of achieving which are appropriate and necessary. In contrast, international treaties to which Ukraine is a party do not generally define discrimination, but instead formulate a rather concise form that the enjoyment of rights and freedoms must be ensured without discrimination (Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights, Article 2, paragraph 2). International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Article 14 of the Convention and Protocol XII), which is fully in line with tradition not to bind the courts by legal definitions without direct necessity.

Our first question concerns language – why the «situation»? From a practical point of view it would be enough to define discrimination as restriction on the exercise of rights on the grounds established by law. However, this small shortcoming does not seem to have had harmful projections to judicial practice.

The next issue concerns the definition of forms of discrimination under the Law. According to Article 5 of the Law, the forms of discrimination are direct discrimination, indirect discrimination, incitement to discrimination, aiding and abetting discrimination. Of these, the first two can be considered primary, and the last three derivatives. According to paragraph 1 of the first part of Article 1, «direct discrimination is a situation in which a person and / or group of persons on their certain grounds are treated less favorably than another person and / or group of persons in a similar situation, except when such treatment has a legitimate, objectively justified goal, the ways to achieve which are appropriate and necessary». And according to paragraph 3 «indirect discrimination is a situation in which the implementation or application of formally neutral provisions, evaluation criteria, rules, requirements or practices puts a person and / or group of persons on their certain grounds in less favorable conditions or situations compared to others, except in cases when their implementation or application has a legitimate, objectively justified purpose, the ways to achieving which are appropriate and necessary».

The disadvantage of these definitions is that the concepts of direct and indirect discrimination are revealed through the way they are proved. Yes, a reference to a comparator may not always be necessary to prove discrimination. These are primarily cases where discrimination is obvious (like the lack of a barrier-free architecture in public authorities), as well as the establishment of cross-discrimination, i.e. one that occurs as a result of the intersection of multiple protected features.

The problem with such cases is that the need to present a comparator often leads the applicant to a dead end. Thus, Ms. Uchellari brings forward an example where the UK Court of Appeal had to assess the allegations of an applicant who had complained of discrimination on the grounds that she was Asian (an Asian woman). However, it was no way to prove discrimination due to the fact that the court decided to investigate discrimination against each feature separately, and comparators for individual features were absent [15, p. 13]. That is, in the case of cross-discrimination, the comparator is all those who are not carriers of intersecting features, which, accordingly, may be an obstacle to the enforcement of anti-discrimination law.

Another issue with the Law seems to be the fact that it does not establish a division of burden for proving discrimination. All signs of discrimination can be divided into positive and negative. Positive grounds of direct discrimination include a less favorable attitude, a model for comparison, and a protected feature. In the case of indirect discrimination, this is a neutral rule, less favorable conditions or situation and, again, a protected feature.

It seems pretty natural that the establishment of negative grounds, which justify the difference in attitude, should rely on the defendant. But since the Law conceals this issue, there are no reasons to depart from the general rule of adversarial proceedings, according to which a party must prove the grounds of its claims and objections (para 3 Art. 12 of the Civil Procedure Code of Ukraine, para 1 of Art. 77 of the Code of Administrative Procedure of Ukraine, para 3 of Art. 13 of the Commercial Procedural Code of Ukraine).

Another general issue of the Law is that, unlike the Convention, the *prohibition of discrimination has no autonomous application*. According to the Law, discrimination is a restriction on the exercise of certain *rights and freedoms*, respectively, is established in conjunction with a violation of a substantial right or freedom.

The ECtHR has established that the discrimination prohibition under the Convention has an autonomous applicability, and therefore does not necessarily presuppose the violation of a substantive right. Instead, it is sufficient to establish that the discriminatory action falls within the ambit of a substantive right, protected by the Convention.

Thus, in its case against Lithuania, the ECtHR found a violation of Article 14 of the Convention in conjunction with Article 8, given that the applicant had been restricted in his employment in the private sector [18]. The applicant was a former KGB officer and was subject to a law restricting the employment of persons in the public and private sectors to which the applicant fell. Although the Convention does not enshrine social rights, the ECtHR found discrimination in the actions of the state. The Court held that the right to privacy enshrined the possibility of establishing relations with the outside world: although the applicant had not been restricted in his enjoyment of a substantive right under the Convention, was discriminated against in an area protected by the Convention.

In light of this, the legislator seems to have unreasonably narrowed the notion of discrimination in the Law to restrictions on the exercise of only rights and freedoms, without including the *legally protected interest*, which would significantly expand the scope of the prohibition of discrimination.

Let us turn to the characteristics of some problems in the application of the prohibition of discrimination in judicial practice.

I. Inflation of the prohibition. « When I make a word do a lot of work like that, I always pay it extra!», said Humpty Dumpty. Putting the excessive burden on the word in judicial practice, we should have done the same.

National courts mostly tend to take discrimination too broadly, as an unjustified violation of equality in the exercise of rights. Moreover, the question of which feature was the substantial ground for different attitudes is almost never paid attention. An indicator of discrimination is only the presence of a person or group of persons who, under similar conditions, do not experience the same restrictions.

Thus, *any inequality in the exercise of rights is considered discriminatory*. This is a kind of scarce (compared to the one enshrined in the Law) formula of discrimination, the application of which causes «swelling» or «inflation» of the very notion. In fact any violation of the law, any arbitrary behavior of state bodies in relation to person can be considered as a violation of equality in the exercise of rights, i.e. discrimination.

However, not every breach of equality in the exercise of rights is discriminatory, as discrimination *occurs only on the basis of a protected feature, as emphasized in para 2 of part 1 of Article 1 of the Law*. Law enforcement officers are obviously puzzled by the fact that any other feature, ie not mentioned in the Law, can be established as a protected feature. *However, it does not follow in any way that such a feature does not need to be established at all (the opposite will directly contradict the requirement of paragraph 2 of part 1 of Article 1 of the Law)*.

In addition, not every single violation of legal equality may constitute discrimination. Refusal of employment for arbitrary personal reasons constitutes a violation of the right to work, but does not constitute discrimination in the exercise of this right, as there is no protected feature that causes a difference in attitude. Similarly, when the Supreme Court of Ukraine adopted contrary rulings in two very similar cases on value added tax, the ECtHR found a violation of legal equality and legal certainty as components of the rule of law in protecting property rights under Article 1 of Protocol No. 1 [17, para. 42–44], but not discrimination.

Thus, in its decision of 5.12.2019, the Grand Chamber of the Supreme Court considered the appeal against the decision of the High Council of Justice (hereinafter – HCJ). The case originated in the GRP's refusal to submit a petition to the President of Ukraine on the appointment of the plaintiff to the position of a judge of the Donetsk District Administrative Court. In 2010 the latter and two other judges held an infamous decision to abolish the Decree of the President of Ukraine «On conferring the title of Hero of Ukraine on S. Bandera.» Considering this decision to be politically motivated, HCJ refused to submit a plaintiff's petition to the President of Ukraine. However, this did not prevent HCJ from making similar submissions to other judges.

Disagreeing with the decision of HCJ, the judge appealed it to the Cassation Administrative Court.

The HCJ explained the difference in the approach to the plaintiff by the fact that information on candidates for the position of judge, as well as their assessment of HCJ, are by nature unique and are not the matter of the case.

Administrative Cassation Court, with which the Grand Chamber agreed, ruled that the HCJ's actions against the plaintiff discriminated him against the other two judges. *However, neither Cassation Court nor the Grand Chamber, contrary to the requirements of Article 1 of the Law, made any findings on the protected feature.*

II. Confusing violation of the substantial right with discrimination in the exercise of the substantial right. As mentioned above, the need to apply the prohibition of discrimination does not always arise. The application must be provided in cases where an action transcends the violation of substantive right or freedom. In other words, it is inadmissible that court finds applicable both substantive rights and the prohibition of discrimination.

Thus, considering the case № 367/2728/16-ts, Civil Cassation Court in its Resolution of September 19, 2019 agreed with the conclusions of the courts of first and second instance on the actions of violation of Articles 147–149 of the Labor Code of Ukraine regarding the imposition of disciplinary sanctions on the plaintiff, the district physician of a clinic [9]. The court found two separate violations, of the plaintiff's substantive labor rights, at one hand, and violation of the prohibition of discrimination with regard to enjoyment of this rights. The issue is that violations of Articles 147–149 of the Code and violation of the prohibition of discrimination in the application of these articles are alternative types of offenses, and the establishment of the former precludes the establishment of the latter and vice versa.

III. Negative features of direct discrimination should be payed more attention. The Grand Chamber of the Supreme Court in its Decision of December 3, 2019 in case № 910/6471/18 resolved a number of issues related to adopting service payments to condominium association.

The plaintiff referred to the fact that the latter established different fees for owners of residential and non-residential premises, which violates plaintiff's rights as owner of non-residential premises with a total area of 704.53 square meters. The plaintiff argued that the contested decision is discriminatory for his share in total payments to condominium association should be equal to the shares of owners of residential premises.

The Grand Chamber of the Supreme Court proceeded from the fact that when making a controversial decision on the distribution of costs for the management of the house and the division of contributions depending on the type of real estate owned by co-owners (residential or non-residential), the budget took into account different modes of operation of such premises (residential and non-residential). Therefore, the higher rates of fees for the owners of non-residential premises is justified by the fact that the latter require more operating costs, as there is arguably different number of visitors, amounts of waste, parking space etc.) [6]. The Supreme Court sided with the general meeting of condominiums, finding that they have the right to set higher fees for owners of non-residential premises.

Significantly, the Court found, on the one hand, that the plaintiff suffered less favorable treatment because of the protected features (ownership of non-residential premises), and on the other that this attitude was justified by various «load» of 1 sq. m. for residential and non-residential premises.

The failure is that in order to exclude the plaintiff's claim on discrimination, it is necessary to prove the substantial reasons for the difference in attitude. Meanwhile, the Court's decision does not provide any evidence to confirm the economic feasibility of such a tariff, as well as what confirms the alleged increased load per 1 sq. m. of non-residential premises.

In other words, negative features of discrimination that justify restrictions on the exercise of rights cannot be mere declarations and must be substantiated.

Conclusive remarks. In our view, the shortcomings of the domestic anti-discrimination legislation and case law are natural for a system that has relatively recently begun the process of implementing European and global anti-discrimination standards.

Therefore, without excessive optimism, we can hope for their future correction. However, we believe that it is important to counter the introduction of a broad interpretation of discrimination that distorts the original idea, which lies at the bottom of the prohibition of discrimination – tackling social stigma and obstruction of people out of intolerance and hatred.

Список використаних джерел

1. *Волинець В.* Уточнення поняття «дискримінація у сфері праці» // Публічне право. 2018. № 3. С. 157–163.
2. *Кресіна І. О.* Запобігання дискримінації в Україні в контексті європейської інтеграції. Київ: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2015. 384 с.
3. *Мандель Р. Я.* Дискримінація: поняття, ознаки // Право і суспільство. 2016. № 6(2). С. 20–24.
4. *Панкевич О.* Заборона дискримінації: деякі загальнотеоретичні й філософсько-правові аспекти інтерпретації (за матеріалами практики Європейського суду з прав людини) // Вісник Національної академії правових наук України. 2014. № 3. С. 20–31.
5. *Погребняк С.* Роль принципу недискримінації в загальній концепції рівності // Вісник Академії правових наук України. Харків: Право, 2007. № 3(50). С. 23–34.
6. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 3 грудня 2019 року у справі № 910/6471/18
7. Постанова Великої палати Верховного Суду від 4 квітня 2019 року, Справа № 807/559/18 (К/9901/62247/18)
8. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 5 грудня 2019 року, справа № 800/472/17 (П/9901/6/18)
9. Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 19 вересня 2019 року у справі № 367/2728/16-ц
10. *Рабінович С. Панкевич О.* Проблеми застосування принципу рівності в захисті прав людини (за матеріалами практики Конституційного суду України) // Вісник Національної академії правових наук України. 2015. № 3. С. 7–20.
11. *Сахарук І. С.* Теоретико-правові підходи до визначення поняття «дискримінація у сфері праці» // Соціальне право. 2017. № 1. С. 45-54.
12. *Тищенко О. В.* Дискримінація за ознакою віку в трудових правовідносинах // Науковий часопис НПУ імені М. П. Драгоманова. Серія: Економіка і право. 2012. № 18. С. 219–223.
13. *Товт М. М.* Зміст поняття «дискримінація» та принцип недискримінації у сучасному міжнародному праві // Правова держава. 2013. Вип. 24. С. 393–398.
14. *Уварова О., Ясеновська М.* Захист від гендерної дискримінації в судових рішеннях українських судів: звіт за результатами моніторингу. Харків: ФОП Бровін О. В., 2016. 184 с.
15. *Учеллари П.* Множественная дискриминация: как законодательство может отражать реальность // Журнал The Equal Rights Review. 2008–2011. № 1–7. С. 11–43.
16. *Юрчик Г. М.* Дискримінація на ринку праці: прояви, вітчизняний і європейський досвід подолання // Соціально-трудові відносини: теорія та практика. 2016. № 2. С. 80–87.
17. *Serkov v. Ukraine*, Application no. 39766/05
18. *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, Applications no. 55480/00 and 59330/

References

1. Volynets, V. (2018). Utochnennia poniattia «dyskryminatsiia u sferi pratsi». In: *Publichne pravo*, № 3, 157–163.
2. Kresina, I. O. (2015). *Zapobihannia dyskryminatsii v Ukraini v konteksti yevropeiskoi intehratsii*. K.: Instytut derzhavy i prava im. V. M. Koretskoho NAN Ukrainy.
3. Mandel, R. Ya. (2016). Dyskryminatsiia: poniattia, oznaky. In: *Pravo i suspilstvo*, № 6(2), 20–24.

4. Pankevych, O. (2014). Zaborona dyskryminatsii: deiaki zahalnoteoretychni y filosofsko-pravovi aspekty interpretatsii (za materialamy praktyky Yevropeiskoho sudu z prav liudyny). In: *Visnyk Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy*, № 3, 20–31.
5. Pohrebniak, S. (2007). Rol pryntsypu nedyskryminatsii v zahalnoi kontseptsii rivnosti. In: *Visnyk Akademii pravovykh nauk Ukrainy*. Kharkiv: Pravo, № 3(50), 23–34.
6. *Postanova Velykoi Palaty Verkhovnoho Sudu vid 3 hrudnia 2019 roku u spravi № 910/6471/18*
7. *Postanova Velykoi palaty Verkhovnoho Sudu vid 4 kvitnia 2019 roku, Sprava № 807/559/18 (K/9901/62247/18)*
8. *Postanova Velykoi Palaty Verkhovnoho Sudu vid 5 hrudnia 2019 roku, sprava № 800/472/17 (P/9901/6/18)*
9. *Postanova kolehii suddiv Druhoi sudovoї palaty Kasatsiinoho tsyvilnoho sudu vid 19 veresnia 2019 roku u spravi № 367/2728/16-ts*
10. Rabinovych, S. Pankevych, O. (2015). Problemy zastosuvannia pryntsypu rivnosti v zakhysti prav liudyny (za materialamy praktyky Konstytutsiinoho sudu Ukrainy). In: *Visnyk Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy*, № 3, 7–20.
11. Sakharuk, I. S. (2017). Teoretyko-pravovi pidkhody do vyznachennia poniattia «dyskryminatsiia u sferi pratsi». *Sotsialne pravo*, № 1, 45–54.
12. Tyshchenko, O. V. (2012). Dyskryminatsiia za oznakoiu viku v trudovykh pravovidnosynakh. In: *Naukovyi chasopys NPU imeni M. P. Drahomanova. Seriia: Ekonomika i pravo*, № 18, 219–223.
13. Tovt, M. M. (2013). Zmist poniattia «dyskryminatsiia» ta pryntsyp nedyskryminatsii u suchasnomu mizhnarodnomu pravi. In: *Pravova derzhava*, vyp. 24, 393–398.
14. Uvarova, O., Yasenovska, M. (2016). *Zakhyst vid gendernoi dyskryminatsii v sudovykh rishenniakh ukrainskykh sudiv: zvit za rezultatamy monitorynhu*. Kharkiv: FOP Brovin O. V.
15. Uchellary, P. (2008–2011). Mnozhestvennaia dyskryminatsiia: kak zakonodatelstvo mozhete otrazhat realnost. In: *Zhurnal The Equal Rights Review*, № 1–7, 11–43.
16. Iurchyk, H. M. (2016). Dyskryminatsiia na rynku pratsi: proiavy, vitchyzniani i yevropeiskyi dosvid podolannia. In: *Sotsialno-trudovi vidnosyny: teoriia ta praktyka*, № 2, 80–87.
17. *Serkov v. Ukraine, Application no. 39766/05*
18. *Sidabras and Džiautas v. Lithuania, Applications no. 55480/00 and 59330/00*

ЗАБОРОНА ДИСКРИМІНАЦІЇ В УКРАЇНІ: ЗАКОНОДАВЧЕ ЗАКРІПЛЕННЯ ТА ЗАСТОСУВАННЯ

В. Гончаров

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська 1, Львів, Україна, 79000,
e-mail: gonchar.lawyer@gmail.com*

Висвітлено теоретичні та практичні аспекти заборони дискримінації за національним законодавством України. Попри те, що Закон України «Про засади запобігання і протидії дискримінації в Україні» відповідає сучасним вимогам до подібних законів, законодавча конструкція дискримінації та її форм в ньому не позбавлена низки вад. Першою з них є використання у визначенні допоміжних ознак, які не визначають, а лише допомагають встановленню дискримінації. До таких ознак належить, зокрема, компаратор, необхідність у встановленні якого трапляється не завжди. Закон також не передбачає розподілу обов'язків з доказування дискримінації, у зв'язку з чим доведення і позитивних, і негативних ознак покладено на особу, яка заявляє про порушення її прав.

Проаналізовано вади застосування заборони дискримінації, до яких віднесено такі явища, як інфляція поняття дискримінації (розмивання його меж), нагромадження на порушення основного права дискримінації у здійсненні такого права, а також недостатнє доведення негативних ознак дискримінації.

Доведено, що не будь-яке порушення рівності в користуванні правами є дискримінаційним. Національні суди здебільшого схильні розуміти дискримінацію надто широко – як не виправдане порушення рівності в користуванні правами. При чому питанню, яка саме ознака послугувала підставою неоднакового ставлення, майже ніколи не приділяють уваги. Індикатором дискримінації стає лише наявність особи або групи осіб, які за аналогічних умов не зазнають таких самих утисків чи обмежень. Дискримінаційною визнано будь-яка нерівність у користуванні правами. Це така собі «усічена» формула дискримінації, застосування якої спричиняє «розбухання» чи «інфляцію» її поняття, адже фактично будь-яке порушення права, будь-яку свавільну поведінку органів держави стосовно людини можна розглядати як порушення рівності в користуванні правами, тобто як дискримінацію.

Звернуто увагу на те, що підхід, відповідно до якого дискримінація охоплює будь-яке порушення юридичної рівності, не відповідає практиці Європейського суду з прав людини. А тому важливо протидіяти укоріненню широкого тлумачення дискримінації, що спотворює оригінальну ідею, яка є стержнем заборони дискримінації – протидіяти соціальному тавруванню та обструкції людей через свавілля та нетерпимість до їхніх особливостей.

Автор переконаний у тому, що наявні вади судової практики є закономірними для системи, що відносно недавно розпочала процес імплементації європейських та всесвітніх стандартів боротьби з дискримінацією. Водночас без надмірного оптимізму сподівається на майбутнє їх виправлення.

Ключові слова: дискримінація, пряма дискримінація, непряма дискримінація, захищена ознака, компаратор, перехресна дискримінація, обмеження права.

*Стаття: надійшла до редакції 05.11.2020
прийнята до друку 12.11.2020*

УДК 340.13

ФУНКЦІОНАЛЬНІ ПРИНЦИПИ ПРАВА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ У ПРАВОЗАСТОСОВНІЙ ПРАКТИЦІ СУДУ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

І. Камінська

*Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України,
вул. Трьохсвятительська, Київ, 401001,
e-mail: ilonaelka2013@gmail.com*

Досліджено принципи права, які визначають засади функціонування ЄС. Розмежовано поняття загальні принципи права, міжнародні принципи права та принципи права ЄС. Класифіковано принципи права ЄС на міжнародні, демократичні, економічні, організаційні, функціональні, галузеві.

Запропоновано таке визначення поняття: принципи права ЄС – це основоположні ідеологічні засади правової системи ЄС, які визначають правовий статус ЄС як суб'єкта права та міжнародних відносин; правовий статус громадян ЄС; основні засади організації та функціонування ЄС; сфери, межі та механізми реалізації повноважень інституціями ЄС; засади правового регулювання у сферах, які належать до компетенції ЄС.

Виокремлено принцип наділення повноваженнями як основоположний функціональний принцип, від якого походять інші принципи права ЄС, а саме: принцип узгодженості політик і дій; принцип відкритої співпраці ЄС з державами-членами; принцип субсидіарності; принцип пропорційності; принцип відкритої співпраці установ ЄС; принцип інституційного балансу. Визначено їх взаємозв'язок між собою та обов'язковий характер дотримання.

Розкрито зміст функціональних принципів права ЄС та проаналізовано порядок їх правозастосування Судом ЄС на прикладі одного з рішень. Запропоновано класифікацію принципів права ЄС за джерелом їх розміщення.

Ключові слова: загальні принципи права, принципи права ЄС, Суд ЄС, принцип наділення повноваженнями, цілі ЄС.

DOI: <http://dx.doi.org/10.30970/vla.2020.71.011>

Вступ. Задекларовані наміри України вступити до Європейського Союзу (далі – ЄС) можуть бути досягнуті за умови, якщо національний правопорядок відповідатиме цінностям, засадам і принципам права ЄС. Важливо розуміти, що ЄС – це не просто економічне об'єднання європейських держав, це синергія різних правових систем, що ґрунтується на єдиних засадах функціонування органів державної влади, які забезпечують спільне правове регулювання у визначених сферах, у тому числі спільний простір свободи, безпеки і правосуддя. Визначальна ідея організації та функціонування ЄС як наднаціональної організації сформульована у принципах права ЄС. Вони відображають порядок взаємодії ЄС з державами-членами, зміст прав і свобод громадян ЄС, порядок функціонування установ ЄС, засади зовнішньої політики ЄС як суб'єкта права. Весь правопорядок ЄС побудований на принципах права ЄС, а тому розуміння їх змісту є вкрай важливим, якщо ми хочемо знати, куди прямує наша держава і яким вимогам ми повинні відповідати.

На наше переконання, у питаннях інтеграції права ЄС в національний правопорядок важливу роль відіграватимуть рішення Конституційного Суду України та Верховного Суду. Суд конституційної юрисдикції вирішуватиме надскладні

питання конкуренції правових порядків, охороняючи суверенітет та конституціоналізм нашої держави. А Верховний Суд у своїй прецедентній практиці через застосування принципів права ЄС наблизить національне законодавство до спільних для європейських держав засад правового регулювання, при цьому адаптуючи їх до особливостей національного правопорядку. Внаслідок чого Конституційний Суд України та Верховний Суд в майбутньому справедливо займуть місце найавторитетніших інституцій в Україні, які суттєво вплинули на економічний, соціальний, екологічний поступ українського суспільства як частини європейської спільноти.

Постановка проблеми. Для розуміння змісту принципів права ЄС у доктрині повинні сформуватися наукові погляди на систему принципів права ЄС, їх зміст та класифікацію, а також підходи до їх правозастосування Судом ЄС.

Мета дослідження. У межах фундаментального наукового дослідження засад організації та функціонування Суду ЄС запропоновано виявити систему принципів права, охарактеризувати зміст функціональних принципів права ЄС та з'ясувати підходи до їх правозастосування у практиці Суду ЄС.

Основний виклад матеріалу. До вивчення категорії принципів права ЄС неодноразово зверталися у своїх дослідженнях вітчизняні та зарубіжні науковці. Дослідження зазначеної тематики у вітчизняній правовій доктрині здійснювали представники науки теорії держави і права, міжнародного права та інших галузевих наук, що свідчить про міждисциплінарний та широкоаспектний її характер.

У наукових джерелах є праці, присвячені дослідженню загальних принципів права як джерела права ЄС, історико-правовим аспектам розвитку системи принципів права ЄС, філософсько-правовому розумінню принципів права ЄС, проблемам адаптації принципів права ЄС у певних галузях національного законодавства та ін.

Зазначені проблемні питання проаналізовані в наукових доробках: М. Араха, Й. Барча, С. Берната, У. Берніца, К. Борхарда, М. Вітковської, Ж. Гатієррес-Фонса, М. Гердегена, Х. Гроусота, І. Жукевича, Л. Ентіна, С. Кашкіна, В. Кернза, О. Кібенко, В. Колесніченка, А. Колодія, М. Корнієнка, К. Лінаерса, Л. Луця, О. Назаренко, Д. Нергеліуса, В. Муравйова, Н. Оніщенко, А. Омельченко, В. Опришка, Н. Пархоменко, Р. Петрова, Р.-М. Попеску, В. П'ятницького, П. Рабінович, С. Сейяда, К. Смірної, О. Стрельцової, А. Татама, Т. Трідімаса, А. Фастовця, С. Шевчука, Ю. Шемшученка, Ю. Юхимюка та інших.

Окремі із зазначених праць втратили свою актуальність, адже написані ще тоді, коли принципи права ЄС не були закріплені в засновницьких договорах. При цьому не можна применшувати їх значення, адже у них вперше було на доктринальному рівні визначено зміст принципів права ЄС, що підтверджується численними посиланнями на них у пізніших публікаціях. А тому в межах цього дослідження ми не будемо повертатися до їх аналізу, а тим більше оцінки.

Також варто зазначити, що в обраних для аналізу працях одне й те саме поняття науковці позначають по-різному, зокрема: «загальні принципи права», «загальні принципи права ЄС», «принципи права ЄС», хоча по суті йдеться про одну і ту саму категорію – принципи організації та функціонування ЄС, які сформувалися в інтеграційному праві. Вважаємо доцільним у науці теорії держави і права для позначення цієї категорії принципів права застосовувати термін «принципи права ЄС», адже він більш повно розкриває зміст цієї категорії, враховуючи таке.

Термін «загальні принципи права», як зазначає О. Стрельцова, вперше офіційно був закріплений у положеннях Паризького договору про заснування Європейського співтовариства вугілля та сталі 1951 року; згодом цей термін було вжито в

Римських договорах 1957 року. Проте жоден із них не містив визначення його змісту. Зазначену прогалину, або навіть краще сказати вакуум, правового регулювання було заповнено через функціонування Суду Європейського Співтовариства, який, спираючись на загальні принципи права, спільні для правових порядків держав-членів, та на практику функціонування інституцій ЄС, а також керуючись принципами і звичаями міжнародного права, сформулював фундаментальні принципи права ЄС, які потім були відображені в положеннях Маастрихського договору 1992 року. Також науковець наділяє термін «загальні принципи права» такими характеристиками: є концентрованим виразом найсуттєвіших рис і цінностей, властивих правовій системі ЄС; є вищим «надпозитивним джерелом права ЄС», яке є критерієм легітимності права і може бути застосоване в разі прогалин у ньому; виражає важливі демократичні традиції, що поділяються державами-членами та самим ЄС. Виділяє такі загальні принципи права: принцип правової визначеності, принцип законних очікувань, принцип пропорційності і субсидіарності, принцип рівності, принцип захисту основних прав і свобод тощо [4, с. 268–269].

При цьому О. Назаренко зазначає, що поняття «загальні принципи права» властиве національному і міжнародному праву, а тому вона застосовує термін «загальні принципи права ЄС», характеризуючи їх як загальновизнані основоположні норми, закріплені в установчих договорах та/або практиці Суду ЄС. Виокремлює такі принципи права ЄС: 1) які виражають співвідношення права ЄС з правовими системами держав-членів (верховенство права ЄС, принцип прямої дії права ЄС); 2) принципи функціонування ЄС, які визначають порядок реалізації наданих йому повноважень (принцип субсидіарності та пропорційності); 3) спеціальні принципи права ЄС, які застосовуються в рамках окремих галузей права або сфер правового регулювання; 4) загальні принципи права ЄС – керівні засади правового регулювання, які діють у всіх сферах компетенції ЄС та, водночас, властиві демократичним правовим системам [3, с. 242–249].

Свою чергою Б. Шевчук уводить поняття «основні принципи функціонування ЄС», до яких зачислює по суті ті самі принципи, що і його попередники та виокремлює такі: єдиної правосуб'єктності, наділення повноваженнями, поділу компетенції, субсидіарності, пропорційності, сумлінної співпраці, інституційної рівноваги [5, с. 21–28].

Водночас, О. Юхимюк класифікує принципи на групи, а саме: 1) принципи, що покладені в основу формування правової системи ЄС, які цілковито відповідають потребам функціонування інтеграційного порядку, забезпечуючи його ідейне спрямування, в основі якого є людина як найвища соціальна цінність, її суспільний розвиток, основоположні права та свободи; 2) принципи, обов'язкові для ЄС при здійсненні ним своєї компетенції; принципи, що регулюють відносини між ЄС і державами-членами та принципи, що визначають відносини ЄС з рештою світу; 3) демократичні принципи; 4) загальні принципи права, встановлені в Європейській конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і які є частиною права ЄС; 5) принцип верховенства права ЄС; 6) інші принципи, що належать до окремих сфер або аспектів діяльності ЄС [7, с. 53–57].

Якщо проаналізувати джерела, які досліджували науковці, то стає очевидним, що поняття «загальні принципи права» було запозичене із праць про принципи права, написані тоді, коли ні власне принципи, ні їх зміст не були закріплені в установчих договорах, а джерелом їх дослідження були рішення Суду ЄС. Проте у пізніших дослідженнях, в основу яких покладено аналіз положень Договору про

ЄС (далі – ДЄС) і Договору про функціонування ЄС (далі – ДФЄС), науковці на позначення наявних у них принципів права вживають такі терміни: «загальні принципи права ЄС», «основні принципи функціонування ЄС», «принципи права ЄС».

На нашу думку, коли йдеться про принципи права, які застосовуються у правопорядку ЄС, варто розмежовувати поняття міжнародні принципи права, загальні принципи права, принципи права ЄС. Загальні принципи права – це демократичні принципи, які сформовані в конституціях європейських держав та є спільними для всіх держав-членів. І на початковому етапі розвитку правової системи ЄС у зв'язку з відсутністю в установчих договорах системи принципів Суд ЄС застосовував загальні принципи права, які об'єднували правопорядок всіх держав-членів і найімовірніше були запозичені з документів Ради Європи та конституцій розвинених європейських держав. Але після того, як Суд ЄС, застосовуючи загальні принципи права (спільні для держав-членів) до інтеграційних правовідносин, сформував особливі принципи права, які були взяті за основу змін у праві ЄС і набули свого закріплення у Договорі про ЄС та Договорі про функціонування ЄС, то на їх позначення доцільніше вживати поняття «принципи права ЄС».

Продовжуючи зазначену думку, пропонуємо авторське визначення поняття принципів права ЄС. Так, принципи права ЄС – це основоположні ідеологічні засади правової системи ЄС, які визначають: правовий статус ЄС як суб'єкта права та міжнародних відносин; правовий статус громадян ЄС; основні засади організації та функціонування ЄС; сфери, межі та механізми реалізації повноважень інституціями ЄС; засади правового регулювання у сферах, які належать до компетенції ЄС. Тобто принципи права ЄС за сферою правового регулювання класифікують на організаційні, функціональні та галузеві.

Крім того, у конституційних актах ЄС зазначено про обов'язковість дотримання загальних принципів права (принцип представницької демократії, верховенства права, соціальної справедливості тощо), міжнародних принципів права (встановлені в Статуті ООН та інших міжнародних документах), а також економічних засад (керівні принципи економічної політики). Тож, у правопорядку ЄС діє ціла система принципів права до якої входять: міжнародні принципи права, демократичні або загальні принципи права, економічні засади правового регулювання, принципи права ЄС (організаційні принципи права, функціональні та галузеві принципи права). Хоча якщо не вдаватися до формальної класифікації принципів права за джерелами їх походження, то всі принципи права, які діють в правопорядку ЄС можна позначати терміном «принципи права ЄС».

Унікальність законодавчого закріплення принципів права ЄС полягає в тому, що їх зміст передує певному правовому регулюванню, тобто законодавець ніби показує нам принцип правового регулювання тих чи інших положень, а не визначає перелік принципів на початку тексту без прив'язки до конкретних норм. Саме тому, на нашу думку, принципи права ЄС є самостійним джерелом права, що також підтверджується їх правозастосуванням Судом ЄС. Крім того, унікальність правового регулювання полягає також і в тому, що норми права містять вказівку на економічні засади, які вказують на їх обов'язкову властивість – ефективність у досягненні цілей. Це також вказує на необхідність оцінки законодавства ЄС через економічний аналіз, а не лише правовий, як це притаманно державам-членам. Саме тому ми включили економічні засади до системи принципів права ЄС.

Поширеною серед науковців є думка, що принципи права ЄС є джерелом права. Загалом у теорії держави і права є два підходи до визначення поняття

джерела права: 1) як витoki формування чи походження права або 2) форма зовнішнього вираження права. Варто погодитися з думкою І. Яковюка, що у праві ЄС поняття «джерело права» доцільно використовувати у контексті форм зовнішнього виразу норм права, на підставі яких суб'єкти права ЄС наділяються правами та виконують обов'язки [7, с. 209–219]. У контексті принципів права ЄС також важливо говорити і про джерела їх закріплення.

Основним джерелом закріплення принципів права ЄС є Договір про Європейський Союз (ДЄС) та Договір про функціонування Європейського Союзу (ДФЄС), якими внаслідок підписання Лісабонської угоди та набрання нею чинності 1 грудня 2009 року створено Європейський Союз як наддержавну організацію [2].

ДЄС складається з преамбули та шести розділів, окремі з них поділені на глави та секції. У змісті розділів ідеться про загальні положення цінності, принципи, мету, цілі ЄС, про демократичні принципи, про установи, зовнішні дії та посилену співпрацю. ДЄС охоплює преамбулу, сім частин поділених на розділи, глави та секції, в яких закріплено принципи, категорії та сфери повноважень, правове регулювання у визначених сферах, зовнішня діяльність ЄС, інституційні та фінансові положення та інше. Вказані Договори мають однакову юридичну силу, протоколи та додатки до них є невід'ємною їх частиною, а тому їх положення є взаємодоповнюючими, і їх необхідно аналізувати комплексно.

Засновуючи ЄС, держави-члени підтвердили свою відданість принципам свободи, демократії, верховенства права, поваги до прав людини та основоположних свобод (преамбула). Зазначені принципи є спільними для конституційних традицій усіх держав-членів, а отже є загальними принципами права, на основі яких утверджуються основні засади організації та функціонування ЄС. Також ЄС зобов'язується суворо дотримуватися принципів Статуту ООН, які є спільними для всіх суб'єктів міжнародного права (частина 5 статті 3 ДЄС), а також прав, свобод та принципів, встановлених у Європейській соціальній хартії, Хартії Співтовариства про основні соціальні права працівників, Хартії основних прав ЄС та Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод. Враховуючи загальний характер демократичних і міжнародних принципів права та обов'язковість їх дотримання ЄС, вважаємо, що міжнародні принципи права і демократичні принципи права є елементами системи принципів права ЄС і в ієрархії посідають перше місце як загальні щодо тих, які сформувалися та були утверджені в праві ЄС.

Проаналізувавши положення зазначених конституційних актів ЄС ми бачимо, що увесь масив сформованих у них принципів права ЄС визначають або засади організації ЄС або функціонування. Також є принципи які забезпечують правове регулювання в окремих сферах, наприклад, що стосуються навколишнього природного середовища чи захисту прав споживачів. А тому ми вважаємо доцільним класифікувати принципи права ЄС на: організаційні, функціональні, галузеві.

Щодо системи організаційних принципів права ЄС, то їх зміст ми проаналізували у попередніх публікаціях. Галузеві принципи – керівні принципи, що визначають загальні напрямки у сферах, які належать до компетенції ЄС або визначають напрям заходів у сферах, які належать до спільної компетенції ЄС та держав-членів. Зміст галузевих принципів ми плануємо дослідити згодом. А у вказаній статті ми розглянемо перелік та зміст функціональних принципів права ЄС, які визначають порядок функціонування установ ЄС.

Основоположним функціональним принципом права ЄС є принцип наділення повноваженнями (з англ. *principle of conferral of powers*), який повною мірою розкриває особливу суть ЄС як наддержавної організації та відрізняє її від інших

міжнародних організацій. Зміст принципу наділення повноваженнями розкрито у декількох статтях ДЕС, які варто аналізувати комплексно. Цей принцип ґрунтується на тому, що ЄС засновано державами-членами, які надають йому повноваження для досягнення спільних цілей, де рішення приймають якомога відкритіше та ближче до громадянина (стаття 1 ДЕС). Союз діє належними засобами відповідно до повноважень, наданих йому державами-членами (частина 6 статті 3 ДЕС). Повноваження, яких не надано ЄС згідно з Договорами, залишаються за державами-членами (частина 1 статті 4 ДЕС). Межі повноважень визначено принципом надання повноважень. Відповідно до принципу надання повноважень Союз діє в межах повноважень, наданих йому державами-членами згідно з Договором заради досягнення визначених у них цілей (частини 1, 2 статті 5 ДЕС). Відповідно до частини 2 статті 13 ДЕС кожна установа в тому числі Суд ЄС, діє в межах повноважень, покладених на неї Договорами, та згідно зі встановленими в них процедурами, умовами і цілями.

Отже, пропонуємо виокремити елементи, які, на наш погляд, впливають на визначення змісту принципу надання повноважень, а саме: а) надання повноважень відбувається винятково для досягнення цілей; б) межі повноважень визначено у положеннях Договорів; в) повноваження здійснюються належними засобами; г) повноваження здійснюються компетентною установою відповідно до встановлених процедур, умов та цілей.

Пропонуємо розкрити зміст кожного з елементів.

Цілі ЄС, для досягнення яких надано повноваження, визначені в статті 3 ДЕС і походять від основної мети ЄС – підтримка миру, цінностей та добробуту своїх народів. Мета своєю чергою визначає цілі, для досягнення яких ЄС наділено повноваженнями. Досягнення цілей та реалізація повноважень відбуваються через дотримання встановлених у договорі принципів.

Так, у питаннях підтримки миру ЄС керується такими цілями: поширення своїх цінностей та інтересів, сприяння захисту громадян, підтримка безпеки, сталого розвитку планети, солідарності та взаємної поваги народів, підтримка вільної справедливої торгівлі, викорінювання бідності, розвиток міжнародного права (частина 5 статті 3 ДЕС). Для досягнення цих цілей ЄС може укласти окремі угоди з відповідними країнами. Ці угоди можуть містити взаємні права та зобов'язання, а також можливість спільних дій (стаття 8 ДЕС). Отже, підтримка миру, добробуту та добросусідства відбувається *за принципом мирної співпраці*.

Кожна з держав, яка входить до складу ЄС, повинна утверджувати в суспільстві основні цінності – плюралізм, недискримінацію, толерантність, правосуддя, солідарність, рівність жінок і чоловіків (стаття 2 ДЕС). Досягнення цих цілей на рівні ЄС відбувається через утвердження єдиного простору свободи, безпеки й правосуддя без внутрішніх кордонів (частина 2 стаття 3 ДЕС). А тому ЄС, реалізуючи надані повноваження, керується *принципами поваги до людської гідності, свободи, демократії, рівності, верховенства права, поваги до прав людини, зокрема меншин*.

Підтримка добробуту своїх народів заради сталого розвитку Європи відбувається через досягнення таких цілей: заснування внутрішнього ринку, економічного і валютного союзу, забезпечення збалансованого економічного зростання та цінової стабільності, конкурентоспроможної соціальної ринкової економіки, цілковитої зайнятості та соціального прогресу, високого рівня захисту і покращення довкілля, сприяння науково-технічному прогресові. Зазначені цілі досягають через правове регулювання, яке передбачає дотримання установами ЄС у своїх діях та

рішеннях *принципів економічної, соціальної, територіальної єдності держав-членів та солідарності між ними*.

Цілі встановлені в ДЄС, визначають політику та дії ЄС у певних сферах, реалізація яких відбувається за *принципом узгодженості* між собою та *принципом надання повноважень*. Це означає, що установи ЄС мають діяти відповідно до визначеної у Договорі компетенції, керуючись цілями та узгоджуючи свої дії з загальною політикою ЄС. Межі та обсяг повноважень ЄС і механізми їх реалізації в кожній сфері визначені окремими положеннями Договору про функціонування ЄС (ДФЄС).

Визначені в Договорах повноваження ЄС можна поділити на такі категорії: виключні повноваження в певній сфері; спільні з державами-членами повноваження в певній сфері; право визначення засад економічної політики та політики зайнятості; право реалізовувати та здійснювати спільну зовнішню та безпекову політику; у певних сферах повноваження вживати заходів, що підтримують, координують та доповнюють дії держав-членів, не заступаючи їхніх повноважень у цих сферах. Тобто є виключні, засадничі, виконавчі та координаційні види повноважень ЄС, які різняться підходами до їх реалізації.

У сферах, які належать до виключної компетенції, лише ЄС має право здійснювати законодавчу діяльність й ухвалювати юридично обов'язкові акти. Держави-члени мають право діяти в цій сфері самостійно, лише якщо вони отримали від ЄС належні повноваження або для впровадження правових актів ЄС (стаття 2 ДФЄС). Зміст принципу надання повноважень у такому разі поширюється не лише на обов'язок ЄС їх здійснювати у визначених Договорами межах, а й передбачає заборону державам-членам діяти у цих сферах самостійно.

Для реалізації засадничих повноважень у сферах зайнятості та економіки ЄС надано повноваження лише визначати керівні принципи для такої політики, що зобов'язує держави-члени забезпечувати гармонізацію законів та підзаконних актів. Спільні та координаційні повноваження реалізуються за *принципом відкритої співпраці* ЄС з державами-членами, яка передбачає цілковиту та взаємну повагу, допомогу одне одному у виконанні завдань, що випливають з Договорів (стаття 4 ДЄС).

У виняткових випадках ЄС може діяти в тих сферах, де йому не надано Договором виключних повноважень, *керуючись принципом субсидіарності*. Відповідно до принципу субсидіарності ЄС діє лише якщо та в такому обсязі, в якому держави-члени не можуть належно досягти цілей запропонованого заходу на центральному, регіональному або місцевому рівнях, і водночас це краще здійснити на рівні ЄС з огляду на масштаби або результати запропонованих заходів (частина 3 статті 5 ДЄС). Порядок застосування установами ЄС принципу субсидіарності визначено у Протоколі про застосування принципу субсидіарності та пропорційності, що є невід'ємною частиною Договорів.

Союз досягає своїх цілей належними засобами відповідно до наданих повноважень. При цьому зміст і форма заходів, яких вживає ЄС, не повинні виходити за межі того, що необхідно для досягнення цілей. Тобто ЄС функціонує, по-перше, винятково у межах наданої компетенції та/або застосовуючи принцип субсидіарності, а по-друге, обрані ЄС заходи за змістом і формою повинні бути пропорційними цілям, установленим у ДЄС, що визначає зміст *принципу пропорційності*.

Останній елемент, який становить зміст принципу надання повноважень, – повноваження реалізує компетентна установа відповідно до встановлених процедур, умов та цілей. Узгодженість, ефективність та послідовність політик ЄС забезпечує функціонування установ, які становлять його інституційну структуру.

Кожна установа діє в межах повноважень, покладених на неї Договорами, та згідно із встановленими в них процедурами, умовами і цілями. Своєю чергою національні парламенти та уряди сприяють належному функціонуванню Союзу. Установи взаємодіють на *zasadaх відкритої співпраці* (частина 2 статті 13 ДЄС). Взаємодія установ реалізується також *принципом інституційного балансу*, який забезпечує встановлення таких процедур і компетенцій для установ, які дають змогу реалізувати політику ефективно, узгоджено і послідовно. Також при установах можуть діяти дорадчі органи або спеціально створені органи, служби, агенції, яким основні інституції можуть делегувати частину своїх повноважень.

Отже, підбиваючи підсумки, варто зазначити, що основним принципом права ЄС є принцип надання повноважень, який за своєю суттю є вихідним для всіх інших принципів, що визначають порядок функціонування ЄС. Результат системного аналізу положень ДЄС ТА ДФЄС свідчить, що похідними від принципу надання повноважень є такі:

- принцип узгодженості політик і дій;
- принцип відкритої співпраці ЄС з державами-членами;
- принцип субсидіарності;
- принцип пропорційності;
- принцип відкритої співпраці установ ЄС;
- принцип інституційного балансу.

Отже, принцип надання повноважень є самостійним принципом права ЄС, окремі елементи якого відображені в інших принципах права ЄС, які відображають засади функціонування ЄС у певних сферах. Інші принципи права, які впливають із положень міжнародного права (принцип мирної співпраці), засад ринкової економіки (принцип економічної, соціальної, територіальної єдності держав-членів та солідарності між ними), демократичних традицій (принцип поваги до людської гідності, свободи, представницької демократії, рівності, верховенства права, повага до прав людини, зокрема меншин) доповнюють систему принципів права ЄС та спільно (у взаємодії) з функціональними принципами в цілому забезпечують правове регулювання та ефективне функціонування ЄС.

Функціонування будь-якої з установ всупереч принципу надання повноважень чи будь-якого зі зазначених принципів є підставою для оскарження таких дій у Суді ЄС.

Відповідно до статті 263 ДФЄС Суд ЄС має юрисдикцію щодо перегляду на правомірність законодавчих актів, рішень чи дій Європейської Ради, Європейського Парламенту, Європейської Комісії та Європейського центрального банку, органів, служб та агенцій ЄС, що мають на меті правові наслідки для третіх сторін.

З позовом про перегляд на правомочність прийнятих установами актів можуть звертатися держави-члени, Європейський Парламент, Європейська Рада або Європейська Комісія з підстав браку компетенції, порушення істотної процесуальної вимоги, порушення Договорів або будь-якої норми права, пов'язаної зі застосуванням, або зловживанням повноваженнями. Суд з цих саме підстав має юрисдикцію щодо позовів Рахункової палати, Європейського центрального банку та Комітету регіонів з метою захисту їхніх прерогатив. Окрім того, будь-яка фізична або юридична особа відповідно до вимог, встановлених у частині 1 та 2, може порушити провадження проти рішення, адресованого цій особі, або проти рішення, що стосується їх особисто та проти регуляторного акту, що стосується їх безпосередньо та не призводить до виконавчих заходів [1].

Скориставшись контекстним пошуком в офіційній пошуковій системі рішень Суду ЄС, можна побачити, що питання про порушення принципу надання повноважень Суд справедливості розглядав у 200 справах, Суд загальної юрисдикції у 44 справах, а Суд першої інстанції у 8 справах [8]. Проаналізувавши прийняті Судом ЄС рішення, бачимо, що скарги зазвичай ставлять питання про одночасне порушення декількох принципів, наприклад, принципу наділення повноважень і принципу пропорційності, що також вказує на їх взаємозв'язок.

На прикладі одного з рішень Суду ЄС (постанова Великої палати від 14 квітня 2015 року у справі № С-409/13 за позовом Ради Європейського Союзу проти Європейської Комісії про скасування рішення Комісії, яким відкликано пропозицію про рамкове положення) пропонуємо простежити підхід до перевірки судом дотримання установою ЄС принципу наділення повноваженнями [11].

Підставою для звернення Ради ЄС до Суду було рішення Європейської Комісії, яким вона відкликала внесену раніше законодавчу ініціативу про прийняття Радою та Європейським Парламентом рамкового регламенту про надання макрофінансової допомоги третім країнам. Позов мотивований тим, що такими діями Європейська Комісія порушує принцип надання повноважень, принцип інституційного балансу та принцип щирої співпраці, оскільки Комісія не має права відкликати законодавчі ініціативи на власний розсуд на підставі невдоволення результатом переговорів із законодавцем. Таке рішення, на думку Ради, може бути реалізоване в межах спільної стратегії із законодавчим органом з наведенням відповідних мотивів, що відповідає принципу щирої співпраці та інституційного балансу. Відкликання пропозиції з власної ініціативи надає Комісії невиправданого права впливати на законодавчий процес на основі міркувань політичної доцільності, що також суперечить принципу демократії, згідно з якими лише законодавчий орган повинен визначати долю законодавчих ініціатив.

Розглядаючи справу, Велика палата Суду ЄС перевіряла дії Європейської Комісії на відповідність їх комплексному дотриманню принципів надання повноважень, щирої співпраці та інституційного балансу, об'єднавши їх в одну вимогу.

Перш ніж почати виклад мотивів прийнятого рішення, Суд розкриває зміст принципу надання повноважень відповідно до обставин справи. Так, Суд зазначив, що «відповідно до статті 13 ДЕС кожна установа ЄС повинна діяти в межах повноважень, покладених на неї Договорами, відповідно до процедур, умов і цілей, викладених у них. Це положення відображає принцип інституційної рівноваги, характерний для структури Європейського Союзу (див. Рішення у справі Meroni проти Вищої влади, 9/56, EU: C: 1958: 7, с. 152), принцип, який вимагає, щоб кожна з цих установ здійснювала свої повноваження з урахуванням повноважень інших установ (див. з цього приводу рішення у справі Парламент проти Ради, С - 70/88, ЄС: С: 1990: 217, пункт 22, та Парламент проти Рада, С - 133/06, ЄС: С: 2008: 257, пункт 57)».

Тобто суд у своєму рішенні керувався тим, що в зазначених правовідносинах зміст принципу надання повноважень полягає в тому, що кожна інституція має діяти лише в межах повноважень з врахуванням повноважень інших установ, таким способом забезпечуючи інституційну рівновагу. Тож, Суд виокремлює принцип інституційної рівноваги як один із принципів, який впливає зі загального принципу наділення повноважень.

Далі Суд аналізує повноваження Європейської Комісії, встановлені у статті 17 ДЕС, та законодавчі процедури, передбачені в статтях 289, 293 ДФЄС на предмет того, чи вийшла вона за межі наданих повноважень, реалізуючи свою компетенцію

на участь у законодавчих процедурах та чи було порушено такими діями принцип демократії. Проаналізувавши зміст вказаних положень у сукупності, Суд встановив, що Європейська Комісія має повноваження не лише подавати законодавчу пропозицію, а й за умови, що Рада ще не прийняла рішення – змінювати свою пропозицію або навіть, якщо потрібно, відкликати її. Оскільки повноваження Європейської Комісії відкликати пропозицію невіддільні від права ініціативи у цьому випадку не може бути й мови про порушення принципу демократії. Вчинення таких дій після початку розгляду пропозиції законодавчим органом було б порушенням принципу демократії та інституційної рівноваги, оскільки Європейська Комісія не наділена правом вето. А тому, враховуючи, що Європейська Комісія діяла в межах повноважень та не вчинила дій, які порушують принцип демократії та принцип інституційної рівноваги, відповідно не порушила принцип наділення повноваженнями.

При цьому Суд зазначив, що відповідно до законодавчих процедур відкликання ініціативи повинно відбуватися у зв'язку з виникненням обставин, передбачених у законі, та з наведенням відповідних мотивів. Для дослідження цих обставин Суд проаналізував зміст унесеної законодавчої ініціативи та внесених представниками Європейської Ради і Парламенту правок та дійшов висновку, що такі правки спотворювали пропозицію законодавчого акта і перешкоджали б досягненню його цілей, а тому Європейська Комісія мала аргументовані підстави для відкликання пропозиції і таким рішенням не порушила принципу наділення повноваженнями або принципу інституційного балансу, встановленого у статті 13 ДЕС.

Також Суд надав оцінку обставинам порядку обговорення внесених пропозицій та дійшов висновку, що у діях Європейської Комісії немає порушення принципу щирої співпраці, оскільки під час обговорення її представники зазначали про свої наміри відкликати пропозицію і доводили свої аргументи. З огляду на це Суд відмовив у задоволенні позову.

Отже, Суд, розглядаючи позов про порушення принципів надання повноважень, щирої співпраці, інституційної рівноваги та демократії, провів комплексний аналіз дій Комісії на предмет їх відповідності встановленим у ДЕС та ДФЄС повноваженням, умовам, процедурам, цілям. Із судового рішення вбачається, що критерієм відповідності дій установи принципу наділення повноваженнями є дотримання інших принципів функціонування, встановлених у Договорах. У цих спорах суд керується системою принципів та перевіряє дії органів на предмет дотримання ними вимог Договорів у контексті реалізації цих принципів.

Підхід Суду ЄС до застосування принципів права підтверджує, що зміст принципів права ЄС не є узагальненим, який має широке трактування, а навпаки, містить чіткі умови їх дотримання та здійснення. Тому зміст принципів права ЄС варто трактувати через комплексний аналіз їх змісту, встановлений у положеннях Договорів.

Також варто зазначити, що, крім функціональних принципів права ЄС, є ще організаційні принципи: принцип представницької демократії, подвійного громадянства, ефективності та інші, про які ми зазначали в окремому дослідженні. Крім того, є принципи права, які характерні для правового регулювання в окремих сферах. Наприклад, щодо захисту прав споживачів, захисту навколишнього середовища, які визначають засади правового регулювання, спільні для національних правових порядків. Також є принципи права, сформульовані в рішеннях Суду ЄС, наприклад: принцип правової визначеності, захисту законних очікувань, верховенства права [9; 10]. Ці принципи, на наш погляд, були запозичені з практики ЄСПЛ та через Суд ЄС трансформувалися в інтеграційний правовий порядок.

Висновки. Отже, підбиваючи підсумки, варто зазначити, що основоположним функціональним принципом права ЄС є принцип наділення повноваженнями, який сформульований у статтях 1, 3, 4, 5, 13 ДЄС та у положеннях ДФЄС, що визначають умови, порядок і процедури здійснення установами, органами та організаціями ЄС наданих їм повноважень. Зміст принципу наділення повноваженнями складається з таких елементів: а) надання повноважень відбувається винятково для досягнення цілей; б) межі повноважень визначено у положеннях Договорів; в) повноваження реалізуються належними засобами; г) повноваження здійснює компетентна установа відповідно до встановлених процедур, умов та цілей.

Принцип наділення повноваженнями є самостійним принципом права, зміст якого в різних аспектах відображений в інших принципах права ЄС, які є похідними від нього і при цьому визначають засади в конкретних питаннях організації та функціонування ЄС.

Похідними від принципу надання повноважень є такі принципи: принцип узгодженості політик і дій, принцип відкритої співпраці ЄС з державами-членами; принцип субсидіарності; принцип пропорційності; принци відкритої співпраці устанав ЄС; принцип інституційного балансу.

Також у системі принципів права ЄС варто виділяти: 1) принципи права, які впливають з положень міжнародного права (принцип мирної співпраці та принципи Статуту ООН); 2) принципи права похідні від засад ринкової економіки та соціальної політики (принцип економічної, соціальної, територіальної єдності держав-членів та солідарності між ними); 3) принципи права, які походять від демократичних принципів (принцип поваги до людської гідності, свободи, представницької демократії, рівності, верховенства права, поваги до прав людини, зокрема меншин). А тому в загальному розумінні до системи принципів права ЄС належать: міжнародні принципи права, загальні (демократичні принципи права, економічні засади, принципи права ЄС (організаційні, функціональні, галузеві).

Також пропонуємо класифікувати принципи права ЄС за джерелами їх закріплення:

1) міжнародні принципи права (встановлені в Статуті ООН, Європейській соціальній хартії, Хартії Співтовариства про основні соціальні права працівників, Хартії основних прав ЄС та Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод);

2) загальні принципи права (демократичні принципи спільні для конституцій держав-членів);

3) принципи права, джерелом яких є рішення Суду ЄС та ЄСПЛ;

4) принципи права ЄС, встановлені в Договорах (функціональні та організаційні принципи права ЄС);

5) принципи, які містяться в законодавстві ЄС (керівні засади правового регулювання в окремих сферах).

Водночас здобутком правої системи ЄС пропонуємо вважати систему принципів права ЄС, встановлену в Договорах як таку, що відображає особливості правопорядку в ЄС як у наднаціональній організації.

Список використаних джерел

1. Консолідовані версії Договору про Європейський союз та Договору про функціонування Європейського Союзу. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b06.

2. Лісабонська угода про внесення змін в Угоду про Європейський Союз й Угоду про заснування Європейської Спільноти. URL:https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%9B%D1%96%D1%81%D0%B0%D0%B1%D0%BE%D0%BD%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B0_%D1%83%D0%B3%D0%BE%D0%B4%D0%B0.
3. Назаренко О. Загальні принципи права ЄС в правовій системі ЄС // Правове регулювання економіки. 2015. Вип. № 15. С. 242–249.
4. Стрельцова О. Загальні принципи права як джерело права Європейського Союзу // Альманах права. 2012. Вип. 3. С. 265–269
5. Шевчук Б. Засади функціонування Європейського Союзу // Ефективність державного управління. 2015. Вип. 44(1). С. 21–28.
6. Юхимюк О. Еволюція системи загальних принципів права Європейського Союзу // Історико-правовий часопис. 2016. Вип. № 1. С. 53–57.
7. Яковюк І. Система джерел права Європейського Союзу: загальна характеристика // Філософія права і загальна теорія права. 2013. Вип. № 1. С. 209–219.
8. Case C-545/11: Agrargenossenschaft Neuzelle, C - 545/11, EU: C: 2013: 169.
9. Case C-322/16: Global Starnet, C-322/16, EU: C: 2017: 985.
10. Case C-409/13: Judgment of the Court (Grand Chamber) of 14 April 2015 – Council of the European Union v European Commission, C-409/13, EU: C: 2015: C 198/05. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?qid=1601969696484&uri=CELEX:62013CA0409>
11. EUR-Lex.europa.eu URL: <https://eur-lex.europa.eu/>

References

1. Konsolidovani versii Dohovoru pro Yevropejs'kij soiuз ta Dohovoru pro funktsionuvannia Yevropejs'koho Soiuзу. Retrieved August 30, 2020, from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b06
2. Lisabons'ka uhoda pro vnesennia zmin v Uhodu pro Yevropejs'kij Soiuз j Uhodu pro zasnuvannia Yevropejs'koi Spil'noty. Retrieved August 30, 2020, from https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%9B%D1%96%D1%81%D0%B0%D0%B1%D0%BE%D0%BD%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B0_%D1%83%D0%B3%D0%BE%D0%B4%D0%B0
3. Nazarenko, O. (2015). Zahal'ni pryntsy py prava YeS v pravovij systemi YeS. *Pravove rehuliuvannia ekonomiky*, vyp. 15, 242–249.
4. Strel'tsova, O. (2012). Zahal'ni pryntsy py prava iak dzherelo prava Yevropejs'koho Soiuзу. *Al'manakh prava*, vyp. 3, 265–269.
5. Shevchuk, B. (2015). Zasady funktsionuvannia Yevropejs'koho Soiuзу. *Efektivnist' derzhavnoho upravlinnia*, vyp. 44(1), 21–28.
6. Yakoviuk, I. (2013). Systema dzherel prava Yevropejs'koho Soiuзу: zahal'na kharakterystyka. *Filosofii prava i zahal'na teoriia prava*, vyp. 1, 209–219.
7. Yuhymyuk, O. (2016). Evoliutsiia systemy zahal'nykh pryntsy piv prava Yevropejs'koho Soiuзу. *Istoryko-pravovij chasopys*, yp. 1, 53–57.
8. Case C-545/11: Agrargenossenschaft Neuzelle, C - 545/11, EU: C: 2013: 169.
9. Case C-322/16: Global Starnet, C-322/16, EU: C: 2017: 985.
10. Case C-409/13: Judgment of the Court (Grand Chamber) of 14 April 2015 – Council of the European Union v European Commission, C-409/13, EU: C: 2015: C 198/05. Retrieved August 30, 2020, from <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?qid=1601969696484&uri=CELEX:62013CA0409>
11. EUR-Lex.europa.eu. Retrieved August 30, 2020, from <https://eur-lex.europa.eu/>

FUNCTIONAL PRINCIPLES OF EU LAW IN THE LAW ENFORCEMENT PRACTICE OF THE COURT OF JUSTICE

I. Kaminska

*V.M. Koretsky Institute of State and Law of National Academy of Sciences of Ukraine,
4, Tryokhsviatytska Str., Kyiv, Ukraine, 01001,
e-mail: ilonaelka2013@gmail.com*

The article is devoted to the study of the principles of law that determine the fundamentals of the EU functioning. The concepts of general principles of law, international principles of law as well as principles of EU law are distinguished. The principles of EU law are classified into international, democratic, economic, organizational, functional, sectoral.

The study of the principles of EU law is important for Ukrainian science in the context of Ukraine's integration into the EU. The results of the research will help the judiciary to integrate the principles of EU law into its case law. The Constitutional Court of Ukraine and the Supreme Court will play an important role in the integration of EU law into the national legal order.

The following definition of the concept is proposed: the principles of EU law are the fundamental ideological principles of the EU legal system, which determine legal status of the EU as a subject of law and international relations; legal status of EU citizens; basic principles of organization and functioning of the EU; areas, limits and mechanisms for exercising the powers of the EU institutions; principles of legal regulation in the areas that fall within the competence of the EU.

The principle of conferral is singled out as a fundamental functional principle from which other principles of EU law originate, namely: the principle of coherence of policies and actions; the principle of open EU cooperation with Member States; the principle of subsidiarity; the principle of proportionality; the principle of open cooperation between EU institutions; the principle of institutional balance. Their relationship and the mandatory nature of compliance are established.

The operation of any of the institutions contrary to the principle of conferral or any of the principles named is a ground for appealing against such actions before the Court of Justice. According to Article 263 TFEU, the Court of Justice has the jurisdiction to review the legality of legislative acts, decisions or actions of the European Council, the European Parliament, the European Commission and the European Central Bank, as well as bodies, offices and agencies intended to produce legal effects vis-à-vis third parties.

The content of the functional principles of EU law is revealed and the order of their application by the Court of Justice of the EU is analyzed on the example of one of the decisions. The classification of principles of EU law on a source of their placement is offered.

In the system of principles of EU law should also be distinguished: 1) the principles of law that follow from the provisions of international law (the principle of peaceful cooperation and the principles of the UN Charter); 2) the principles of law derived from the principles of market economy and social policy (the principle of economic, social, territorial unity of the Member States and solidarity between them); 3) the principles of law derived from democratic principles (principle of respect for human dignity, freedom, representative democracy, equality, rule of law, respect for human rights, including the rights of minorities). Therefore, in a general sense, the system of principles of EU law includes: international principles of law, general (democratic principles of law, economic principles, principles of EU law) (organizational, functional, sectoral).

Keywords: general principles of law, principles of EU law, EU Court of Justice, the principle conferral, EU goals.

*Стаття: надійшла до редакції 08.10.2020
прийнята до друку 12.11.2020*

УДК 340.142

ПРЕЦЕДЕНТНА СУДОВА ПРАКТИКА: ДО ПИТАННЯ ПРО СПІВВІДНОШЕННЯ ІЗ СУМІЖНИМИ ПОНЯТТЯМИ

Н. Стецик

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, Львів, Україна, 79000,
e-mail: nazariy.stetsyk@lnu.edu.ua*

У статті обґрунтовано необхідність дослідження та формування цілісної та завершеної концепції прецедентної судової практики, яка мала б враховувати тенденції зближення та функціональної подібності правових явищ у сучасних правових системах. Формування такої концепції передбачає потребу у визначенні суміжних із прецедентною судовою практикою понять та встановлення з ними співвідношення. Звернуто увагу на важливість визначення таких суміжних понять, використання яких може призводити до термінологічної плутанини та різною у їх розумінні. Відтак встановлюється співвідношення із такими суміжними із прецедентною судовою практикою поняттями, як судова практика, прецедентне право, судовий прецедент. Розмежування цих понять, незважаючи на те, що у більшості випадків багатозначність термінів, що їх позначають, знімається контекстом їх використання, дає змогу уточнити ознаки та природу прецедентної судової практики.

Ключові слова: судовий прецедент, судова практика, єдність судової практики, судова влада, верховні суди, судові рішення, порівняльне правознавство.

DOI: <http://dx.doi.org/10.30970/vla.2020.71.024>

Питання про реальність та допустимість функціонування судового прецеденту в Україні залишається дискусійним у правовій доктрині. В юридичній літературі звернуто увагу на те, що природа рішень, чи то Верховного Суду (Верховного Суду України), чи то Конституційного Суду України, суттєво відрізняється від класичного англійського судового прецеденту.

Таке доктринальне несприйняття та невизнання прецедентної природи їхніх рішень приводить, з одного боку, до відмови у використанні теоретичних конструкцій судового прецеденту у розробці питань їх судової практики, а з іншого – до самостійного, досить сумнівного конструювання у їх судовій практиці правових понять та конструкцій.

Варто звернути увагу на те, що ще і в радянській час правова доктрина реагувала на запити судової практики у підвищенні ролі та значення рішень вищих судів для вирішення подібних судових справ. Попри ідеологічне заперечення судового прецеденту як прояву буржуазного права, все ж розроблено конструкцію «прецедент-глумачення», яка охоплювала рішення верховних судів у «принципових» судових справах [6, с. 58]. Поняття «прецедент-глумачення» мало відобразити реальну роль та значення для судової практики рішень верховних судів у конкретних судових справах.

Іншою причиною того, що українська правова доктрина заперечує реальність існування судового прецеденту в Україні є традиційний, і значною мірою інерційний, підхід до особливостей романо-германського (континентального) права та англо-американського (загального) права, відповідно до якого судовий прецедент притаманний лише останньому. Однак у відносно сучасних порівняльно-правових

напрацюваннях звернуто увагу на набуття прецедентної природи рішень вищих судів і в романо-германських правових системах.

Так, ще у 1997 році за результатами здійснення порівняльно-правових досліджень судового прецеденту Нейл МакКормік та Роберт Саммерс констатували такі дві подібності.

«Перша важлива подібність полягає у тому, що прецедент відіграє значну роль у прийнятті юридичних рішень та розвитку права у всіх країнах та правових традиціях. І це відбувається незалежно від того, чи прецедент офіційно визнаний як формально обов'язковий чи просто як такий, що має певну нормативну силу. Друга значна подібність полягає у тому, що зміни та еволюція у сприйнятті прецеденту у всіх системах відбувається шляхом судової активності» [7, с. 531–532].

Відтак, варто погодитись із Раїмо Сілталою у тому, що у сучасних умовах «будь-яке попереднє рішення суду, яке має або, принаймні, може мати нормативний, обов'язковий вплив на наступний судовий розсуд, приймається як прецедент у контексті континентального права» [9, с. 66], «у континентальних правових системах прецеденти з переконливим нормативним впливом, звичайно, переважають, а жорстко зв'язуючі, обов'язкові прецеденти є дещо рідкісними винятками» [9, с. 66].

З позиції ж розвитку теорії права звернуто увагу на те, що «є висока ймовірність того, що будь-яка правова система, яка має ієрархічну судову систему і публікує рішення судів у будь-якій помітній мірі, і яка існує протягом певного тривалого періоду, врешті-решт визнає прецедент основним джерелом авторитетної підстави прийняття рішення» [7, с. 542].

Тому не випадково, що вже у 2017 році Консультативна рада європейських суддів у Висновку щодо ролі судів в уподібненому застосуванні закону акцентує увагу суддів країн-членів Ради Європи на значенні прецедентної практики. «Незалежно від того, чи прецеденти розглядаються джерелом права чи ні, чи є вони обов'язковими чи ні, посилення на попередні рішення є потужним інструментом для суддів як у загальному праві, так і в континентальному праві» [8, с. 2].

Відтак, така значущість та функціональна подібність правових явищ в континентальному та в англійському праві свідчить про доцільність та необхідність використання уподібненого поняття «прецедентна судова практика», яке дасть змогу подолати їх недостатньо виправдану диференціацію в сучасних умовах.

Тому на основі врахування сучасних тенденцій правового розвитку нам вже доводилося пропонувати такі уподібнені ознаки прецедентної судової практики: є результатом юрисдикційної діяльності судових органів; створюється у конкретних судових справах за умов нормативно-правової невизначеності (прогалин, вакууму, конкуренцій, колізій, неоднозначності, надмірної абстрактності та інших правових дефектів); застосовується у тих подібних юридичних справах, де проявляється така нормативно-правова невизначеність; її змістом є правові позиції (правові висновки, «ratio decidendi»), які є зразками різної міри обов'язковості та рекомендованості; її формами є судові рішення, які підлягають офіційному оприлюдненню; її адресатами є судові органи, які вирішують подібні судові справи й інші органи влади та особи в інших юридичних справах [5].

Подальша наукова розробка природи прецедентної судової практики потребує встановлення співвідношення її поняття із суміжними поняттями. При цьому методологічно важливим є визначення тих суміжних понять, використання яких у наукових дослідженнях та у юридичній практиці може призводити до термінологічної плутанини та різною розуміння. Адже відомо, що багатозначність різних термінів, що можуть позначати різні поняття, дуже часто знімається контекстом їх

використання. В протилежному випадку визначення суміжних понять та встановлення співвідношення з ними основного поняття може призводити до схоластично-спекулятивних логічних операцій, які не володітимуть не лише прикладним, але і науково-пізнавальним значенням.

Так, у юридичній літературі обґрунтовано зацентовано увагу на необхідності розмежування прецедентної практики та прецедентного права в контексті рішень Європейського суду з прав людини [1], встановлено співвідношення між судовим прецедентом та судовою практикою [3], досліджено теоретико-правові та практичні аспекти співвідношення правотворчості Верховного Суду та Конституційного Суду України [2] та ін.

Варто звернути увагу на те, що і в судових рішеннях послуговуються різними термінами «прецедентна судова практика», «прецедентна практика», «судовий прецедент», «прецедентне право» та ін.

Наприклад, у постановках Верховного Суду [4] наявні такі формулювання* : «згідно *прецедентної судової практики* Європейського суду з прав людини», «при вирішенні спору судами враховано *прецедентну судову практику* Європейського суду з прав людини...», «таке розуміння змісту статті узгоджується із *прецедентною судовою практикою* Європейського суду з прав людини»; «враховуючи *прецедентну практику* Європейського суду з прав людини», «відповідно до *прецедентної практики* Європейського суду з прав людини», «через призму *прецедентної практики* ЄСПЛ»; «ця норма кореспондує *прецедентному праву*, створеному правозастосовною практикою Європейського суду з прав людини», «суди повинні були спиратися на *прецедентне право* Європейського суду, що є джерелом тлумачення вказаної статті, надаючи їй приписам більш конкретного характеру», «згідно з *прецедентним правом* Європейського суду», «застосування *судового прецеденту*, виробленого рішеннями Європейського суду з прав людини, сприяє чіткості та універсалізації розуміння Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод», «скаржник посилається на *судовий прецедент*» та ін.

У зв'язку з цим обґрунтованим видається встановлення співвідношення прецедентної судової практики саме з цими суміжними поняттями, що дозволить на основі уточнення їх змісту сформулювати цілісну концепцію прецедентної судової практики.

«Прецедентна судова практика» та «судова практика». У юридичній літературі термін «судова практика» використовується у декількох значеннях. У першому – широкому значенні – цей термін позначає поняття, що охоплює діяльність або результати діяльності усіх судових органів. До обсягу поняття судова практика в широкому значенні належать усі судові рішення усіх судових органів у національних та міжнародних правових системах. У такому її значенні прецедентна судова практика взаємодіятиме з ним як видове поняття, що входить до обсягу родового поняття судової практики.

У другому – більш вузькому значенні – це поняття охоплює не всю діяльність або результати діяльності не всіх судових органів. В одних випадках терміном «судова практика» позначають лише результати юрисдикційної діяльності, тобто активності судових органів, що пов'язана із вирішенням судових справ – спорів, притягнення осіб до відповідальності, встановлення юридичних фактів. До обсягу цього поняття «судова практика» у цьому значенні не належать інші види діяльності судових органів, наприклад, інформаційно-аналітична, організаційно-

* Тут і далі використано формулювання із постанов Верховного Суду, що доступні в Єдиному державному реєстрі судових рішень.

розпорядча, узагальнення судової практики тощо. Наприклад, прийняття судовими органами регламентів та інших внутрішніх юридичних актів до судової практики у цьому її значенні не належать. Прецедентна практика і в цьому значенні судової практики буде видовим поняттям судової практики.

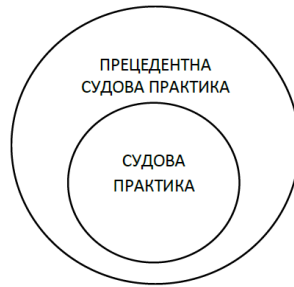


Іншим вузьким значенням терміна «судова практика», яке трапляється у юридичній літературі є значення, відповідно до якого до обсягу його поняття належать роз'яснення (керівні або рекомендаційні у різних правових системах) верховних судів на основі узагальнення судової практики та рішення верховних судів у конкретних принципових судових справах. У цьому ж значенні судової практики прецедентна практика входить до обсягу її поняття лише частково. Адже до обсягу поняття судової практики у такому її значенні не належить прецедентна практика нижчих судових органів. При цьому з обсягу поняття прецедентної практики вилучаються акти органів судової влади, що приймаються не у конкретних судових справах.



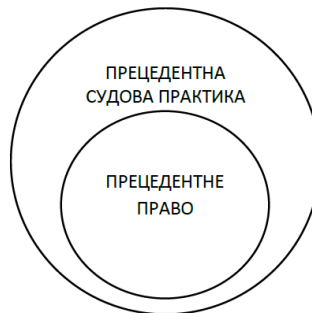
Ще одним значенням терміну «судова практика», яке використовується у романо-германській правовій доктрині, є значення, яке полягає у тому, що судова практика є сукупністю не будь-яких рішень у конкретних справах, а повторюваних, стійких, не будь-яких судових органів, а лише верховних судів, у яких вирішуються принципові питання, і які набувають фактично обов'язкового значення для нижчих судів.

У такому значенні судової практики вона буде частиною прецедентної практики. Адже до прецедентної практики належать не лише судові рішення верховних судів, які є обов'язковими з огляду на їх повторюване та неодноразове застосування іншими судовими органами, але також і судові рішення верховних судів, які є обов'язковими вже через те, що вони прийняті вперше вищими судовими органами, а також відповідні судові рішення нижчих судових органів.



Така багатозначність терміна «судова практика» в деяких випадках призводить до плутанини та непорозумінь, однак у більшості випадків долається контекстом його використання. Вважаємо, що для подальшої розробки концепції прецедентної судової практики поняття «судова практика» доцільно використовувати у широкому його значенні як поняття, що охоплює прецедентну судову практику в цілому.

«*Прецедентна судова практика*» та «*прецедентне право*». Прецедентне право є поняттям, яке часто трапляється у юридичній літературі. Воно охоплює норми права, сформовані у рішеннях верховних судів, та використовується насамперед в англійському та американському праві, на протипагу статутному праву. До прецедентного права належать не усі рішення та не усіх судових органів, а лише ті рішення верховних судів, які містять прецедентні норми права, тобто обов'язкові судові прецеденти. Прецедентне право не охоплює судові прецеденти нижчих судів, які мають рекомендаційний (переконливий) характер. Тому прецедентне право є частиною прецедентної судової практики, яка крім прецедентного права також включає в себе і рекомендаційні (переконливі) прецеденти нижчих судових органів.



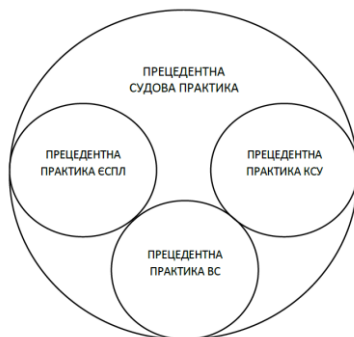
Співвідношення прецедентної практики та прецедентного права також пов'язане із питанням про те, чи можуть належати до прецедентного права не лише норми права, але також й інтерпретаційно-правові приписи. Існують два підходи до відповіді на це питання, чи прецедентне право – це лише норми права, що містяться у рішеннях верховних судів, чи також і правила розуміння правових приписів.

Перший підхід, який притаманний англо-американському праву, в котрому немає чіткого доктринального розмежування норм права та інтерпретаційних приписів, передбачає, що прецедентне право – це усі рішення верховних судів, незалежно від того, чи вони заповнюють прогалини в праві, чи роз'яснюють приписи законодавства.

Другий підхід, який притаманний романо-германському та пострадянському праву, в якому є чітке доктринальне розмежування правотворчої та правотлумачної діяльності, і, відповідно, норм права та інтерпретаційних приписів, не допускає, щоб інтерпретаційні приписи верховних судів належали до прецедентного права. У зв'язку з цим прецедентне право у романо-германських правових системах заперчується та замінюється поняттям «судова практика».

Відтак, необхідно зазначити, що поняття «прецедентна судова практика», на відміну від поняття «прецедентне право», включає в себе як норми права, так й інтерпретаційні приписи, що сформовані у відповідних рішеннях верховних судів. Це допомагає зменшити доктринальний різнобій та неузгодженість щодо поняття «прецедентне право».

«*Прецедентна судова практика*» та «*прецедентна практика*». Незважаючи на те, що у судових рішеннях трапляються, в одних випадках, словосполучення «прецедентна судова практика», а в інших – «прецедентна практика» разом із вказівкою на відповідні судові органи, їх значення є тотожним. При цьому використання словосполучення «прецедентна судова практика Європейського суду з прав людини» є тавтологічним, адже сам Європейський суд з прав людини є судовим органом, а його прецедентна практика може бути лише судовою. Відтак прецедентна судова практика та прецедентна практика відповідних судових органів мають родо-видові зв'язки.



«*Прецедентна судова практика*» та «*судовий прецедент*». Прецедентна судова практика є збірним поняттям, яке охоплює сукупність судових прецедентів, подібно до того, як поняття законодавство є збірним поняттям щодо законів. Видатється, що одночасне використання в юридичній літературі та судових рішеннях термінів «прецедентна судова практика» та «судовий прецедент» у такому варіанті не призводитиме до термінологічної плутанини та неоднозначного розуміння.



Представлені у межах наукової публікації результати дослідження співвідношення прецедентної судової практики зі суміжними поняттями сприятимуть формуванню цілісної та завершеної концепції прецедентної судової практики, яка мала б у сучасних умовах правового розвитку відображати тенденції зближення та функціонального уподібнення правових явищ у сучасних правових системах.

Водночас подальшого дослідження потребують закономірності формування та функціонування прецедентної судової практики та особливості механізму її забезпечення.

Список використаних джерел

1. Головатий С. Рішення Європейського Суду з людських прав: «прецедентне право» чи прецедентна практика? // *Право України*. 2016. № 10. С. 70–80. URL: https://pravoua.com.ua/ua/store/pravoukr/pravo_ukr_10_16/Holovaty_S_2016_10/ (дата звернення: 01.09.2020).
2. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/> (дата звернення: 01.09.2020).
3. Завидняк В. І. Співвідношення понять «судовий прецедент» і «судова практика» // *Міжнародний юридичний вісник: актуальні проблеми сучасності (теорія та практика)*. 2017. Вип. 4–5. С. 162–166. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/muvnudp_2017_4-5_29 (дата звернення: 01.09.2020).
4. Кравчук К. Г. Теоретико-правові та практичні аспекти співвідношення правотворчості Верховного Суду та Конституційного Суду України: автореф. дис.... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Кравчук Катерина Геннадіївна; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2020. 19 с.
5. Стецик Н. До питання про природу прецедентної судової практики // *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2018. Вип. 67. С. 110–118. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vlnc_yu_2018_67_13 (дата звернення: 01.09.2020).
6. Судебная практика в советской правовой системе / Отв. ред. С. Н. Братусь. Москва: Юридическая литература, 1975. 328 с.
7. Neil MacCormick D., Summers Robert S. Further general reflections and conclusions // *Interpreting precedents : a comparative study*. Abingdon, Oxon: Routledge, 2016. P. 531–532.
8. Opinion № 20 «On the role of courts with respect to uniform application of the law». URL: <https://rm.coe.int/opinion-no-20-2017-on-the-role-of-courts-with-respect-to-the-uniform-a/-16807661e3> (дата звернення: 01.09.2020).
9. Siltala R. *A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*. Oxford: Hart Publishing. 2000. 267 p.

References

1. Holovatyj, S. (2016). Rishennia Yevropejs'koho Sudu z liuds'kykh prav: «pretsedentne pravo» chy pretsedentna praktyka? *Pravo Ukrainy*. 10. 70–80. Retrieved from https://pravoua.com.ua/ua/store/pravoukr/pravo_ukr_10_16/Holovaty_S_2016_10/
2. *Yedynyj derzhavnyj reiestr sudovykh rishen'*. Retrieved from <http://reyestr.court.gov.ua/>
3. Zavydniak, V. I. (2017). Spivvidnoshennia poniat' «sudovij pretsedent» i «sudova praktyka». *Mizhnarodnyj iurydychnyj visnyk: aktual'ni problemy suchasnosti (teoriia ta praktyka)*. 4–5. 162–166. Retrieved from http://nbuv.gov.ua/UJRN/muvnudp_2017_4-5_29
4. Kravchuk, K. H. (2020). *Teoretyko-pravovi ta praktychni aspekty spivvidnoshennia pravotvorchosti Verkhovnoho Sudu ta Konstytutsijnoho Sudu Ukrainy*: avtoref. dys.... kand. iuryd. nauk : 12.00.01. Kyiv. nats. un-t im. Tarasa Shevchenka. Kyiv.

5. Stetsyk, N. (2018). Do pytannia pro pryrodu pretsedentnoi sudovoi praktyky. *Visnyk L'vivs'koho universytetu. Serii iurydychna*. 67. 110–118. Retrieved from http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vlnu_yu_2018_67_13
6. *Sudebnaja praktika v sovetskoj pravovoj sisteme*. (1975). Otv. red. S. N. Bratus'. Moskva: Juridicheskaja literatura, 328.
7. Neil MacCormick D., Summers Robert S. (2016). Further general reflections and conclusions. In: *Interpreting precedents: a comparative study*. Abingdon, Oxon: Routledge, 531–532.
8. *Opinion № 20 «On the role of courts with respect to uniform application of the law»*. Retrieved from <https://rm.coe.int/opinion-no-20-2017-on-the-role-of-courts-with-respect-to-the-uniform-a/16807661e3>
9. Siltala, R. (2000). *A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*. Oxford: Hart Publishing. 267.

CASE-LAW PRACTICE: ON THE ISSUES OF CORRELATION WITH RELATED NOTIONS

N. Stetsyk

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str., 1, Lviv, Ukraine, 79000,
e-mail: nazariy.stetsyk@lnu.edu.ua*

The article substantiates the need for research and formation of a complete and comprehensive concept of case-law practice, which should take into account the tendency of convergence and functional similarity of legal phenomena in modern legal systems. The formation of such a concept implies the needs to define the notions related to case-law practice as well as to designate a correlation with them. Attention is drawn to the importance of defining such related notions, the use of which can lead to terminological confusion and differences in their understanding. Therefore, the correlation with such related notions as judicial practice, case law, judicial precedent is identified.

In the broad meaning of the term «judicial practice», which denotes the notion of activity or results of activity of all judicial bodies, it will correlate with the term «case-law practice» as a species notion that is included into the generic notion of judicial practice.

In addition, the author takes into account the meaning of the term «judicial practice», used in the Civil law doctrine («jurisprudence constante», «ständige Rechtsprechung», «prajudice», «judicature» etc.), according to which judicial practice is not a set of any decisions in specific cases, but repetitive and stable, as well as not of any judicial bodies, but only of the supreme courts in the leading cases, and which become de facto binding on the lower courts. In this meaning, case-law practice will be the broader notion that includes judicial practice.

Case law is also a notion related with case-law practice. Case law covers legal norms formed in the decisions of the supreme courts, and is used primarily in Common law as opposed to statutory law. Case law does not include all decisions and not of all judicial bodies, but only such decisions of the supreme courts that contain legal norms, i.e. binding judicial precedents. Case law does not cover convincing persuasive precedents of the lower courts, which have a recommendatory nature. Therefore, case law is the part of case-law practice, which in addition to case law also includes judicial precedents of the lower courts.

It is substantiated that case-law practice is a collective notion that covers a set of judicial precedents, just similarly as the notion of legislation is a collective concept of laws.

The distinction between these notions, despite the fact that in most cases the ambiguity of such terms that denote them, is removed by the context of their usage, allows us to clarify the features and nature of case-law practice.

Key words: judicial precedent, judicial practice, unity of judicial practice, judiciary, supreme courts, court decision, comparative jurisprudence

*Стаття: надійшла до редакції 01.11.2020
прийнята до друку 12.11.2020*

ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

УДК 342.4(438)»1791»

ПЕРЕДУМОВИ ПРИЙНЯТТЯ ТА ХАРАКТЕРИСТИКА ПЕРШОЇ КОНСТИТУЦІЇ ПОЛЬЩІ 1791 РОКУ (ДО 230-РІЧЧЯ ВІД РОКУ ПРИЙНЯТТЯ)

А. Кольбенко

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, Львів, Україна, 79000,
e-mail: kolbenko.av@gmail.com*

Розглянуто державно-політичне становище Польщі у другій половині XVIII ст. Досліджено основні передумови кризових явищ, які стосувалися різноманітних сфер суспільного життя. Проаналізовано правове становище окремих соціальних груп: селянства, міщанства та дворянства, а також місце і роль Речі Посполитої у тогочасних міжнародних європейських відносинах.

Основну увагу приділено роботі Чотирирічного сейму, який розпочав реформування державного механізму з 1788 року. Головним у роботі цього сейму стало прийняття ним 3 травня 1791 року першої конституції Польщі.

Проаналізовано структуру та основні положення цього документа. Зокрема, з'ясовано, що конституція складалася з преамбули та 11 статей. Вона втілила принцип розподілу влад, однак законодавча влада мала певні переваги перед виконавчою та судовою. З'ясовано структуру та компетенцію двох палат Сейму, зокрема Польської ізби та Сенату. Визначено роль короля у законодавчому процесі та як глави виконавчої влади. Показана роль уряду – Сторожі законів, а також урядових комісій у здійсненні ними виконавчих функцій. Досліджено зміни, які відбувалися у судовій системі, а також зміни у закріпленні соціально-правового статусу окремих верств населення. Зроблено висновки щодо місця і значущості першої конституції Польщі.

Ключові слова: Польща, соціально-політичні проблеми, Чотирирічний сейм, конституція 1791 року.

DOI: <http://dx.doi.org/10.30970/vla.2020.71.033>

Друга половина XVIII століття в Польщі характеризувалася цілою низкою соціально-економічних та політичних проблем, які тривалий час не вирішувалися з огляду на об'єктивні та суб'єктивні причини. Перебуваючи за Люблінською унією з 1569 року в складі єдиної держави Речі Посполитої, польське населення за своїм кількісним складом значно переважало інші народи. Також велику перевагу і домінування мали польські магнати, польські політичні кола та польські політичні інтереси. Тому, було досить важко знаходити компроміси між різними національними та соціальними групами. Складним також було релігійне питання. І, навіть укладення в 1596 році Брестської унії, не змогли належно вирішити усі гострі питання взаємовідносин між католицькою та православною церквою. Складними також були взаємовідносини між різними соціальними групами: магнатами, шляхтою, міщанами і селянством.

Понад 75 % всіх жителів країни були зайняті у сільському господарстві, а з них 85–90 % становили кріпосні селяни [5, с. 274].

Ще меншою стала кількість селян-кметів, а більшою – малоземельних. Останні становили понад половину всіх селянських господарств. Близько 1/5 селян були безземельними халупниками або належали до сільського кріпосного плебс-комірників, які не мали навіть власного житла.

Прагнучи до розширення господарства і не маючи вже змоги набувати нових земельних володінь зовнішніми загарбаннями, поміщики позбавляли селян землі й підвищували їхні повинності. У XVIII столітті відробіткова рента вже досягла 12 урочних днів на тиждень з повного наділу селянської землі, тобто щоденно 2 члени селянської сім'ї перебували на панщині. Зростали селянські податки та побори [4, с. 99].

Змінювалося і становище міст. У 1764 році навколо королівських міст було ліквідовано юридики, які підривали їхню економіку, а також сервітути неміських мешканців. Для господарського підняття міст, модернізації ремесел, оздоровлення системи управління у 1765 році сейм створив так звані комісії доброго порядку, які мали право приймати рішення і наглядати над міською владою. До складу таких комісій, очолюваних сенаторами, обов'язково входили старости або підстарости, представники дворянства і міщан. Комісії видавали нормативні акти, якими намагалися регулювати усі можливі правові відносини. Відповідальність і контроль над управліннями містами покладали на старост. Апеляції на рішення міських судів треба було подавати в суд старости, а вже згодом до асесорського суду.

Водночас серед населення міст зростала кількість плебейських верств, які жили за рахунок найманої робочої сили, жебракували або мандрували від міста до міста в пошуках роботи. Частина з них наймалися на сезонні роботи до поміщиків і духовенства [4, с. 98–99].

Суттєво послабляла країну магнатська олігархія. Магнатські приватні землеволодіння зростали за рахунок земель дрібної і середньої шляхти. Воєнні руйнування зачіпали більшою мірою середнього і дрібного шляхтича, який часто втрачав увесь свій маєток, на відміну від магната. Позбавлений маєтку шляхтич часто ставав магнатським клієнтом, причому це клієнство у багатьох шляхтичів набувало спадкового характеру. Внаслідок цього, а також через посилення залежності шляхти від магнатів вона втрачала рицарські риси, почуття власної гідності.

Нещадна експлуатація селянства, зокрема українського і білоруського, які були повністю віддані під владу поміщиків, призвела до низки народних виступів. Найбільшим було повстання в Україні 1768 році, яке назване Коліївщиною. Польському урядові вдалося придушити його лише за допомогою російських військ, які по-зрадницьки оточили та захопили в полон гайдамаків, видавши їх згодом шляхті [4, с. 99].

Тож, прикриваючись фасадом шляхетської демократії, магнати і шляхта своєю недалекоглядною політикою, котру вони проводили будучи старостами, воєводами, канцлерами, гетьманами, спонукали в Польщі збереження феодальної роздробленості. Це послаблювало центральні державно-політичні інститути виконавчої та судової влади, утверджувало неповагу до закону, влади, що зумовило анархію в суспільному житті, слабкість держави.

Внутрішня нестабільність, деструктивна державно-політична діяльність дворянства, всевладдя магнатів і шляхти, тяжкий соціальний гніт, а в національних окраїнах ще й національне та мовне гноблення населення, релігійна нетерпимість

привели Річ Посполиту до глибоких потрясінь ще у XVII столітті, але які продовжувались і у XVIII столітті [4, с. 95].

Польську модель управління в цей час характеризував республіканізм, котрий розуміли як обмеження влади монарха та послаблення втручання держави у життя громадян. Одночасно з цим, створена для захисту шляхетських свобод система позбавляла інші стани права і відповідальності за долю Речі Посполитої. Захищаючи себе від посилення авторитету монарха, шляхта не зуміла створити ефективні перешкоди для олігархів і свавілля магнатів. Тому, оптимізм реформаторів, котрі хотіли позитивних змін у державі, був заснований на впевненості, що вдасться об'єднати доволі велику групу, котра підтримає зміни, спрямовані на захист свободи, і збереже домінуюче становище шляхти в державі. І тому, найбільше зусилля були направлені на сферу реформи освіти. Але реформатори не взяли до уваги той факт, що шляхта не була здатна добровільно приймати обмеження, особливо такі, котрі би привели до посилення держави. Тиск соціальної та економічної дійсності виявився недостатнім і дуже повільним порівняно зі швидкістю тих подій, які відбувалися [5, с. 277].

Потрібно було шукати терміновий вихід зі становища, що склалося та проводити термінові реформи в державі. Такі перші реформи були проголошені на сеймі у травні–червні 1764 року, котрий відбувався біля Варшави в присутності російських військ, які прибули на прохання польської сторони. Цей сейм прийняв важливі постанови, котрі вносили зміни у систему державної влади. Важливим було те, що обмежували правило абсолютного вето (*liberum veto*). Створювалися Коронна і Литовська скарбові комісії, яким було доручено відати фінансами, і комісія, завданням якої було займатися військовими справами. З компетенції сеймиків були вилучені податкові питання. Скасовувалися приватні мита і запроваджувалося генеральне мито, уніфікувалися міри і ваги. У королівських містах відновилося втрачене самоврядування, ліквідовувалися магнатські і церковні юридики. Було реформовано асесорський суд, вищу судову інстанцію для королівських міст. Коронний трибунал поділено на два, з яких прерогативи одного повинні були поширюватися на Малопольщу, а другого – на Великопольщу [2, с. 231].

Після проведення перших реформ політична ситуація в Польщі ще більше ускладнилася через те, що загострилися суперечності між різними угрупованнями магнатів. Також не були зацікавлені у зміцненні Польщі сусідні держави, зокрема Росія та Пруссія [4, с. 101].

Зокрема російський посол у Варшаві князь М. Рибнін, діючи підкупом, погрозами став спонукати шляхту до виступу проти сейму. Пізніше він домігся створення в 1767 році у Радомі конфедерації, яка прийняла маніфест про наміри забезпечити рівноправність дисидентів і російські гарантії «для республіканських свобод». Щоб підтримати ці вимоги до Польщі було введено 30 тис. російського війська. М. Рибнін навіть заарештував декількох лідерів антиросійської опозиції та відправив їх до Росії [4, с. 102].

Згодом надзвичайним сеймом, який було скликано восени 1767 року було прийнято Кардинальні закони, гарантом котрих теж визнавали Росію. Відповідно, вона по суті оформила свій протекторат над Польщею. Це не влаштовувало інші країни, а крім цього, в середині Польщі об'єдналися опозиційні сили і створили у місті Бар свою конфедерацію, снапрямовану проти короля та Росії. До неї приєдналася більшість шляхти. В країні почалась боротьба проти короля та Сенату, які змушені були звернутися до Росії за допомогою і внаслідок російської допомоги опозиційні сили були розбиті. Але внаслідок оголошення Туреччиною

війни Росії опозиційні сили знову відновили свою боротьбу ще з більшою силою. Внаслідок цього в країні почався хаос. Цим скористалися правителі Австрії, Пруссії та Росії, котрі 1772 року здійснили перший поділ Речі Посполитої. Внаслідок цього поділу Австрія отримала 83 тис. км² і 2,65 млн жителів, Пруссія – 36 тис. км² і 580 тис. жителів, а Росія – 92 тис. км² і 1,3 млн жителів [5, с. 267].

Територіальні втрати, а також нашествя чужоземців не призвели ні до оновлення суспільних відносин, ні до суттєвих змін у політичному устрої країни. В 1775 році сейм поновив «кардинальні права», а також утворив новий урядовий орган – Постійну раду, котра зуміла дещо стабілізувати ситуацію в державі та легітимізувати владу. Раду обирав Сейм на 2 роки таємним голосуванням. Вона поділялася на 5 департаментів: іноземних справ, поліції, військовий, юстиції і фінансовий.

Діяльність Постійної ради сприяла певним позитивним зрушення в економіці, зменшенню гострих міжусобиць між окремими феодалами, посиленню державного управлінського впливу на різні сфери суспільного життя.

У 1788 році розпочалася нова російсько-турецька війна, а відразу після цього Росія напала на Швецію. Тому підкорення російському протекторатові в цих умовах стало неможливим.

Цього ж року у Варшаві розпочав свою роботу Сейм, який тривав аж до 1792 року, тому в історію увійшов, як Чотирирічний. Цей Сейм відразу ж розпочав реформування країни. Одним із перших він прийняв 20 жовтня 1788 року закон про збільшення армії з 30 до 100 тис. Було також проголошено принцип територіальної неподільності Речі Посполитої, створено комісію «для покращення форми управління», а також вводився надзвичайний податок: 10 % – на доходи шляхти і 20 % – на доходи духовенства. Було також висловлено заборону на будь-які поставки російській армії, котра воювала з Туреччиною, висловлено вимогу про вивід з території Польщі усіх іноземних військ [5, с. 283].

Було також ліквідовано департамент зовнішніх справ Постійної ради, а його функції покладено на Депутацію закордонних відносин. У січні 1789 року ліквідовано інші департаменти Постійної ради, після чого вона перестала існувати. Обов'язки скасованих департаментів почали виконувати комісії, створені Сеймом.

Важливим рішенням було проголошення в серпні 1790 року недійсними російські гарантії, які були підписані раніше [2, с. 240].

Перспектива швидкого завершення російсько-турецької війни примусила польських патріотів поспішити. Тому, під час сеймових пасхальних канікул був підготовлений державний переворот. Внаслідок цього, 3 травня 1791 року, під час сесії, в котрій брала участь лише невелика частина посвячених у змові послів, було зачитано текст закону і король присягнув йому на вірність, незважаючи на протести своїх небагаточисленних опонентів [5, с. 287].

Дебати навколо проекту закону тривали більше шести годин. Тричі на підтримку конституції виступав сам король. Коли ж король вчетверте вирішив виступити в дебатах, його піднята рука була сприйнята як згода скласти присягу на вірність конституції. Краківський єпископ Фелікс Турський, не вагаючись, негайно привів короля до присяги [3, с. 16]. Офіційно конституцію називали «Закон про управління». Її авторами були: король Станіслав Август Понятовський, Ігнацій Потоцький та Гуго Калантай [1, с. 288].

Конституція складалася з преамбули та 11 досить об'ємних статей. Зокрема: «Панівна релігія», «Шляхта, землевласники», «Міста і міщани», «Уряд, тобто означення публічної влади», «Сейм, тобто влада законодавча», «Король, влада

виконавча», «Судова влада», «Ренегатство», «Навчання королівських дітей», «Збройні сили народу» та окремого додатку – «Закону про міста» прийнятого сеймом 18 квітня того ж 1791 року [3, с. 27].

Як видно зі структури конституції, вона намагалася охопити різноманітні сфери соціального і державно-правового життя країни та використати досвід, який вже мали інші країни.

Вона закріпила принцип розподілу влади на три гілки. Однак певну перевагу мала законодавча влада, яка належала Сейму, котрий складався з двох палат. Нижньою палатою була Посольська ізба, котра складалася з 204 депутатів, що їх обирали на місцевих сеймиках. Крім цього, в палаті повинні були засідати «уповноважені міст» у кількості 24 осіб, котрих обирали на окружних зборах міст. Верхньою палатою сейму був Сенат, до якого входило 102 члени з числа воєвод та каштелянів, а крім того, єпархіальні єпископи, міністри – всього 132 особи [1, с. 204].

Основний блок компетенції нижньої палати Сейму складала дві групи повноважень. Вони були окремо виділені у Конституції 1791 року.

Першу групу становили загальні питання щодо регулювання конституційних, цивільних та кримінальних правовідносин, а також «стосовно встановлення вічних податків».

Другу групу повноважень формували такі блоки питань: а) у сфері фінансових відносин (питання «тимчасових податків, грошового обліку, надання публічних позик обміну державних постійних та надзвичайних витрат»); б) у міжнародно-правовій сфері (питання війни, миру, «остаточної» ратифікації торговельних та союзних угод, різних дипломатичних актів та угод тощо); в) у сфері внутрішньої політики держави («питання присвоєння титулів дворянства та інших нагород, реєстрація виконавчих магістратів та інших питань, що відповідають національним потребам» тощо). Законопроекти з цих питань мали «надходити від трону одразу до палати послів і також мали мати першість у впровадженні» [3, с. 45].

Роль короля у питаннях законодавства значно звузилася, бо він втратив право затверджувати закони. Король повинен був скликати сейми, мав право законодавчої ініціативи. Сейм міг збиратися і без короля, якщо він не скликав його в установленний строк. Сейм міг бути скликаний і маршалком Польської ізби, якщо виникала потреба у надзвичайній сесії, а король відмовлявся її скликати [1, с. 294].

Звичайні сесії повинні були проводитися на початку каденції у Варшаві, а кожен третій раз у Гродно. Сесії повинні були тривати 70 днів з можливістю продовжити їх до 100 днів. Надзвичайні сесії повинні були збиратися у випадку конфлікту між королем і Стражею законів, або між Стражею законів і Комісіями. Особливим було те, що не тільки законодавча влада, але також контроль за здійсненням діяльності уряду і нагляд за всіма державними органами були передані в руки Сейму. Важливим нововведенням роботи Сейму було те, що було введено положення про необхідність простої більшості голосів для одних питань і кваліфікованої (2/3 або навіть 3/4) для інших більш важливих [1, с. 295].

Вища виконавча влада зосередилася в руках короля та Стражі законів. Скасовували інститут виборного короля і Річ Посполита мала стати спадковою конституційною монархією.

У конституційному статусі короля діяв принцип: король панує, але не управляє, як це раніше було зафіксовано у англійському державному механізмі. Король відтепер мав ухвалювати свої рішення лише заслухавши думку відповідного міністра. Тому те чи інше важливе рішення, щоб отримати законну силу, повинно було мати підпис відповідального міністра, який таким способом брав за

нього відповідальність перед Сеймом. Фактично закріплювався принцип контра-сигнатури [3, с. 48].

Конституція утворила новий центральний виконавчий орган (уряд) – Стражу законів, у якому головував король. До складу уряду увійшли примас, як глава католицького духовенства, голова комісії народної освіти, міністр поліції, міністри внутрішніх і зовнішніх справ (канцлери), гетьман – як військовий міністр, міністр фінансів (один з підскарбіїв), спадкоємець трону, але без права голосу (щоб ознайомлюватися з державними справами), а також маршалок Сейму – з дорадчим голосом. Уведено принцип індивідуальної відповідальності міністрів. Рішення про притягнення міністра до відповідальності приймав Сейм більшістю голосів (обох палат). Суть справи розглядав сеймовий суд, а остаточно вирішував її Сейм 2/3 голосів.

Урядові підпорядковувалися так звані великі комісії, тобто організовані на колективних засадах міністерства, членів яких обирали на два роки Сейм (по 14–15 комісарів у кожному). Їх теж очолювали міністри, але не ті, що належали до складу уряду [4, с. 110].

Засідання уряду переважно врегульовувалися колегіально, з обов'язковим попереднім вислуховуванням усіх думок, присутніх на засіданні уряду та особливо відповідального за рішення міністра. Акти уряду ухвалювалися від імені короля та за його підписом, однак за умови попереднього підпису документа відповідним міністром.

Король мав право призначити усіх міністрів та звільнити без винятку. Однак, якщо дві третини обох палат Сейму потребували зміни міністра, то король негайно повинен призначити іншого на його місце [3, с. 50].

Органами місцевої адміністрації стали «цивільно-військові комісії порядку», що мали характер органів самоуправління. Їхніх членів-комісарів (по 15 осіб) на два роки обирали місцеві сеймики (у 1792 році до їх складу введено ще по 3 представники міст). Посаду старости ліквідовано [4, с. 110].

Змінилася і судова система. Виникли суди урядових комісій і комісій порядку. Судьями призначали вже не лише шляхту, але й міщан. До сфери їхньої діяльності належали спірні питання, які охоплювалися компетенцією цих адміністративних органів. Особливістю було те, що до судів Казначейської комісії і Комісії порядку (з фінансових, торговельних і вексельних справ, а також зі справ, пов'язаних з діяльністю апарату влади) притягувалося все населення без врахування соціальної належності. Однак усі інші суди залишалися становими. Міські, земські та підморські суди були об'єднані, а на їхньому місці створені колегіальні земські суди, котрі склалися з 10 суддів, яких обирали на чотири роки депутатські сеймики.

Для винесення постанови про вину міністрів та інших вищих чиновників, які притягуються до відповідальності за важливі політичні злочини потрібно було сформувати спеціальний сеймовий суд, який складався б із 12 сенаторів та 24 депутатів, котрих обирали палати [1, с. 300].

Для селян королівських маєтків передбачалося створення «референдарних судів» у кожній провінції окремо, «за давніми законами підлеглим таким судам». Статус селян, що перебували у феодалній залежності, конституція, як уже було сказано, не змінювала.

Найвищою судовою інстанцією Речі Посполитої для всіх станів без винятку і за всіма судовими справами мав стати Сеймовий суд. Ця судова інстанція мала формуватися під час відкриття кожного Сейму, і до її компетенції мали також належати карні справи про «усі виступи проти народу та короля». Передбачалося, що суд Сейму складатиметься з 36 суддів, з яких 12 буде обрано Сенатом, та 24 –

Палатою депутатів (Польською ізбою). Суддів мали обирати із середовища сенаторів та депутатів нижньої палати Сейму [3, с. 53].

Конституція також врегулювала статус окремих соціальних груп. Зокрема, вона гарантувала дворянському стану всі свободи, прерогативи і першість у приватному та громадському житті. Однак це стосувалося переважно шляхти з числа великих землевласників. Безземельне дворянство, так як і чиншове, було усунуте від впливу на громадські справи і позбавлене права брати участь в сеймиках. Тож, щоб бути повноцінним учасником політичного життя, не тільки повинен бути наділений родовитістю, але й бути власником землі та виконувати певні громадські функції [1, с. 290].

Стосовно міщан, то володільцям нерухомістю у королівських містах були надані привілеї, котрими володіли тільки дворяни. Вони мали права: 1) особистої недоторканності; 2) набувати земельну власність; 3) призначатись на нижчі адміністративні і судові посади у всіх органах державної влади і суду, доступ до адвокатури отримання нижчих офіцерських звань у всіх родах військ, крім шляхетської кавалерії; 4) отримання багатими міщанами та міської інтелігенції дворянських звань [1, с. 290].

Селян конституція називала «джерелом найбільших багатства країни» та «найчисельнішою частиною народу». Однак, вона не поспішала ліквідувати їх феодальну залежність.

З юридичного погляду, стаття конституції, що була присвячена селянам, містила два важливі моменти. По-перше, встановлювали правило, за яким під час укладення угоди поміщика з селянином, про поселення останнього на землі поміщика мали бути вже зазначені як селянські повинності, так і обов'язки поміщика стосовно селянина. А відповідальність за дотримання цієї угоди покладали на обидві сторони. По-друге, ця конституційна норма фактично оголошувала свободу усім селянам, які прибули з-поза меж Польщі, в тім числі тих, хто повернувся до місця попереднього проживання [3, с. 40–41].

Конституція також декларувала свободу віросповідання, однак традиційно надавала перевагу римсько-католицькій релігії. Відступництво від цієї релігії розглядали як злочин. Також в окремих постановках було зазначено, що трон і міністерські посади повинні займатися тільки католиками. Так принаймні намагалися заручитися приязню шляхетства.

Було також вказано про утворення польської нації, яка розпочинає боротьбу за свою незалежність та розвиває свою культуру. Тому «народом» почали називати не тільки шляхту, але міщан та селян [1, с. 292].

Тож, прийняття 3 травня 1791 року першої Конституції Польщі, стало знаменною подією для всієї Європи та світу.

Завдяки цій конституції польське суспільство почало інтенсивно реформуватися, почали з'являтися нові форми управління суспільними справами та виникати нові державно-правові інститути.

Конституція увібрала найкращий досвід досягнення суспільного компромісу завдяки вже наявним конституційним документам на той час, зокрема: Конституції Пилипа Орлика 1710 року в Україні, Декларації незалежності США 1776 року, Конституції США 1787 року, Декларації прав людини і громадянина 1789 року у Франції, окремих конституційних актів Англії та ін.

Автори конституції також використали ідеї передових на той час європейських та польських політичних мислителів. Це дало їм змогу сформувати основні

положення суспільного договору в польському суспільстві, закріпити принцип теорії розподілу влад, пом'якшити станову нерівність тощо.

Звичайно, що ідеалізувати цей документ не потрібно, оскільки в ньому було і багато недоліків, однак він став для польського суспільства відправною опорою щодо подальшої розбудови польської держави.

Список використаних джерел

1. Бардах Ю., Леснодарский В., Пистрчак М. История государства и права Польши. Москва: «Юридическая литература», 1980. 560 с.
2. Зашкільняк Л., Крикун Л. Історія Польщі. Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2002. 754 с.
3. Стецюк П. Перша конституція Польщі 1791 р. Спроба правового аналізу. Львів: «Астролябія», 2010. 112 с.
4. Тищик Б. Й. Польща. Історія державності і права (X – поч. XXI ст.). Львів: «Світ», 2012. 510 с.
5. Тымовский М., Кеневич Я., Хольцер Е. История Польши. Москва: Весь мир, 2004. 542 с.

References

1. Bardakh, Yu., Lesnodarskyj, V., Pystrchak, M. (1980). *Ystoriya hosudarstva y prava Pol'shy*. Moskva: «Yurydycheskaia lyteratura».
2. Zashkil'niak, L., Krykun, L. (2002). *Istoriia Pol'schi*. L'viv: LNU imeni Ivana Franka.
3. Stetsiuk, P. (2010). *Persha konstytutsiia Pol'schi 1791 r. Sproba pravovoho analizu*. L'viv: «Astroliaibia».
4. Tyschuk, B. J. (2012). *Pol'scha. Istoriia derzhavnosti i prava (X – poch. XXI st.)*. L'viv: «Svit».
5. Tymovskij, M., Kenevich, Ja., Hol'cer, E. (2004). *Istoriya Pol'shi*. Moskva: Ves' mir.

PREREQUISITES FOR ADOPTION AND CHARACTERISTICS OF THE FIRST CONSTITUTION OF POLAND OF 1791 (TO THE 230TH ANNIVERSARY FROM THE YEAR OF ADOPTION)

A. Kolbenko

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str., 1, Lviv, Ukraine, 79000,
e-mail: kolbenko.av@gmail.com*

The article examines the state-political situation in Poland in the second half of the 18th century. The main preconditions of the crisis phenomena concerning various spheres of public life are investigated. In particular, the legal status of certain social groups: peasants, burghers and nobility, as well as the place and role of the Commonwealth in the then international European relations is analyzed. Poland at that time became an arena of struggle for the interests of Russia, Prussia and Austria, which led in 1772 to its first partition.

Particular attention is paid to the activities of the four-year Sejm, which began in 1788 to reform the state mechanism of the Commonwealth. One of its first laws increased the number of troops from 30 to 100 thousand. Certain governing bodies were also reorganized and the permanent council department was abolished. However, the main point in the activities of this Sejm was the adoption on May 3, 1791 of the first constitution of Poland.

In addition, the article analyzes the structure and main provisions of this document. Particularly, it is found that the constitution consisted of a preamble as well as 11 rather

voluminous articles. It embodied the principle of separation of powers, but the legislature had certain advantages over the executive and the judiciary.

The structure and competence of 2 chambers of the Sejm, namely the Chamber of Deputies and the Senate, are clarified. The Chamber of Deputies was elected by the local sejmiks in the number of 204 deputies. Besides, 24 «city commissioners» elected at the assembly of city representatives were to sit in the Chamber. The Senate consisted of 132 members from among the voivodes, eparchial bishops, bishops, ministers and magnates.

The article also defines the role of the king in the legislative process and as the head of the executive. The king had the right to sign the laws passed by the Sejm, and he also chaired government meetings. The role of the government – the Guardians of the Law, as well as government commissions in the implementation of their executive functions is shown. The changes that had taken place in the judicial system as well as the changes in the social and legal status of certain segments of the population are studied. In particular, the constitution provided for the unification of the city, zemstvo and chamberlain courts as well as the establishment of collegiate zemstvo courts in their place. According to the constitution, the term «people» came to be understood not only as the representatives of the nobility, but also as burghers and peasants.

The adoption of the constitution on May 3, 1791 was a significant event for the entire Europe and the world. Conclusions are made on the significance of the Constitution both for Poland and other European nations.

Keywords: Poland, socio-political problems, four-year Sejm, the Constitution of 1791.

*Стаття: надійшла до редакції 20.10.2020
прийнята до друку 12.11.2020*

УДК 94:[347.962:174](438)»1918/1939»

СУДДЯ У МІЖВОЄННІЙ ПОЛЬЩІ: ПРАВОВІ ТА МОРАЛЬНО-ПСИХОЛОГІЧНІ ВИМОГИ (1918–1939 РОКИ)

О. Липитчук

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, Львів, Україна, 79000,
e-mail: lupitchuk@ukr.net*

Показано, що із відновленням польської державності 1918 року в нових історичних умовах були створені законодавчі гарантії правового статусу суддів. Важливим гарантом незалежності суддів стала Березнева конституція 1921 року З'ясовано, що одним із головних завдань польського судочинства стало створення нового типу польського судді. Йшлося передусім про формування високоморального польського судді, який би відповідав найвищим вимогам як громадянин та державний діяч.

Виявлено роль правничої преси, на шпальтах якої виступили вчені-теоретики та практики польського судочинства, які звернули особливу увагу на морально-психологічні вимоги до суддів. Це набуло особливої вагомості в умовах, коли став порушуватися принцип суддівської незалежності. Висвітлено досвід реалізації таких вимог судовими органами.

Обґрунтовано тезу про те, що в досліджуваній період не було створено єдиної концепції морально-психологічного образу польського судді. Цьому заважала низка об'єктивних причин, які значно впливали на суддівську корпорацію.

Ключові слова: міжвоєнна Польща, судді, правнича преса, морально-психологічні вимоги, правовий статус.

DOI: <http://dx.doi.org/10.30970/vla.2020.71.042>

Постановка проблеми. Становлення та розвиток польської судової системи у міжвоєнний період розглядають здебільшого як історію законодавчих актів. Прийняті в цей період закони регулювали проблеми, пов'язані зі статусом польського судді, його обов'язками та повноваженнями. У законах надавали перевагу правовим вимогам формування суддівського корпусу. Законодавство не визначало морально-психологічного образу польського судді. Проте саме від суддівського складу, характеру здійснюваних ним функцій залежала довіра суспільства до судової влади. Тому ця проблема набувала самостійного значення і потребувала окремого вивчення. Це стало справою спільних зусиль польських науковців, практиків, які на шпальтах правничої преси намагалися сформулювати морально-психологічні вимоги до суддівського корпусу. Оскільки ця проблема залишається дискусійною в сучасній історико-правовій науці, тому важливим є досвід міжвоєнної Польщі, у правовому полі законодавства якої перебували й українські землі.

Стан дослідження. Деякі аспекти цього питання знайшли відображення в працях польських науковців М. Бучковського, Б. Врублевського, В. Думека, К. Фіріґа, К. Флещинського, Т. Кендзерського, В. Свіда, А. Редзика, З. Сітницького та ін. Проблема морально-психологічного образу польського судді в міжвоєнний період так і не стала предметом окремого дослідження, тому має значні перспективи для вивчення.

Метою статті є з'ясувати зміст морально-психологічних вимог до польських суддів, які сформував науковці та практики в міжвоєнній Польщі; охарактеризувати суспільно-політичні та економічні реалії, в яких формувався образ польського судді.

У процесі виборювання незалежності Польської держави 1 вересня 1917 року відбулося урочисте відкриття польських судів на території Королівства Польського під назвою королівсько-польських (królewsko-polskich), які оголошували вироки іменем Корони Польської [29, s. 28–29]. Це стало певним прологом до процесу становлення незалежних польських судів.

Польська громадськість з великою надією сприйняла відновлення польських судів. З приводу їхнього відкриття тогочасна столична преса писала: «...йдеться про те, щоб ожив глибокий дух права, щоб громадянин мав впевненість, що в цім краю кожний спір буде справедливо та швидко вирішений, кожна кривда відшкодована, кожний злочин покараний» [10, s. 667]. Колишній прокурор К. Рудницький згадував: «Для нас, юристів Королівства, то був день великого свята, бо для нас починала реалізовуватися віра в незалежність Польщі. Адже польські суди сприймалися як перший атрибут державної влади, правосуддя. За суддівські столи могли сісти народжені на цій землі люди, говорити рідною мовою, радитися та судити в інтересах польського суспільства...» [24, s. 45].

З набуттям незалежності важливим етапом у становленні та функціонуванні судової системи стала Березнева конституція 1921 року, яка визначила правовий статус суддів в перші роки відновленої Польської Республіки [27, s. 326–342]. Зокрема, у статті 77 було зазначено, що «судді у виконанні своїх обов'язків незалежні і керуються тільки законами». Гарантом незалежності суддів була засада, відповідно до якої суддя не міг бути звільнений з посади, усунутий від виконання обов'язків, переміщений на інше місце роботи або переведений на пенсію всупереч своїй волі. Це могло статися тільки на підставі судового рішення відповідно до закону (стаття 78). Конституція затвердила положення про призначення суддів президентом, окрім обрання населенням мирових суддів (стаття 76).

В умовах стабілізації структури загальних судів на всій території Польської Республіки перед судовою владою постали нові завдання. На урочистому зібранні під час відзначення п'ятої річниці діяльності королівсько-польських судів у присутності Начальника Держави її окреслили у своїх виступах відомі польські юристи та організатори судочинства С. Буковецький, Ф. Новодворський, Г. Коніц, Е. Рапппорт, Ц. Поніковський. Зокрема, тогочасний міністр юстиції В. Маковський визначив такі два головні завдання польського судочинства – створити новий тип польського судді та підготувати загальнодержавне польське законодавство. Йшлося про формування високоморального типу польського судді, який би відповідав найвищим вимогам як громадянин та державний діяч. Польський суддя, за словами першого голови Найвищого суду Ф. Новодворського, мусить бути «чистим, мужнім, професійно підготовленим, самовідданим, гаряче любити Вітчизну, безстороннім і завжди пам'ятати про те, що у здійсненні правосуддя всякий компроміс з політикою є розпадом, а зв'язок з нею при винесенні вироку – ганьба» [10, s. 668]. Зокрема, В. Маковський наголосив, що тільки суддівська незалежність у поєднанні з чіткою організацією органів судочинства можуть створити в суспільстві атмосферу впевненості, що «правосуддя здійснюватиметься відповідальними, з почуттям обов'язку людьми, а з іншого боку – судді будуть забезпечені необхідними гарантіями, які існують у сучасних правових державах» [29, s. 70].

Тогочасний рівень судочинства В. Маковський охарактеризував як такий, що не відповідає новим політичним, соціальним та економічним умовам Польської

Республіки, було визнано справедливими вимоги суспільства, щоб «правосуддя здійснювалося об'єктивніше» і «кожний громадянин міг скористатися доступним і швидким правосуддям» [29, s. 68]. Отже, вже на початках розбудови судової системи в міжвоєнній Польщі очільниками судочинства були сформовані найголовніші морально-етичні вимоги до польських суддів.

Однак організатори польського судочинства у вирішенні поставлених завдань зіткнулися з великими труднощами, зокрема з найгострішою – проблемою суддівських кадрів. Загалом у Польщі було на 1/3 менше суддів, ніж у довоєнний період у розвинутих західноєвропейських країнах [29, s. 32–40; 47–51].

Ситуація погіршувалася складним фінансовим становищем Польщі. У 1925 році група відомих польських юристів, зокрема Е. Раппапорт, А. Могільницький, Я. Ямонтт звернулася до парламенту та уряду із «зауваженнями», в яких йшлося про «небезпеку, що загрожує зменшенню поваги до польського судочинства», «судді нижчих і вищих судів, не оминаючи навіть Найвищого суду, або вже пішли, або мають намір піти із судочинства», і однією із причин такого стану були низькі заробітки [20, s. 615–616; 629].

Викликало також занепокоєння незадовільним станом університетської підготовки суддів та суддівської практики, надмірне переобтяження суддів великою кількістю справ, незадовільні умови праці і діяльності суддів. Усе це позначалося на ефективності судочинства та спричиняло затяжний і поверховий розгляд справ. Звучали рекомендації уникати всіляких скорочень як судів, так і судових посад, і припинити шкідливу для судів «ощадність» [20, s. 615].

Поряд із об'єктивними труднощами, які доводилося долати в процесі організації судочинства, почали порушуватися демократичні засади Березневої конституції 1921 року. Претенденти на посаду суддів проходили ретельну перевірку поліцією та державними органами влади, що узалежнювало суддю від адміністративної та виконавчої влади [2, арк. 8; 5]. На думку відомих польських юристів, «небезпекою» для судочинства ставали «невизначеність положення та пониження його адміністративними владами» [31, s. 616].

Закон «Про устрій загальних судів» 1928 року хоч і проголосив формально конституційні положення про незалежність суддів (стаття 79), однак містив статті, які значно її обмежували. Закон надавав право президентові і міністрові юстиції упродовж трьох місяців від дня його оголошення переводити (без згоди зацікавлених) на інше місце праці або звільняти на пенсію суддів Найвищого суду, упродовж року – суддів апеляційних судів і упродовж двох років – суддів окружних і гродських судів (стаття 284 § 1) [23]. Суддівський корпус опинився в залежності від вищої виконавчої влади. Ці статті закону дали змогу міністрові юстиції відправити на пенсію першого голову Найвищого суду В. Сейду та голову кримінальної палати А. Могільницького, які виступили проти обмеження незалежності судів та суддів [15, s. 14; 17, s. 13–14].

Після прийняття цього закону відомий юрист, голова апеляційного суду у Львові, А. Червінський висловив сумнів щодо дотримання принципу суддівської незалежності в законі, наводячи статтю 120 § 2, за якою суддя міг бути переведений «для добра правосуддя або для поваги суддівського становища» на підставі рішення загальних зборів вищого суду за поданням міністра юстиції. На його думку, це було порушенням статті 78 Березневої конституції [7, s. 33–34]. Адже загальні збори суду не були судом з компетенцією до видання судових вироків, а лише адміністративною судовою інституцією, яка мала виконувати певні адміністративні дії. Безперечно, в судочинстві «можна було знайти осіб, яких треба усунути, але для цього існують, –

як писала газета «Głos Sądownictwa», – положення про дисциплінарний суд, а не методи постійної суддівської усувальності» [9, s. 370].

Наступними роками Закон «Про устрій загальних судів» 1928 року підлягав змінам відповідно до потреб влади, яка набувала авторитарного характеру. Влада вважала за потрібне посилити свій контроль за особовим складом суддів та діяльністю судів. Згідно з розпорядженням Президента від 23 серпня 1932 року, влада, яка призначала суддів, набула право переведення суддів усіх судів без їхньої згоди до іншого рівнозначного суду або звільнення на пенсію в двомісячний строк [20, s. 661]. Цей акт значно обмежив суддівську незалежність. На зламі 30-х років ХХ століття один польський суддя стверджував, що «законодавець грається із засадою суддівської незалежності» [13, s. 332].

Згідно з Квітневою конституцією 1935 року суди перестали бути «органами народу» і стали державними органами (визначення «незалежні» було пропущено), які підлягають президентові. Хоча, за цією Конституцією (стаття 65), президент призначав суддів, але статті 66, 67 надавали право адміністративній владі призупиняти засаду неусувальності та широкі можливості переміщення та усунення суддів взагалі в період реорганізації судоустрою, яка проводилася на підставі «законодавчого акта» [26, s. 364–378]. Сама конституція створювала умови для більшої залежності суддів від виконавчої влади.

У цих умовах, усвідомлюючи роль суддівської корпорації в суспільстві, як важливого чинника у розвитку соціальних відносин, намагаючись зберегти довіру громадян до суду, низка вчених-теоретиків, практиків виступила на шпальтах правничої преси з критикою спроб влади порушити принцип незалежності суддівської влади [22]. Водночас було звернуто особливу увагу на морально-психологічні вимоги до суддів та зроблено спробу окреслити морально-етичний образ польського судді. Для розуміння взаємозв'язку проблеми незалежності судової влади з морально-психологічним образом судді автори наводили цікаві історичні факти з історії польської державності і права. Зокрема, В. Думек, звертаючись до історичного минулого Польщі, зазначив, що у ХVI столітті домінуюча в суспільстві шляхта намагалася мати в представництві всіх влад вірних виконавців тільки своєї волі, щоб були як «листи, які більше нічого не говорять, окрім того, що в них написано». Намагаючись зробити залежною від себе законодавчу і виконавчу владу, шляхта замахнулася і на судову владу. Судова реформа у 1578 року (Коронний трибунал) знаменувала певний поступ, оскільки виокремлювала судову владу. Водночас, реформою було усунуто суддівську незалежність як шляхом щорічного вибору депутатів (усувальність суддів), так і обранням їх на сеймиках (залежність від шляхти). Сумні наслідки не забарилися. В ХVII столітті вже зривалася робота Трибуналу, як і сейму. Шляхетський стан досягнув усього, що бажав: «самі управляємо кораблем, самі собі обираємо напрямок» – так жартувала шляхта з сейму, суду і короля. Зміст цієї епохи автор розкриває через образ Яна Сwoжовського¹ – підкоморія, досвідченого парламентарія, підсудка, доброчинця Конвенту, надзвичайно розумного, толерантного, досконалого психолога, знавця сімейного і римського права, третейського суддю в полюбовних судах [8, s. 421]. Отже, використовуючи історичні екскурси, автор звернув увагу на те, що тільки незалежна судова гілка влади має стати фундаментом образу польського судді.

¹ У Львова зберігся пам'ятник Яну Сwoжовському у вигляді лежачого лицаря в зброї, без опертя на лікті, обличчя відображає виразність і думки, а в розташуванні тулуба, голови і спущених плечах стільки безсилля, втоми, змученого життям чоловіка, стільки сонного заспокоєння, що хочеться затримати дихання, щоб старця того не розбудити...

Цю думку поділяли й інші відомі польські вчені та практики. Знаний в міжвоєнній Польщі знавець кримінального права, суддя Найвищого суду Я. Ямонтт запропонував, щоб міністр юстиції, будучи незалежним ані від парламенту, ані від уряду, обирався народом на семилітній строк. Вчений згадав постать непохитного канцлера періоду правління короля Стефана Баторія (1576–1586) Яна Замойського, який свавільний шляхті, що не хотіла визнавати жодних законів, спромігся протиставити повагу до законів [14, s. 203–204]. Утім, З. Сітніцький висунув ідею, що перший голова Найвищого суду має здійснювати контроль над всіма судами, а його становище має прирівнюватися статусу міністра. Щоб залишатися незалежним, він не повинен входити до складу уряду [25, s. 281–287]. Отже, польські теоретики і практики на шпальтах правничої преси відстоювали принцип незалежності судової влади, що мав стати базовим підґрунтям, на якому формувався образ польського судді.

Натомість В. Думек зробив спробу визначити основні морально-психологічні вимоги, які мають втілювати в своїй діяльності польські судді. «Нехай відійде образ судді, – пише автор, – кар’єриста, безхребетного щодо впливових осіб... нехай всякі ознаки послууха будуть вирвані з корінням із суддівського середовища, які мають бути зразком демократичних відносин, де тільки чесна заслуга, правдива свідомість, глибоке бачення і суддівська сумлінність можуть викликати гідність і повагу» [8, s. 417]. Другою засадничою рисою морально-психологічного портрету польського судді автор вбачає у ньому представника сучасної культури. В. Думек посилається на думку авторитетного польського юриста, професора Ягеллонського університету, президента Кодифікаційної Комісії К. Фіріга, який доводив, що суддя має поєднувати інтелект і високу культуру. Не наука для науки, не закон для закону, а наука і закон для життя. Завдання судді полягає, як вважає авторитетний вчений, у вирішенні практичних життєвих випадків. Суддя має поєднувати талант, знання і серце. Суддя має оперувати не тільки як найбільшою сумою знань, але й добре організувати університетську науку, спираючись на досвід знаних практиків. Саме це й викристалізовує образ судді – джентельмена – людини, яка відгукується на людські слабкості, громадянина з великим серцем і великим розумом. Така позиція підтверджується словами В. Гаснера про те, що «рівень суддівської корпорації є каменем спотикання для етики народу і що почуття законності, яке живе в народі, повинно кристалізуватися в його суддях [8, s. 419]. Завершує морально-психологічний образ польського судді теза про те, що суд – святиня, а суддя – то священик, який має усвідомлювати доленосність і вагомість свого обов’язку, важливість суддівської праці – мусить відчувати себе капеланом справедливості [8, s. 419–420].

Проблему морально-психологічного образу польського судді підняв суддя окружного суду в Торуні Т. Петриковський. В одній зі своїх публікацій він наголосив на відсутності наукових праць, в яких би досліджувалася роль та місце польського судді в суспільстві, його права та обов’язки Т. Петриковський запропонував до уваги висновки дослідження німецького адвоката М. Берадта з питань морально-психологічного образу сучасного судді. Основні тези німецького правника зводилися до: сучасний суддя – людина мисляча, чуйна, та, яка розуміє важливість своєї професії; суддя має бути передусім справедливим; суддя не тільки виконавець закону, але й творець права; незалежність судді – це неусувальність та недоторканість; орієнтуватися на засаду «справедливості над законом»; не проявляти політичних поглядів; бути добре підготовленим професійно; знати психологію, історію, літературу; вирокі мають бути безсторонніми і незалежними від уподобань і симпатій; під час винесення вироку вважати на мотиви злочину; уважно ставитися до покарань, особливо ув’язнення тощо. Автор статті зазначив,

що висновки німецького адвоката можуть стати підставою до дискусій серед правників на тему образу сучасного судді [18, s. 121–124].

В іншій своїй статті Т. Петриковський подав своє бачення образу сучасного судді. Правник звернув увагу на важливість міцного фізичного стану суддів. Добрий настрій, внутрішня злагода, що дає здоров'я – це важливі складові в житті судді та відіграють першочергову роль у його роботі. Здорова людина виражає оптимізм до життя і часто знаходить вихід у найзаплутаніших ситуаціях, які, здавалося, є безнадійними. Автор також зазначив, що суддя має володіти високими моральними якостями та почуттям етики. Якщо, на думку Т. Петриковського, кандидат на посаду судді не має сильного характеру, йому бракує відваги висловити свою думку, охоплений страхом перед начальством та іншими високопосадовцями, то людина може бути добрим правником, але ще не суддею. Від судді треба вимагати, щоб він мав високу моральну планку. А це означає, пише автор, сильний характер, нездоланну волю [19, s. 92–94].

Водночас можна констатувати, що і польська влада була зацікавлена у підтримці високої репутації суддівського корпусу. Адже в умовах, коли він підпадав у дедалі більшу залежність від виконавчої влади, необхідно було зберегти ефективність роботи суддів. Документи свідчать, що у 1930-х роках дисциплінарні суди досить регулярно розглядали справи суддів, які обвинувачувалися у порушенні службових обов'язків, законів, хабарництві, корупції, аморальній поведінці. За порушення процедури винесення вироків, неточне тлумачення законів, неналежний контроль за справами, порушення процедури розслідування справ, некоректні відносини з підлеглими суддями суддя міг отримати зауваження чи догану.

Із двадцяти справ, які розглядав дисциплінарний суд округу Апеляційного суду у Львові 1935 року, в дев'яти судді отримали догану, в п'яти був винесений виправдувальний вирок, у трьох – переведені на інше місце роботи, в двох – отримали зауваження, в одній – відправлено на пенсію [4, арк. 2–56; 5, арк. 2–102]. Зокрема, за недбале оформлення справ (44 випадки порушень) гродський суддя з Винник С. Буковчик був переведений на інше місце роботи. В обґрунтуванні вироку було зазначено, що серед численних проступків, здійснених суддею, є багато таких, які не можна виправдати навіть надмірним завантаженням, і вони – яскравий приклад прояву безвідповідальності у розгляді кримінальних справ. Наголошувалося, що таке ставлення до службових обов'язків нанесло значну шкоду правосуддю [4, арк. 19–34]. Суворі вирокі стосувалися і тих суддів, поведінка яких не відповідала високим моральним вимогам [4, арк. 7–9]. Проте, якщо дії судді набирали кримінального характеру, його могли усунути з посади без права у подальшому обіймати посаду судді [1, арк. 29–36].

Найпоширенішою мірою покарання дисциплінарного суду була догана, коли неправомірні дії суддів наносили значну шкоду правосуддю, підривали авторитет суддівської влади. Суддя гродського суду в Золочеві Я. Пуковський допускав численні порушення в оформленні вироків по кримінальних справах, порушував положення Кримінального кодексу, проявив зневагу до поліції [5, арк. 14–17]; суддя гродського суду в Подбужу А. Паперковський не проявив належної відповідальності і сумління у виконанні своїх обов'язків, що призвело до 20-місячного затягування розгляду справи [5, арк. 19–22]; суддя гродського суду В. Кутах Т. Рубріх, порушуючи службову дисципліну, не оформлював в необхідні терміни вирокі з обґрунтуванням по справах [5, арк. 24–25]; гродський суддя в Миколаєві П. Ярема проявив недбалість в оформленні документації [5, арк. 94–101]; суддя гродського суду в Солотвіні Є. Белонський, розглядаючи кримінальну

справу виявив незнання положень закону та допустив порушення в процесі просування справи та інстанціях [4, арк. 14–18]; суддя гродського суду в Ходорові К. Внук, обвинувачений у порушенні процесуального порядку слідства та розгляду справ [4, арк. 36–40]; голова гродського суду в Гвозджу А. Дідужко допустив необ'єктивність та нетактовність у відносинах з підлеглими [4, арк. 54–56].

За незначні порушення дисциплінарний суд виносив вироки у формі зауваження. Гродський суддя в Надвірній С. Небеж отримав зауваження за незнання законів [3, арк. 7–9]; судді окружного суду в Бережанах, доктору Л. Фудалі суд виніс зауваження за порушення процедури оформлення справ [3, арк. 42–56].

У випадках, коли звинувачення не були доведені, суд виносив виправдувальний вирок. Голова гродського суду в Бродах Ю. Бенськовський був виправданий, оскільки його дії не принесли жодної шкоди у діяльності суду; суд виправдав М. Баліцького, голову гродського суду в Щирці, оскільки показання на нього виявилися недостовірними і спричинені захланним станом речей, який панував у суді та зусиллями голови його впорядкувати [4, арк. 10–13].

Щодо гродських суддів в Скалаті М. Отта та в Золочеві А. Олексюка суд не відкрив справ, оскільки не було для цього підстав [3, арк. 10–11].

Отже, вироки дисциплінарних судів давали картину найбільш типових, морально-психологічних та етичних проступків суддів. Водночас важливіших справ з більш суворими санкціями надходило до Найвищого дисциплінарного суду не більше, ніж два десятки на рік (на тритисячну суддівську громаду) [11, s. 2].

Про те, що виконання суддями своїх професійних обов'язків було далеким від ідеалу, свідчать матеріали візитацій (перевірок) судів [5; 1].

Існувало багато об'єктивних причин, які значно впливали на якість суддівського складу. Підготовка юристів в університетах відставала від потреб життя [20, s. 651]. Стан судової практики, яку проходили апліканти, також не відповідав потребам підготовки висококваліфікованих суддів [16, s. 672–675; 24]. Значна частина суддів опинилася в складному матеріальному становищі. Особливо це стосувалося найчисленнішої групи – гродських суддів [12].

Негативно впливала на морально-психологічний стан суддів значна переобтяженість суддів справами, особливо на рівні нижчих судів. За таких умов судді не мали змоги ознайомитися з фаховою літературою, всіма проявами людського життя, підвищувати свій фах [11]. Як написав один із суддів: «Існують великі справи, які розглядаються під тиском влади і феміди найдокладніше. Але існують тисячі справ дрібних, на яких немає часу, щоб належно їх розглянути. І немає нічого дивного, що при такій навалі справ суддя «меле» справи...» [6]. Інший суддя зазначив, що «... не мають часу судді на підтримку контактів зі світом, ознайомитися з правничою літературою, пресою, вічно пригнічені, розчаровані, змучені, поглинуті сирістю провінційного життя, обтяжені статистичними даними наслідків своєї праці, байдужі до її змісту і сенсу. Не бачать нічого іншого, крім суперечок і злочинів. Не можуть розібратися в суті процесів» [6]. Все це не сприяло втіленню в життя морально-психологічних та етичних вимог до суддів.

Яскравим підтвердженням цього є характеристика діяльності судів самими суддями. У 1938 році відділ кримінального права університету в м. Вільно провів анкетування серед гродських суддів, які висловили свою думку щодо діяльності польських суддів. Анкета мала анонімний характер і не викликала сумніву щодо щирості суддівських відповідей. У цих матеріалах знаходимо багато цікавої інформації щодо характеристики морально-психологічного та етичного рівня стану суддівської корпорації. Наведемо окремі міркування: «Часто чую думку, що менших

злочинців карають, а більших – ні, тож я цю думку поділяю: загалом, коли йдеться про вищих службовців і чиновників, то їх не притягують до кримінальної відповідальності, бо суд не починає слідства, а прокуратура з різних міркувань не хоче: «... судді застосовують покарання не відповідно до злочину, а враховують часто суспільне становище обвинуваченого, його заслуги, родинні зв'язки, що внаслідок призводить до несправедливого покарання...»; « Часто селяни подають скарги на суд старостам, оскільки незадоволені судовими вироками. Серед низів повага до правосуддя падає»; «Якщо селянин вкрав дерево – шість місяців ув'язнення, а пан викрав касу – то здійснив необережність, зроблять його вар'ятом і нічого йому не буде» тощо [28, s. 474, 477–479].

Отже, проблема морально-психологічних вимог до суддівського корпусу в міжвоєнній Польщі потребувала особливої уваги. Це питання здебільшого було підняте на шпальтах правничої преси. У його обговоренні взяли участь відомі вчені, адвокати, судді. Проте, це не переросло в широку дискусію і тому не було створено єдиної концепції морально-психологічного образу польського судді. Тим більше не було прийнято будь-яких документів, які б хоч частково стосувалися цієї проблеми. Водночас дане питання потребує подальшого всебічного та глибокого вивчення як важливого теоретичного і практичного досвіду.

Список використаних джерел

1. Державний архів Львівської області (далі – ДАЛО). Ф. 11. Оп. 26. Спр.189; 269; 275.
2. ДАЛО. Ф. 11 (Львівський окружний суд). Оп. 26. Спр. 10.
3. Центральний державний історичний архів України у Львові (далі – ЦДІА України у Львові). Ф. 205. Оп. 1. Спр. 2540.
4. ЦДІА України у Львові). Ф. 205 (Прокурор апеляційного суду у Львові). Оп. 1. Спр. 2539.
5. Archiwum Państwowe w Krakowie. Zespół 439. Sygnatura 54, 275.
6. *Buczowski M.* Zaniedbane dziedziny życia sędziego // *Głos Sądownictwa*. 1937. Nr. 6. S. 466–468.
7. *Czerwiński A.* Ustrój sądów powszechnych. Lwów: Nakładem Zrzeszenia Sędziów i Prokuratorów R. P. we Lwowie, 1928. 52 s
8. *Dymek Wl.* O typ polskiego sędziego // *Czasopismo Sędziowskie*. 1930. Nr. 7–8. S. 414–421.
9. *Fleszyński K.* Czego oczekuje sądownictwo // *Głos Sądownictwa*. 1937. Nr. 5. S. 369–373.
10. *Fleszyński K.* Niepodległe sądy polskie // *Głos Sądownictwa*. 1937. Nr. 9. S. 665–669.
11. *Fleszyński K.* Rachunek sędziowskiego sumienia // *Głos Sądownictwa*. 1938. Nr. 1. S. 670–676.
12. *Fleszyński K.* Realne gwarancje niezawisłości sędziowskiej // *Głos Sądownictwa*. 1939. Nr. 2. S. 105–109.
13. *Glass J.* Praworządność w Polsce na tle organizacji sądownictwa (Luźne uwagi) // *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*. 1930. II półr. S. 229–336.
14. *Jamontt J.* O zmianie przepisów Konstytucji dotyczących władzy sądowej // *Głos Sądownictwa*. 1930. Nr. 4. S. 201–205.
15. *Kotowski S.* Siedemdziesięciolecie Sądu Najwyższego // *Nowe Prawo*. 1989. Nr. 4. S. 3–17.
16. *Muraszko C.* Postulaty organizacji aplikacji sądowej // *Głos Sądownictwa*. 1937. Nr. 9. S. 670–676.
17. Pierwsi prezesi Sądu Najwyższego / Opr. W. Sbrzypiński. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1988. 44 s.
18. *Pietrykowski T.* Jakim powinien być dobry sędzia? (Martin Beradt: «Der Deutsche Richter», Rütten u. Loening Verlag Frankfurt a. Main, 1930, str. 230) // *Czasopismo Adwokatów Polskich*. 1930. Nr. 10, 11. S. 121–124.

19. Pietrykowski T., Kwalifikacje fizyczne i moralne sędziego // *Głos Sądownictwa* 1938, Nr. 2. S. 92–94.
20. *Plaza S.* Historia prawa w Polsce na tle porównawczym. Okres międzywojenny. Kraków: Księgarnia Akademicka, 2001. Cz. 3,762 s.
21. *Prochazka J.* W sprawie reformy aplikacji sądowej // *Głos Sądownictwa*. 1938. Nr. 1. S. 8–13.
22. *Redzik A.* Czasopisma prawnicze a unifikacja prawa w Polsce międzywojennej. URL: <https://journals.umcs.pl/sil/article/download/2696/pdf>
23. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 6 lutego 1928 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych // *Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej (DzURP)*. Nr. 12. Poz. 93.
24. *Rudnicki K.* Wspomnienia prokuratora. Warszawa: Czytelnik, 1956. 207 s.
25. *Sitnicki Z.* Rewizja Konstytucji a sądownictwo // *Głos Sądownictwa*. 1930. Nr. 5. S. 281–287.
26. Ustawa Konstytucyjna z dnia 23 kwietnia 1935 r. // *Historia państwa i prawa Polski* Źródła. Wrocław, 1998. 444 s.
27. Ustawa z 17 marca 1921 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej // *Historia państwa i prawa Polski* Źródła. Wrocław, 1998. 444 s.
28. *Wróblewski B., Świda W.* Sędziowski wymiar kary w Rzeczypospolitej Polskiej. Ankieta. Wilno: Wydano z zasiłku Ministerstwa Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego oraz Rektoratu U.S.B., 1939. 484 s.
29. Wznowienie sądownictwa państwowego polskiego (pięćdziesiąt lat 1917–1922). Warszawa, 1923. 76 s.

References

1. Derzhavnyi arkhiv Lvivskoi oblasti (dali – DALO). F. 11. Op. 26. Spr.189; 269; 275.
2. DALO. F. 11 (Lvivskiy okruzhnyi sud). Op. 26. Spr. 10.
3. Tsentralnyi derzhavnyi istorychnyi arkhiv Ukrainy u Lvovi (dali – TsDIA Ukrainy u Lvovi). F. 205. Op. 1. Spr. 2540.
4. TsDIA Ukrainy u Lvovi). F. 205 (Prokuror apeliatsiinoho sudu u Lvovi). Op. 1. Spr. 2539.
5. Archiwum Państwowe w Krakowie. Zespól 439. Sygnatura 54, 275.
6. Buczkowski, M. (1937). Zaniedbane dziedziny życia sędziego. In: *Głos Sądownictwa*, Nr. 6, 466–468.
7. Czerwiński, A. (1928). *Ustroj sądów powszechnych*. Lwów: Nakładem Zrzeszenia Sędziów i Prokuratorów R. P. we Lwowie, 52 s
8. Dymek, Wl. (1930). O typ polskiego sędziego. In: *Czasopismo Sędziowskie*, Nr. 7–8, 414–421.
9. Fleszyński, K. (1937). Czego oczekuje sądownictwo. In: *Głos Sądownictwa*, Nr. 5, 369–373.
10. Fleszyński, K. (1937). Niepodległe sądy polskie. In: *Głos Sądownictwa*, Nr. 9, 665–669.
11. Fleszyński, K. (1938). Rachunek sędziowskiego sumienia. In: *Głos Sądownictwa*, Nr. 1, 670–676.
12. Fleszyński, K. (1939). Realne gwarancje niezawisłości sędziowskiej. In: *Głos Sądownictwa*, Nr. 2, 105–109.
13. Glass, J. (1930). Praworządność w Polsce na tle organizacji sądownictwa (Luźne uwagi). In: *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, II półr., 229–336.
14. Jamontt, J. (1930). O zmianie przepisów Konstytucji dotyczących władzy sądowej. In: *Głos Sądownictwa*, Nr. 4, 201–205.
15. Kotowski, S. (1989). Siedemdziesiąt lat Sądu Najwyższego. In: *Nowe Prawo*, Nr. 4, 3–17.
16. Muraszko, C. (1937). Postulaty organizacji aplikacji sądowej. In: *Głos Sądownictwa*, Nr. 9, 670–676.
17. *Pierwsi prezesi Sądu Najwyższego*. (1988) / Opr. W. Sbrzypiński. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.

18. Pietrykowski, T. (1930). Jakim powinien być dobry sedzia? (Martin Beradt: «Der Deutsche Richter», Rütten u. Loening Verlag Frankfurt a. Main, 1930, str. 230). In: *Chasopismo Adwokatow Polskich*, Nr. 10, 11, 121–124.
19. Pietrykowski, T. (1938). Kwalifikacje fizyczne i moralne sędziego. In: *Głos Sądownictwa*, Nr. 2, 92–94.
20. Płaza, S. (2001). *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym. Okres międzywojenny*. Kraków: Księgarnia Akademicka, Cz. 3.
21. Prochazka, J. (1938). W sprawie reformy aplikacji sądowej. In: *Głos Sądownictwa*, Nr. 1, 8–13.
22. Redzik, A. Czasopisma prawnicze a unifikacja prawa w Polsce międzywojennej. Retrieved from <https://journals.umcs.pl/sil/article/download/2696/pdf>
23. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 6 lutego 1928 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych. In: *Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej (DzURP)*. Nr. 12. Poz. 93.
24. Rudnicki, K. (1956). Wspomnienia prokuratora. Warszawa: Czytelnik.
25. Sitnicki, Z. (1930). Rewizja Konstytucji a sądownictwo. In: *Głos Sądownictwa*, Nr. 5, 281–287.
26. Ustawa Konstytucyjna z dnia 23 kwietnia 1935 r. (1998). In: *Historia państwa i prawa Polski Zrodła*. Wrocław.
27. Ustawa z 17 marca 1921 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. (1998). In: *Historia państwa i prawa Polski Zrodła*. Wrocław.
28. Wróblewski, B., Świda, W. (1939). *Sędziowski wymiar kary w Rzeczypospolitej Polskiej. Ankieta*. Wilno: Wydano z zasiłku Ministerstwa Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego oraz Rektoratu U.S.B.
29. *Wznowienie sądownictwa państwowego polskiego (pięciolecie 1917–1922)*. (1923). Warszawa.

**A JUDGE IN THE INTERWAR POLAND:
LEGAL AND MORAL-PSYCHOLOGICAL REQUIREMENTS
(1918–1939)**

O. Lypytchuk

*Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str., 1, 79000, Lviv, Ukraine,
e-mail: luputchyk@ukr.net*

In the course of Poland's fight for its independence, the Polish courts were recovered. Polish society perceived them as the first attribute of governmental power and justice.

Upon becoming independent, an important step for the establishment and functioning of the judicial system in Poland was the March Constitution of 1921 determining the legal status of judges in the first years of the restored Republic of Poland. The guarantor of judges' independence was the principle, according to which a judge could not be fired, suspended, transferred to other duties, or retired against his or her will.

Under the conditions of stabilization of the general court structure throughout the entire Republic of Poland, the judiciary faced new tasks. One of the main tasks of the Polish justice system was the creation of a new type of a Polish judge. It had to be a principled judge who would meet the highest requirements both for a citizen and public official. The guarantor of these tasks was to be judges' independence and a well-organized justice system.

However, the organizers of the Polish justice system had to deal with great difficulties while achieving their goals. First of all, the democratic principles of the March Constitution of 1921 were violated. The adopted laws contained articles which considerably restricted judges' independence. Under the new April Constitution of 1935, courts became state bodies.

Under such conditions, taking into account the role of judicature in the society, a range of theoretical and practical scholars wrote articles for legal periodicals in which they focused on moral and psychological requirements for judges and made an attempt to outline the image of a Polish judge. The main criterion of such an image was the fight for the independence of the judiciary. The most important moral and psychological requirements were the following: a judge shall be governed only by the laws; a judge shall be independent from the authorities and high-ranking officials; a judge shall understand the fatefulness and importance of his/her duty; a judge shall protect justice; a judge shall be strong with an iron will; a judge shall combine intellect and a high level of culture, as well as talent, knowledge, pure heart, etc.

The issue of moral and psychological requirements for judges did not turn into an ample discussion by lawyers. Thus, a unified concept of the moral-psychological image of a Polish judge was not created. It was due to the range of objective reasons which affected considerably the quality of judicature.

Keywords: interwar Poland, judges, legal periodicals, moral and psychological requirements, legal status.

*Стаття: надійшла до редакції 28.10.2020
прийнята до друку 12.11.2020*

ІНТЕЛЕКТУАЛЬНА ВЛАСНІСТЬ, ІНФОРМАЦІЙНЕ ТА КОРПОРАТИВНЕ ПРАВО

УДК 342.721

ПРАВО НА ДОСТУП ДО ІНТЕРНЕТУ

Л. Тарасенко

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, Львів, Україна, 79000,
tarasenkoleo@gmail.com*

Проаналізовано право на доступ до Інтернету, охарактеризовано його ознаки. Досліджено умови здійснення цього права. Обґрунтовано, що право на доступ до Інтернету – це фундаментальне право кожної людини, незалежно від належності до громадянства певної держави, на доступ до мережі Інтернет, яке забезпечується державою та міжнародною спільнотою (міжнародні міжурядові та приватні організації), зміст цього права визначається рівнем розвитку суспільства в конкретних історичних умовах, а також економічними та технічними можливостями користувача Інтернету, приватних компаній (провайдери) та держави, та яке здійснюється користувачами з метою реалізації прав та свобод. Доведено, що право на доступ до Інтернету включає в себе правову, технічну та економічну складову. З'ясовано, що різні економічні і технічні можливості громадян породжують цифрову нерівність, а різні можливості громадян різних держав зумовлюють виникнення «цифрового розриву» між такими державами. Можливості щодо здійснення права на доступ до Інтернету залежить від рівня розвитку конкретного суспільства (держави, регіону тощо). Доведено, що праву на доступ до Інтернету кореспондує право на забуття в Інтернеті. Вважаємо, що це абсолютне право, яке не залежить від мотивів та умов. З технічного погляду і з урахуванням безконтрольного поширення інформації в Інтернеті здійснити право на забуття в Інтернеті є досить складно. Встановлено, що до принципів доступу до Інтернету належать принципи рівності доступу до Інтернету, мережевої нейтральності, якості та безпеки. Доведено, що обмеження щодо доступу до Інтернету встановлюються державою, зазвичай, в інтересах національної безпеки, громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації та з іншою, передбаченою законом метою.

Ключові слова: користувач, провайдер, здійснення, обмеження, інформація.

DOI: <http://dx.doi.org/10.30970/vla.2020.71.053>

Постановка проблеми. Люди потребують доступу до Інтернету з метою пошуку інформації, яку споживають. Отримавши певний обсяг інформації з певної сфери, особа може сформулювати власні погляди на певні явища, які відбуваються у суспільстві. Ці погляди в подальшому особа може виразити в певний спосіб, в тому числі і через мережу Інтернет.

У багатьох країнах люди вже не уявляють себе без Інтернету. Інтернет сприяє як розвитку інформаційного суспільства, так і розвитку людини у різних сферах.

Право на доступ до Інтернету – це право передусім для пошуку інформації, одержання і поширення необхідної інформації, в тому числі про здійснення багатьох прав. Однак, на нашу думку, Інтернет – це не лише місце для пошуку інформації, а й середовище, в якому особа може здійснювати чималу кількість прав. Серед них: авторські права (зміст веб-сайтів – це тексти, фотографії тощо, які охороняються авторським правом), право на свободу вираження поглядів, право власності (наприклад, відчуження майна через механізми електронної комерції), право на освіту (через дистанційне навчання), право на охорону здоров'я (електронні рецепти, консультування он-лайн тощо), право на особисте життя і можливість ознайомлення з ним інших осіб (наприклад, поширення інформації про себе в соціальних мережах) та інші.

Водночас правове регулювання перелічених відносин практично відсутнє. В Україні на рівні закону держава не гарантує громадянам можливість доступу до Інтернету. Усе наведене зумовлює актуальність вибору теми цього наукового дослідження.

Стан дослідження. Право на доступ до Інтернету практично не було предметом наукового дослідження у вітчизняній науковій літературі. Переважно досліджували окремі аспекти Інтернет-правовідносин та їх регулювання. У цьому аспекті варто виокремити про наукові дослідження В. Володовської [1], Р. Еннана [2], О. М. Селезньової [3], Л. Тарасенка [4] та інших. Однак зазначені наукові дослідження не охоплювали належним чином правовий аналіз змісту поняття права на доступ до Інтернету, його ознак, умов здійснення тощо.

Цілями статті є характеристика національного законодавства щодо права на доступ до Інтернету, обґрунтування висновків щодо вдосконалення правового регулювання досліджуваного відносин.

Завданням статті є визначити поняття та ознаки права на доступ до Інтернету, охарактеризувати умови здійснення цього права, дослідити принципи доступу до Інтернету та право на забуття в Інтернеті.

Виклад основного матеріалу. Право на доступ до Інтернету створює можливості здійснення прав та свобод людини. Право на доступ до Інтернету – це право соціальне. Саме так охарактеризував Інтернет його засновник Тім Бернес-Лі. Він відзначив, що «мережа – це більше соціальне, ніж технічне явище. Задумав я її для досягнення соціального результату – допомоги людям працювати разом, – а не як технічну іграшку. Найзагальніша мета Мережі – підтримка і поліпшення нашого існування у світі» [5, с. 78]. Вважаємо, що кожна держава повинна нести відповідальність за те, щоб доступ до Інтернету був широко доступним.

Доступ до Інтернету визнається як право відповідно до законодавства багатьох країн. Оскільки усталеним принципом здійснення прав людини є можливість їх реалізації оф-лайн та он-лайн. Так, Рада з прав людини ООН в Резолюції 2016 року публічно засудила країни, які навмисно обмежують доступ до Інтернет-мережі для своїх громадян. Резолюція відображає також чітку позицію організації, відповідно до якої «люди повинні бути однаково захищені в офлайн і онлайн» [6]. Схожі позиції висловлювали різні Комісії ООН, починаючи з 2012 року.

Саме тому право на доступ до Інтернету є найпершим та найфундаментальнішим правом у Хартії прав людини та принципів Інтернету [7, с. 44]. Зазначасмо, що станом на сьогодні практично ніхто у світі не уявляє себе без Інтернету. Саме Інтернет стає платформою для здійснення багатьох, майже всіх прав людини.

У 2007 році Комітет міністрів Ради Європи у «Рекомендації щодо підвищення цінності Інтернету як суспільної служби» наголосив, що «доступ до Інтернету, здатність та можливість користуватися ним мають розглядатися як невід’ємні компоненти повноцінного здійснення прав людини та основоположних свобод в інформаційному суспільстві» [7, с. 45].

Окремі країни намагаються на законодавчому рівні унормувати різні аспекти, які сприятимуть здійсненню права на доступ до Інтернету. Так, в Естонії ще у 2000 році затверджено програму з розширення доступу до Інтернету для жителів сільської місцевості. У Фінляндії, Іспанії законодавець зобов’язав провайдерів забезпечувати швидкість Інтернету не менше 100 Мбіт/с. У Франції у 2009 році Конституційна Рада визначила доступ до Інтернету основоположним правом людини (в контексті заборони правоохоронним органам автоматично відключати правопорушників від мережі Інтернет). Відзначаємо також закон Бразилії The Internet Bill of Rights (2014), який передбачає забезпечення громадян загальним доступом до Інтернету з метою здійснення прав людини [1].

Європейський суд з прав людини також визнав, що доступ до Інтернет-контенту є фундаментальним правом людини, яке може бути обмежене лише у виняткових випадках. Так, у рішенні ЄСПЛ *Yildirim v. Turkey* зазначено, що «Інтернет став одним із основних засобів здійснення права на свободу вираження поглядів та свободи інформації» [8].

Натомість у законодавстві України немає відповідних правових норм щодо права на доступ до Інтернету. Закони України у сфері надання телекомунікаційних послуг містять лише загальні положення про надання послуг щодо доступу до Інтернету (відносини «провайдер – користувач («абонент»)). Тому законодавець жодним чином не гарантує громадянам можливості використовувати Інтернет на рівні спеціального законодавства.

Вважаємо, що право на доступ до Інтернету охоплює правову, технічну та економічну складову.

Правові умови включають в себе такі складові:

1. держава повинна визнавати, що кожен має право на доступ до Інтернету, та гарантувати здійснення цього права;

2. держава повинна забезпечити можливість провайдерам працювати на ринку цих послуг (забезпечення доступу провайдерів на ринок). Під поняттям «провайдер» слід розуміти родове поняття суб’єкта, який забезпечує доступ до мережі Інтернет;

3. держава не повинна втручатися у відносини «користувач Інтернету – провайдер».

Технічні умови доступу до Інтернету діють як щодо провайдерів, так і щодо громадян.

Зокрема, провайдери обов’язково повинні мати в наявності необхідне обладнання для забезпечення можливості доступу користувачів до мережі Інтернет. Провайдери зобов’язані забезпечити належну якість надання послуг (йдеться про швидкість Інтернету, в тому числі підвищення якості надання таких послуг). Окрім того, саме провайдери можуть забезпечити максимальне покриття Інтернетом території держави (станом на сьогодні близько 60% території України «покрито» Інтернетом).

Громадяни також для здійснення права на доступ до Інтернету повинні забезпечити виконання низки вимог технічного характеру. До них належать:

1. Наявність відповідних пристроїв та обладнання, завдяки яким вони матимуть змогу під'єднатися до Інтернету (наявність комп'ютера, смартфона, планшета тощо, наявність модему, роутера тощо).

2. Наявність технічних та комп'ютерних знань, необхідних для користування Інтернетом (уміння працювати в Інтернеті). Станом на сьогодні в Україні рівень цих знань є різним для різних верств населення. Йдеться про таке поняття, як «цифрова грамотність».

Економічна складова доступу до Інтернету також визначається окремо для користувачів і для провайдерів. Так, провайдери повинні мати фінансові можливості розширяти свою діяльність (збільшувати покриття території) та покращувати якість надання послуг.

Громадяни повинні мати такі фінансові можливості:

1.1. Придбати комп'ютерну техніку для користування нею з метою доступу до мережі Інтернет (обов'язково).

1.2. Оплатити послуги доступу до Інтернету. В Україні плата за послуги провайдерів є однією з найнижчих в Європі та становить близько 100–200 грн на місяць (обов'язково).

1.3. Оплатити навчання щодо здобуття технічних, комп'ютерних знань для користування Інтернетом та його сервісами (за потреби).

Різні економічні і технічні можливості для громадян породжують цифрову нерівність. Можливості щодо здійснення права на доступ до Інтернету, на нашу думку, залежить від рівня розвитку конкретного суспільства (держави, регіону тощо). Тому є високорозвинуті країни, розвинуті країни і країни третього світу.

У зв'язку з цим виникає так званий «цифровий розрив». На цьому наголошує І. В. Мукомела, яка зазначає, що глобалізація міжнародних зв'язків, що здійснюється на основі інтенсивного розповсюдження інформаційних технологій, значно розширила коло акторів, проте не тільки не вирішила, а, швидше, навіть посилила проблему нерівномірності їх соціально-економічного розвитку, що спричинило виникнення такого явища, як цифровий розрив. Під цифровим розривом розуміють дисонанс інформаційних можливостей між різними країнами [5, с. 78].

На нашу думку, цифровий розрив може існувати і в межах певної держави. Наприклад, йдеться про доступ до Інтернету в місті і в селі (де гірше покриття, або воно взагалі відсутнє), невміння багатьох людей пенсійного віку користуватися Інтернетом тощо.

Вважаємо, що право на доступ до Інтернету – це фундаментальне право кожної людини незалежно від належності до громадянства певної держави, на доступ до мережі Інтернет, яке забезпечується державою та міжнародною спільнотою (міжнародні міжурядові та приватні організації), зміст цього права визначається рівнем розвитку суспільства в конкретних історичних умовах, а також економічними та технічними можливостями користувача Інтернету, приватних компаній (провайдери) та держави, та яке здійснюється користувачами з метою реалізації прав та свобод.

Ознаки права на доступ до Інтернету:

1) фундаментальне право кожного;
2) належить людині незалежно від належності до громадянства певної держави (оскільки Інтернет не має кордонів);

3) обов'язково забезпечується і державою, і міжнародною спільнотою (міжнародні міжурядові організації та міжнародні приватні організації, зокрема ICANN);

4) зміст права залежить від рівня розвитку суспільства в конкретних історичних умовах (наприклад, в Японії, Південній Кореї, більшості країн ЄС громадяни майже стовідсотково мають доступ до Інтернету);

5) залежність від економічних та технічних можливостей користувача Інтернету, приватних компаній (провайдери) та держави,

б) мета – реалізація різноманітних прав та свобод.

Право на доступ до Інтернету доцільно розглядати у вузькому і широкому розумінні. Так, у вузькому розумінні – це лише право на доступ до підключення до мережі Інтернет, а у широкому розумінні – це право охоплює і доступ до підключення, і доступ до контенту (змісту веб-сайтів).

Вважаємо, що право на доступ до Інтернету слід розуміти комплексно: це і право на підключення, і право на контент.

Праву на доступ до Інтернету кореспондує право на забуття в Інтернеті. Вважаємо, що це абсолютне право, яке не залежить від мотивів та умов.

Право на забуття (право бути забутим, англ. right to be forgotten) – це право людини, що дає їй змогу вимагати за певних умов видалення своїх особових даних із загального доступу через пошукові системи. Вважаємо, що недоцільно пов'язувати здійснення права на забуття винятково у видаленні тих даних, які, на думку особи, можуть завдати їй шкоди. На нашу думку, можливість заподіяння шкоди не є визначальним критерієм здійснення права на забуття. Це право є абсолютним і не повинно залежати від можливості заподіяння шкоди чи інших факторів.

Зазвичай право на забуття зазвичай стосується вилучення з пошуку в Інтернеті застарілих, недоречних, неповних, неточних або надлишкових даних чи інформації, або якщо з часом зникли законні підстави для зберігання такої інформації.

З технічного погляду і з урахуванням безконтрольного поширення інформації в Інтернеті здійснити право на забуття в Інтернеті є досить складно. Наприклад, існують веб-архіви та інші сервіси, які можуть зберігати інформацію після її видалення. Окрім того, користувач, який бажає видалити певну інформацію з Інтернету, не може володіти відомостями, де цю інформацію було перепоширено.

Тому часто такі користувачі пред'являють претензії, позови до веб-сайтів – пошукових систем, щоб вони надалі не шукали вказану інформацію. Наприклад, йдеться про GOOGLE, який може вилучити певну інформацію (веб-сайти) з пошуку за певних умов.

Суди ЄС визнали існування «права бути забутим», яке зобов'язує видаляти з результатів пошуку посилання на окремі публікації. Зокрема, у 2014 році Суд Європейського Союзу виніс рішення, яким право бути забутим було затверджено. Справа стосувалася іспанського громадянина Маріо Костехи Гонзалеса, який знайшов через пошук Google за своїм ім'ям відомості 16-річної давності про банкрутство та аукціон нерухомості, пов'язані з його старими боргами. Заявник вважав, що ця інформація була неактуальною та не відображала те, ким він є сьогодні. В підсумку Суд ухвалив, що громадяни ЄС мають право бути забутими та можуть вимагати видалення з пошукових систем посилань на сторінки зі старою інформацією про себе.

Суд дійшов висновку, що корпорації, які збирають особисту інформацію для отримання прибутку, повинні прибрати посилання за запитом особи, тому що фундаментальні права переважають над комерційними інтересами, а в окремих випадках – над публічними інтересами щодо доступу до інформації.

У цьому рішенні Суд ЄС зазначив, що навіть законна обробка інформації може, з плином часу, стати несумісною з європейським законодавством про захист

даних. Дані про особу можуть стати недостатніми, такими, що не мають значення, чи такими, що більше не стосуються до особистої ідентичності; їх розповсюдження може стати надмірним стосовно цілей, для яких вони були оброблені та з огляду часу, що минув. Тому людина може звернутися з вимогою про «забуття», про те, щоб результати пошуку в інформаційних системах більше не були пов'язані з її ім'ям [9].

Доцільно виділяти принципи доступу до Інтернету, до яких належать: рівність доступу до Інтернету, мережева нейтральність, якість та безпека [1].

Рівність означає те, що доступ до Інтернету має надаватися за розумну ціну і бути недискримінаційним. Держава повинна створити умови кожному громадянину незалежно від раси, кольору шкіри, статі, національності для доступу до мережі Інтернет. Мережева нейтральність означає те, що користувачі повинні мати можливість вільно обирати веб-сайти, застосунки, програмне забезпечення. Тобто мережевий нейтралітет – це рівномірний доступ до всіх веб-ресурсів в Інтернеті. Користувач оплачує послуги провайдера і отримує доступ до всієї мережі Інтернет (на однаковій швидкості). Проти мережевого нейтралітету виступають світові Інтернет-провайдери, які не зацікавлені в тому, щоб надавати доступ до всіх ресурсів однаково безкоштовно. Їхньою метою є заробіток не лише від користувачів, а й від власників веб-сайтів. Тому при цьому якість інформації та послуг, що надаються, відходить на другий план.

Принцип безпеки означає те, що держава повинна гарантувати безпечність Інтернету (йдеться про захист персональних даних, особистої інформації, захист від Інтернет-шахрайства тощо). Так, відповідно до ст.1 Закону України «Про телекомунікації» інформаційна безпека телекомунікаційних мереж – здатність телекомунікаційних мереж забезпечувати захист від знищення, перекручення, блокування інформації, її несанкціонованого витоку або від порушення встановленого порядку її маршрутизації.

Ще одним принципом є якість сервісу. Гарантований доступ до Інтернету повинен відповідати рівню розвитку новітніх інноваційних технологій. Тому якість надання послуг повинна постійно покращуватися з урахуванням розвитку інформаційних технологій.

Право на доступ до Інтернету може бути обмежено. Обмеження доступу до Інтернету поділяють на:

- обмеження доступу до Інтернету загалом;
- обмеження доступу до конкретних веб-сайтів;
- обмеження доступу до конкретного контенту.

Такі обмеження встановлює держава, зазвичай, в інтересах національної безпеки, громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації та з іншою, передбаченою законом метою.

Висновки. Обґрунтовано, що право на доступ до Інтернету – це фундаментальне право кожної людини, незалежно від належності до громадянства певної держави, на доступ до мережі Інтернет, яке забезпечується державою та міжнародною спільнотою (міжнародні міжурядові та приватні організації), зміст цього права визначається рівнем розвитку суспільства в конкретних історичних умовах, а також економічними та технічними можливостями користувача Інтернету,

приватних компаній (провайдери) та держави, та яке здійснюється користувачами з метою реалізації прав та свобод.

Доведено, що право на доступ до Інтернету охоплює правову, технічну та економічну складову.

Визначено, що різні економічні і технічні можливості громадян породжують цифрову нерівність. Можливості щодо здійснення права на доступ до Інтернету залежить від рівня розвитку конкретного суспільства (держави, регіону тощо).

Доведено, що праву на доступ до Інтернету кореспондує право на забуття в Інтернеті. Вважаємо, що це абсолютне право, яке не залежить від мотивів та умов.

Встановлено, що до принципів доступу до Інтернету доцільно віднести принципи рівності доступу до Інтернету, мережевої нейтральності, якості та безпеки.

Доведено, що обмеження щодо доступу до Інтернету встановлює держава, зазвичай, в інтересах національної безпеки, громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації та з іншою, передбаченою законом метою.

Список використаних джерел

1. Бенедек В., Кетteman М. Свобода вираження поглядів та Інтернет. Видавництво Ради Європи F-67075 Strasbourg Cedex. 2013. URL: <https://rm.coe.int/168059936a> (дата звернення 21.09.2020).
2. Володовська В. Заборони та свободи в Інтернеті: як виглядатиме Декларація цифрових прав людини. 2019. URL: https://zmina.info/articles/zaboroni_ta_svobodiv_v_interneti_jiak_vigljadatiime_deklaracija_cifrovih_prav_ljudini/ (дата звернення 21.09.2020).
3. Еннан Р. Правове регулювання відносин у мережі Інтернет // Матеріали Конференції «ІТ ПРАВО: ПРОБЛЕМИ І ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ В УКРАЇНІ», 2017. URL: <http://aphd.ua/publication-173/> (дата звернення 21.09.2020).
4. Мукомела І. В. Право на доступ до Інтернету: проблеми визначення та забезпечення // Вісник Національної академії правових наук України. 2016. № 4 (87). URL: http://visnyk.kh.ua/web/uploads/pdf/ilovepdf_com-77-85.pdf (дата звернення 21.09.2020).
5. Размтаєва Ю. С. Формування новітніх прав людини під впливом ІТ. URL: <http://aphd.ua/publication-567/> (дата звернення 21.09.2020).
6. Рішення Євросуду: свобода Інтернету є фундаментальним правом людини. 2013. URL: <http://khpg.org/index.php?id=1357685488> (дата звернення 21.09.2020).
7. Селезньова О. М. Інтернет право і його місце в системі інформаційного права // Вчені записки Таврійського національного університету ім. В.Вернадського. 2013. С. 236–240. (Серія Юридична; № 2-2) URL: http://www.juris.vernadskyjournals.in.ua/journals/2013/2-2_2013/35.pdf (дата звернення 21.09.2020).
8. Яворська О. С., Тарасенко Л. Л., Мартин В. М. ІТ ПРАВО. Львів: «Левада», 2017. 470 с.
9. Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2013 «The right to privacy in the digital age», A/RES/68/167. URL: <http://undocs.org/A/RES/68/167> (дата звернення 21.09.2020).

References

1. Benedek, V., Ketteman, M. (2013). *Svoboda vyrazhennia pohliadiv ta Internet*. Strasbourg. Retrieved from <https://rm.coe.int/168059936a>
2. Volodovska, V. (2019). *Zaborony ta svobody v Interneti: yak vyhliadatiime Deklaratsiia tsyfrovoykh prav liudyny*. Retrieved from https://zmina.info/articles/zaboroni_ta_svobodiv_v_interneti_jiak_vigljadatiime_deklaracija_cifrovih_prav_ljudini/

3. Ennan, R. (2017). Pravove rehuliuвання vidnosyn u merezhi Internet. In: *Materialy Konferentsii «IT PRAVO: PROBLEMY I PERSPEKTYVY ROZVYTKU V UKRAINI»*. Retrieved from <http://aphd.ua/publication-173/>
4. Mukomela, I. V. (2016). Pravo na dostup do Internetu: problemy vyznachennia ta zabezpechennia. In: *Visnyk Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy, № 4 (87)*. Retrieved from http://visnyk.kh.ua/web/uploads/pdf/ilovepdf_com-77-85.pdf
5. Razmietaieva, Y. S. (2017). *Formuvannia novitnikh prav liudyny pid vplyvom IT*. Retrieved from <http://aphd.ua/publication-567/>
6. *Rishennia Yevrosudu: svoboda Internetu ye fundamentalnym pravom liudyny* (2013). Retrieved from <http://khpg.org/index.php?id=1357685488>
7. Seleznova, O. M. (2013). Internet pravo i yoho mistse v systemi informatsiinoho prava. In: *Vcheni zapysky Tavriiskoho natsionalnogo universytetu im. V. Vernadskoho. Seriia Yurydychna, № 2-2, 236-240*. Retrieved from http://www.juris.vernadskyyjournals.in.ua/journals/2013/2-2_2013/35.pdf
8. Yavorska, O. S., Tarasenko, L. L., Martyn, V. M. (2017). *IT PRAVO*. Lviv.
9. *Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2013 «The right to privacy in the digital age»*, A/RES/68/167. Retrieved from <http://undocs.org/A/RES/68/167>

THE RIGHT TO ACCESS THE INTERNET

L. Tarasenko

*Ivan Franko National University of Lviv,
1, Universytetska Str., Lviv, Ukraine, 79000,
email: tarasenkoleo@gmail.com*

The article considers the right to access the Internet, describes its features. The conditions for exercising of this right are studied. It is substantiated that the right to access the Internet is a fundamental right of every person, regardless of nationality, to access the Internet, which is provided by the state and the international community (international intergovernmental and private organizations), the content of this right is determined by society in specific historical conditions, by the economic and technical capabilities of Internet users, private companies (providers) and the state, and which is carried out by users in order to exercise their rights and freedoms.

The features of the right to access the Internet are as follows: 1) the fundamental right of everyone; 2) belongs to a person regardless of the citizenship of a particular state (as the Internet has no borders); 3) shall be provided by both the state and the international community (international intergovernmental organizations and international private organizations, including ICANN); 4) the content of the right depends on the level of development of society in the specific historical conditions; 5) dependence on the economic and technical capabilities of Internet users, private companies (providers) and the state; 6) the purpose of the right is the realization of various rights and freedoms.

The right to access the Internet should be considered in a narrow and broad sense. In the narrow sense – it's just the right to access the Internet, and in the broad sense – this right includes both access to the connection and access to content (content of websites).

It is proven that the right to access the Internet includes a legal, technical and economic component. It is established that different economic and technical capabilities of citizens create digital inequality, and different capabilities of citizens of different states cause a «digital divide» between such states. The opportunities to exercise the right to access the Internet depend on the level of development of a particular society (state, region, etc.). It is

substantiated that the right to access the Internet corresponds to the right to be forgotten on the Internet. The latter is an absolute right that does not depend on any motives and conditions. From a technical point of view and given the uncontrolled dissemination of information on the Internet, exercising the right to be forgotten on the Internet is quite difficult. It is not advisable to link the exercise of the right to be forgotten solely to the deletion of data which, in the opinion of the person, may harm him/her. In our opinion, the possibility of causing harm is not a determining criterion for exercising the right to be forgotten. This right is absolute and should not be affected by the possibility of harm or other factors.

It is established that the principles of Internet access should include the principles of equality of Internet access, net neutrality, quality and security. Restrictions on Internet access are shown to be imposed by the state, usually in the interests of national security, public safety, to prevent riots or crimes, to protect health or morals, to protect the reputation or rights of others, to prevent the disclosure of confidential information and to another purpose provided by the law.

The right to access the Internet may be restricted. Restrictions on Internet access can be divided into: restrictions on Internet access in general, restrictions on access to the specific websites, restrictions on access to the specific content. Such restrictions are imposed by the state, usually in the interests of national security, public safety, to prevent riots or crimes, to protect health or morals, to protect the reputation or rights of others, to prevent the disclosure of confidential information and for other statutory purposes.

Keywords: user, provider, implementation, restrictions, information.

*Стаття: надійшла до редакції 08.09.2020
прийнята до друку 12.11.2020*

УДК 347.771

ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ ТА АДАПТАЦІЇ ДО СТАНДАРТИВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ЩОДО ПРИМУСОВОГО ЛІЦЕНЗУВАННЯ ПРАВ НА ВИНАХОДИ (КОРИСНІ МОДЕЛІ)

Р. Юрків

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, Львів, Україна, 79000,
e-mail:yurkiv.roman.ua@gmail.com*

Проаналізовано стан та перспективи адаптації національного законодавства України щодо примусового ліцензування прав на винаходи та корисні моделі. Досліджено види примусових ліцензій на винаходи (корисні моделі). З'ясовано, що з урахуванням позитивного європейського досвіду розгляд питання про видання примусової ліцензії на винахід (корисну модель) доцільно віднести до компетенції Національного органу інтелектуальної власності.

Доведено, що суд має розглядати винятково спори, пов'язані з примусовим ліцензуванням прав на винаходи (корисні моделі), а не вирішувати питання видачі примусової ліцензії. Встановлено, що законодавчий досвід країн ЄС свідчить про те, що уряди країн ЄС не уповноважені приймати рішення про видання примусових ліцензій на винаходи (корисні моделі) у зв'язку з наявністю суспільного інтересу. Розгляд і вирішення цього питання перебуває у віданні відповідних національних органів інтелектуальної власності (зокрема, відповідних патентних відомств).

Обґрунтовано непослідовність вітчизняного законодавця щодо унормування відносин, пов'язаних із використанням біотехнологічних винаходів. Доведено, що для завершення реформування національного законодавства у сфері біотехнологічного винахідництва доцільно внести зміни до Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» та відповідно відобразити у ньому можливість селекціонера та власника патенту на винахід у галузі біотехнологій отримати залежну ліцензію на використання сорту рослини, що охороняється патентом, якщо така ліцензія необхідна для використання відповідного сорту рослини або патенту відповідно; можливість власника попереднього патенту на сорт рослин або власника патенту на винахід у галузі біотехнологій отримати право на перехресну ліцензію на взаємовигідних умовах на використання сорту, що охороняється.

Ключові слова: патент, патентне відомство, суд, біотехнологія, Національний орган інтелектуальної власності.

DOI: <http://dx.doi.org/10.30970/vla.2020.71.062>

Постановка проблеми. Примусове ліцензування у сфері патентного права є інструментом збалансування приватних та публічних інтересів у разі використання майнових прав на конкретно визначених об'єктах. Можливість застосування процедури примусового ліцензування щодо об'єктів промислової власності встановлена міжнародно-правовими документами – Паризькою конвенцією про охорону промислової власності, Угодою про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності. Відповідні приписи закріплені і у національному законодавстві, однак лише змістовно. Низка законодавчих положень потребують вдосконалення та деталізації. Досвід країн ЄС щодо видачі примусових ліцензій на винаходи та

корисні моделі засвідчує необхідність внесення окремих, точкових змін до вітчизняного законодавства з метою вдосконалення регулювання зазначених відносин. Окрім того, на виконання положень Угоди про асоціацію між Україною та ЄС актуальними є питання гармонізації законодавства України з правом ЄС, його відповідність кращим світовим стандартам. Усе наведене зумовлює актуальність вибору теми цього наукового дослідження.

Стан дослідження. Проблеми правового регулювання примусового ліцензування, практики застосування відповідного законодавства у науковій літературі досліджували переважно у контексті більш загальних питань права інтелектуальної власності на окремі об'єкти, правових підстав розпорядження відповідними майновими правами тощо. У цьому аспекті варто згадати про дисертаційні дослідження Є. Ш. Гарєєва «Правова охорона винаходів» (2007) [2], Т. В. Ярошевської «Право на службовий винахід» (2009) [16]. Окремі аспекти примусового ліцензування прав на винаходи (корисні моделі) досліджували на рівні наукових публікацій такі науковці, як Г. Андрощук [1], Л. Работягова [14], О. Кашинцева [6], О. Пономарьова [10], О. Яворська [5] та ін. Однак перелічені наукові дослідження не охоплювали належно аналіз кроків, необхідних для адаптації вітчизняного законодавства у сфері примусового ліцензування прав на винаходи та корисні моделі до стандартів, які застосовують у країнах ЄС.

Цілями статті є характеристика національного законодавства щодо видання примусових ліцензій на використання винаходу (корисної моделі), обґрунтування висновків щодо вдосконалення правового регулювання досліджуваних відносин у контексті адаптації національного законодавства до стандартів ЄС у цій сфері.

Завданням статті є визначити, до компетенції якого органу влади повинні належати повноваження у сфері примусового ліцензування прав на винаходи (корисні моделі), охарактеризувати роль Вищого суду з питань інтелектуальної власності щодо вирішення спорів щодо видання примусових ліцензій на винаходи (корисні моделі), дослідити напрями вдосконалення національного законодавства щодо використання біотехнологічних винаходів.

Вклад основного матеріалу. Національне законодавство у сфері примусового ліцензування патентних прав охоплює традиційні види примусових ліцензій. Так, у Законі України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» передбачено три види примусових ліцензій: 1) примусова ліцензія, яку видають у зв'язку з невикористанням або недостатнім використанням винаходу (корисної моделі); 2) залежна (і перехресна) ліцензія; 3) ліцензія, яку видають для задоволення суспільних інтересів. Розгляд питання і прийняття рішення про видачу ліцензій (у зв'язку з невикористанням винаходу і залежної/перехресної ліцензії) вважають компетенцією суду. Ліцензію для використання винаходу (корисної моделі) з метою задоволення суспільних інтересів видають за рішенням Кабінету Міністрів України.

Такий підхід не відповідає європейській практиці у сфері примусового ліцензування. На підставі аналізу досвіду країн вбачається, що жодне законодавство жодної країни ЄС не зачислює розгляд питання про видання примусової ліцензії (у разі невикористання винаходу, залежної/перехресної ліцензії) до компетенції загального суду. У законодавстві Франції та Німеччини це питання розглядає спеціалізований патентний суд [7; 9]. За законодавством інших країн таке рішення приймає національне патентне відомство відповідної країни. Такий підхід є цілком виправданим, оскільки загальний суд нерідко не володіє спеціальними знаннями патентного законодавства щодо підстав, умов, порядку видачі примусової ліцензії. Тому з урахуванням позитивного європейського досвіду доцільно віднести розгляд

цього питання або до компетенції Національного органу інтелектуальної власності, або до Вищого суду з питань інтелектуальної власності.

Також у законодавстві країн ЄС не передбачено повноважень Урядів цих країн приймати рішення про видавання примусової ліцензії у зв'язку із наявністю суспільного інтересу.

Влітку 2020 року в Україні відбулася реформа патентного законодавства, яка значною мірою наблизила вітчизняні закони у сфері промислової власності до стандартів ЄС. Так, було прийнято:

– Закон України «Про внесення змін до деяких законів України щодо створення національного органу інтелектуальної власності» [11], який охоплює створення національного патентного відомства – національного органу інтелектуальної власності;

– Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення охорони і захисту прав на торговельні марки і промислові зразки та боротьби з патентними зловживаннями» [12], який призначений для усунення зловживань правами у сфері промислової власності;

– Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформи патентного законодавства» [13], яким було вдосконалено різні аспекти правової охорони об'єктів патентного права.

Водночас ці закони практично не стосувалися реформування інституту примусового ліцензування прав на винаходи (корисні моделі). Окремі точкові зміни суттєво не впливають на якість правового регулювання у цій сфері. Так, було змінено назву ст. 30 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», яка регулює умови і порядок прийняття рішень про видання примусових ліцензій. Зокрема, було змінено «примусове відчуження прав на винахід (корисну модель)» на «обмеження майнових прав інтелектуальної власності на винахід (корисну модель)». Така зміна назви статті є виправданою, оскільки справді не йдеться про відчуження прав на винахід, а про їх певне обмеження, адже ці права зможе використовувати третя особа без згоди правовласника.

Ще одна зміна ст. 30 вказаного закону стосувалася дати, від якої варто рахувати строк невикористання або недостатнього винаходу. Відтепер цей строк доцільно обраховувати від «дати, наступної за датою державної реєстрації винаходу (корисної моделі)», а не від «дати публікації відомостей про видачу патенту».

Тому, як бачимо, реформа патентного законодавства практично не торкнулася інституту примусового ліцензування, що, безумовно, є негативно.

Окрім того, звертаємо увагу на те, що Законом України «Про внесення змін до деяких законів України щодо створення національного органу інтелектуальної власності» [11] не віднесено до компетенції національного органу інтелектуальної власності вирішення питань, пов'язаних із примусовим ліцензуванням (а саме – прийняття рішення про видання ліцензії, визначення умов такої ліцензії тощо). Вважаємо, що це є недоліком правового регулювання, оскільки за законодавством більшості країн ЄС саме національне патентне відомство (національний орган з питань інтелектуальної власності) розглядає та приймає рішення щодо цього питання.

На нашу думку, вирішення усіх питань, пов'язаних із виданням примусової ліцензії на винахід (корисну модель), доцільно зачислити до компетенції Національного органу інтелектуальної власності. Саме цей орган повинен розглядати заяви потенційних користувачів (ліцензіатів) щодо видавання їм примусових ліцензій, з'ясовувати, чи дотримано всіх умов видання таких ліцензій та чи прийнято рішення про видання примусових ліцензій.

Водночас усі спори, пов'язані із примусовим ліцензуванням повинен розглядати суд. Враховуючи створення в Україні Вищого спеціалізованого суду з питань

інтелектуальної власності, доцільно зачислити до його компетенції розгляд та вирішення цих питань.

Зазначимо, що компетенція Вищого суду з питань інтелектуальної власності визначена у ч. 2 ст. 20 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України) [3]. Водночас у цій статті немає такого повноваження суду, як розгляд спорів щодо умов примусової ліцензії, або щодо рішення про видання примусової ліцензії (у разі оскарження рішення про надання примусової ліцензії). Так, у п. п. 1, 2 ч. 1 цієї статті зазначено, що Вищий суд з питань інтелектуальної власності розглядає справи у спорах щодо прав на винахід, корисну модель, промисловий зразок, у тому числі щодо права попереднього користування, та справи у спорах щодо реєстрації, обліку прав інтелектуальної власності, визнання недійсними, продовження дії, дострокового припинення патентів, свідоцтв, інших актів, що посвідчують чи на підставі яких виникають такі права, або які порушують такі права чи пов'язані з ними законні інтереси.

У такому разі доцільно внести зміни до ч. 2 ст. 20 ГПК України, передавши до компетенції Вищого суду з питань інтелектуальної власності розгляд справ, що стосуються видавання примусових ліцензій (наприклад, вирішення спорів щодо видавання примусової ліцензії, щодо розміру винагороди власникові патенту тощо).

З метою надання повноважень Національному органу інтелектуальної власності щодо вирішення питань, пов'язаних із примусовим ліцензуванням прав на винаходи (корисні моделі), пропонуємо викласти ч. 1 ст. 30 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» в такій редакції: «Якщо винахід (корисна модель), крім секретного винаходу (корисної моделі), не використовується або недостатньо використовується в Україні протягом трьох років, починаючи від дати, наступної за датою державної реєстрації винаходу (корисної моделі), або від дати, коли використання винаходу (корисної моделі) було припинено, то будь-яка особа, яка має бажання і виявляє готовність використовувати винахід (корисну модель), у разі відмови володільця прав від укладання ліцензійного договору може звернутися до Національного органу інтелектуальної власності із заявою про надання їй дозволу на використання винаходу (корисної моделі).

Якщо володільць патенту не доведе, що факт невикористання винаходу (корисної моделі) зумовлений поважними причинами, Національний орган інтелектуальної власності приймає рішення про надання дозволу заінтересованій особі на використання винаходу (корисної моделі) з визначенням обсягу його використання, строку дії дозволу, розміру та порядку виплати винагороди володільцю патенту. При цьому право володільця патенту надавати дозволу на використання винаходу (корисної моделі) не обмежується. Для визначення умов примусової ліцензії, в тому числі розміру винагороди, Національний орган інтелектуальної власності за погодженням сторін призначає експерта. Усі спори щодо видачі примусової ліцензії, її умов вирішуються в судовому порядку».

Частину 2 ст. 30 цього ж закону пропонуємо доповнити абзацом другим: «У разі відмови володільця патенту дати дозвіл (видати ліцензію) на використання винаходу (корисної моделі) володільцю пізніше виданого патенту, останній має право звернутися до Національного органу інтелектуальної власності із заявою про надання йому дозволу на використання винаходу (корисної моделі). При визначенні умов примусової ліцензії та щодо порядку вирішення спорів застосовуються правила частини 1 цієї статті».

Законодавчий досвід країн ЄС свідчить про те, що уряди країн не уповноважені приймати рішення про видавання примусових ліцензій у зв'язку з наявністю суспільного інтересу. Розгляд і вирішення цього питання, знову ж таки, є у віданні відповідних національних органів інтелектуальної власності (зокрема, відповідних патентних відомств). При цьому, залежно від виду суспільного інтересу (потреби охорони здоров'я, оборони держави, екологічної безпеки, економічна сфера тощо) до розгляду цього питання повинен залучатися відповідний профільний орган виконавчої влади (зазвичай, профільне міністерство, наприклад, Міністерство охорони здоров'я, Міністерство економіки тощо).

Окрім того, дискусійним є питання щодо необхідності розроблення правових механізмів публічного некомерційного використання винаходів (корисних моделей) на так звані «вічно зелені патенти» у сфері медицини. Зокрема, йдеться про те, що виробники зловживають патентами на лікарські препарати. «Вічнозелений патент» – це спосіб патентного маніпулювання (один і той самий препарат отримує кілька патентів на різновиди своєї діючої речовини) [4, с. 17].

Тому, на нашу думку, у частині третій ст. 30 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» варто замінити словосполучення «Кабінет Міністрів України» на словосполучення «Національний орган інтелектуальної власності» як орган, який прийматиме рішення про видання примусової ліцензії. Окрім того, ч. 3 ст. 30 цього закону доцільно доповнити реченням: «Для попереднього розгляду питання про видачу примусової ліцензії в суспільних інтересах залучається відповідний профільний центральний орган державної виконавчої влади».

У ч. 2 ст. 20 ГПК України теж треба внести зміни, вважаючи компетенцією Вищого суду з інтелектуальної власності розгляд спорів, пов'язаних із примусовим ліцензуванням. Так, п. 1 ч. 2 ст. 20 ГПК України доречно доповнити словами «права на отримання примусової ліцензії».

Звертаємо увагу на те, що примусові ліцензії у сфері промислової власності видаються не лише на використання патентних прав на винаходи і корисні моделі, а також і на використання промислового зразка, сорту рослин і напівпровідникових виробів.

Ще одним напрямом адаптації національного законодавства до стандартів ЄС є відображення в національному патентному законодавстві положень Угоди про асоціацію між Україною та ЄС [15].

Так, у ч. 11 ст. 221 вказаної Угоди про асоціацію між Україною та ЄС передбачено випадки обов'язкового перехресного ліцензування. Водночас досі ці положення не відображені у національному законодавстві.

Звертаємо увагу на непослідовність вітчизняного законодавця щодо унормування цих відносин. Стаття 221 Угоди про асоціацію між Україною та ЄС визначає правовий режим біотехнологічних винаходів. У межах реформи патентного законодавства до Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» було внесено зміни щодо поняття біологічного матеріалу та його правової охорони, щодо непатентоспроможності об'єктів, пов'язаних з біотехнологіями, щодо патентів на біологічний матеріал. Водночас вітчизняний законодавець проігнорував ч. 11 ст. 221 зазначеної Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, та не відобразив її зміст у національному законодавстві.

Вважаємо, що для завершення реформування національного законодавства у сфері біотехнологічного винахідництва доцільно внести зміни до Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», та відповідно відобразити у ньому:

1) можливість селекціонера та власника патенту на винахід у галузі біотехнологій отримати залежну ліцензію на використання сорту рослини, що охороняється патентом, якщо така ліцензія необхідна для використання відповідного сорту рослини або патенту відповідно;

2) можливість власника попереднього патенту на сорт рослин або власника патенту на винахід у галузі біотехнологій отримати право на перехресну ліцензію на взаємовигідних умовах на використання сорту, що охороняється.

Умовою видачі такої примусової ліцензії повинно бути те, що сорт рослини або біотехнологічний винахід становлять суттєвий технічний прогрес, що може принести значну економічну вигоду, порівняно зі заявленим у патенті винаходом або сортом рослини, що охороняється.

У науковій літературі слушно наголошують на тому, що у цьому випадку йдеться про примусове ліцензування для отримання так званих «патентів на вдосконалення» [8, с. 97].

Висновки. Встановлено, що з урахуванням позитивного європейського досвіду розгляд питання про видання примусової ліцензії на винахід (корисну модель) доцільно зачислити до компетенції Національного органу інтелектуальної власності. Саме цей орган повинен розглядати заяви потенційних користувачів (ліцензіатів) щодо видачі їм примусових ліцензій, з'ясувати, чи наявні умови видання таких ліцензій, та повинен приймати рішення про видавання примусових ліцензій (відмову у їх виданні).

Доведено, що суд має розглядати винятково спори, пов'язані з примусовим ліцензуванням прав на винаходи (корисні моделі), а не вирішувати питання видання примусової ліцензії. Враховуючи створення в Україні Вищого спеціалізованого суду з питань інтелектуальної власності, доцільно зачислити до його компетенції розгляд та вирішення цих питань. Тому слід внести зміни до ч. 2 ст. 20 ГПК України, передавши до компетенції Вищого суду з питань інтелектуальної власності розгляд справ, що стосуються видавання примусових ліцензій (наприклад, вирішення спорів щодо видавання примусової ліцензії, щодо розміру винагороди власнику патенту тощо).

Встановлено, що законодавчий досвід країн ЄС свідчить про те, що уряди країн ЄС не уповноважені приймати рішення про видання примусових ліцензій на винаходи (корисні моделі) у зв'язку з наявністю суспільного інтересу. Розгляд і вирішення цього питання є у віданні відповідних національних органів інтелектуальної власності (зокрема, відповідних патентних відомств).

Обґрунтовано непослідовність вітчизняного законодавця щодо унормування відносин, пов'язаних із використанням біотехнологічних винаходів. Зокрема, у рамках реформи патентного законодавства до Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» було внесено зміни щодо поняття біологічного матеріалу та його правової охорони, щодо непатентоспроможності об'єктів, пов'язаних з біотехнологіями, щодо патентів на біологічний матеріал. Водночас було проігноровано та не відображено у національному законодавстві положення ч. 11 ст. 221 Угоди про асоціацію між Україною та ЄС щодо видання примусової ліцензії на перелічені об'єкти патентного права. Доведено, що для завершення реформування національного законодавства у сфері біотехнологічного винахідництва доцільно внести зміни до Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», та відповідно відобразити у ньому можливість селекціонера та власника патенту на винахід у галузі біотехнологій отримати залежну ліцензію на використання сорту рослини, що охороняється патентом, якщо така ліцензія

необхідна для використання відповідного сорту рослини або патенту відповідно; можливість власника попереднього патенту на сорт рослин або власника патенту на винахід у галузі біотехнологій отримати право на перехресну ліцензію на взамовигідних умовах на використання сорту, що охороняється. Подальші наукові дослідження повинні бути спрямованими на вдосконалення положень щодо примусового ліцензування прав на інші об'єкти права промислової власності (промислові зразки, сорти рослин тощо).

Список використаних джерел

1. *Андрощук Г., Работягова Л.* Патентне право: міжнародно-правове регулювання. НДІ інтелектуальної власності НАПрН України. Київ: Інтерсервіс, 2015. 286 с.
2. *Гареев Є. Ш.* Правова охорона винаходів: автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.03. Одес. нац. юрид. акад. Одеса, 2007. 20 с.
3. Господарський процесуальний кодекс України в редакції Закону № 2147-VIII від 03.10.2017. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12/print>. (дата звернення 20.09.2020).
4. *Гула Я.* Проблема «вічнозелених» патентів у фарміндустрії // Запобігання зловживання правами інтелектуальної власності в контексті патентної реформи: збірник наукових праць науково-практичної конференції. НДІ інтелектуальної власності НАПрН України. Київ: Інтерсервіс, 2019. 48 с.
5. Інтелектуальне право України / за заг. ред. проф. О. С. Яворської. Тернопіль: Підручники і посібники, 2016. 608 с.
6. *Кашинцева О.* Примусове ліцензування лікарських засобів: досвід ЄС. URL: http://www.inprojournal.org/wp-content/uploads/2017/10/Kashyntseva-O_317.pdf (дата звернення 20.09.2020).
7. Кодекс інтелектуальної власності Франції від 01.07.1992. URL: <https://wipolex.wipo.int/ru/text/569936> (дата звернення 20.09.2020).
8. *Олефір А.* Правове регулювання інтелектуальної власності й інноваційних відносин в Угоді про асоціацію України та ЄС // Теорія і практика інтелектуальної власності. 2014. № 6. С. 94–108.
9. Патентний акт Німеччини у редакції від 16.12.1980. URL: <https://wipolex.wipo.int/ru/text/461310> (дата звернення 20.09.2020).
10. *Пономарьова О.* Примусова, відкрита та добровільна ліцензії на лікарські засоби: деякі аспекти правозастосування // Теорія і практика інтелектуальної власності. 2019. № 3. С. 32–38.
11. Про внесення змін до деяких законів України щодо створення національного органу інтелектуальної власності: Закон України від 16.06.2020 № 703-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/703-20#Text> (дата звернення 20.09.2020).
12. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення охорони і захисту прав на торговельні марки і промислові зразки та боротьби з патентними зловживаннями: Закон України від 21.07.2020 № 815-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/815-20#Text> (дата звернення 20.09.2020).
13. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформи патентного законодавства: Закон України від 21.07.2020 № 816-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/816-20#Text> (дата звернення 20.09.2020).
14. *Работягова Л.* Патент на корисну модель: забезпечення балансу прав // Теорія і практика інтелектуальної власності. 2006. № 5. С. 26–34.
15. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої

сторони від 21.03.2014. URL: https://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/984_011/print1484-549121500660. (дата звернення 20.09.2020).

16. Ярошевська Т. В. Право на службовий винахід: автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.03. Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2009. 19 с.

References

1. Androshchuk, H., Rabotiahova, L. (2015). *Patentne pravo: mizhnarodno-pravove rehuliuвання. NDI intelektualnoi vlasnosti NAPrN Ukrainy*. Kyiv: Interservis.
2. Hareiev, Y. S. (2007). *Pravova okhорona vynakhodiv: avtoref. dys. kand. yuryd. nauk: 12.00.03*. Odes. nats. yuryd. akad. Odesa.
3. *Hospodarskyi protsesualnyi kodeks Ukrainy v redaktsii Zakonu vid 03.10.2017*. Retrieved from: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12/print>
4. Hula, Y. (2019). Problema «vichnozelenykh» patentiv u farminдustrii. roblema «vichnozelenykh» patentiv u farminдustrii. In: *Zapobihannya zlovzhyvannya pravamy intelektualnoi vlasnosti v konteksti patentnoi reformy: zbirnyk naukovykh prats naukovopraktychnoi konferentsii. NDI intelektualnoi vlasnosti NAPrN Ukrainy*. Kyiv: Interservis.
5. Yavorska, O. S. Ed. (2016). *Intelektualne pravo Ukrainy*. Ternopil: Pidruchnyky i posibnyky
6. Kashyntseva, O. (2017). *Prymusove litsenzuvannya likarskykh zasobiv: dosvid YS*. Retrieved from: http://www.inprojournal.org/wp-content/uploads/2017/10/Kashyntseva-O._317.pdf
7. *Kodeks intelektualnoi vlasnosti Frantsii vid 01.07.1992*. Retrieved from: <https://wipolex.wipo.int/ru/text/569936>.
8. Olefir, A. (2014). Pravove rehuliuвання intelektualnoi vlasnosti y innovatsiinykh vidnosyn v Uhodi pro asotsiatsiiu Ukrainy ta YeS. In: *Teoriia i praktyka intelektualnoi vlasnosti, № 6*, 94–108.
9. *Patentnyi akt Nimechchyny u redaktsii vid 16.12.1980*. Retrieved from: <https://wipolex.wipo.int/ru/text/461310>.
10. Ponomarova, O. (2019). Prymusova, vidkryta ta dobrovilna litsenzii na likarski zasoby: deiaki aspekty pravozastosuvannya. In: *Teoriia i praktyka intelektualnoi vlasnosti, № 3*, 32–38.
11. *Pro vnesennia zmin do deiakykh zakoniv Ukrainy shchodo stvorennia natsionalnoho orhanu intelektualnoi vlasnosti: Zakon Ukrainy vid 16.06.2020*. Retrieved from: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/703-20#Text>
12. *Pro vnesennia zmin do deiakykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo posylennia okhорony i zakhystu prav na torhovelni marky i promyslovi zrazky ta borotby z patentnymy zlovzhyvanniamy: Zakon Ukrainy vid 21.07.2020*. Retrieved from: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/815-20#Text>
13. *Pro vnesennia zmin do deiakykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo reformy patentnoho zakonodavstva: Zakon Ukrainy vid 21.07.2020*. Retrieved from: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/816-20#Text>
14. Rabotiahova, L. (2005). Patent na korysnu model: zabezpechennia balansu prav. In: *Teoriia i praktyka intelektualnoi vlasnosti, № 5*, 26–34.
15. *Uhoda pro asotsiatsiiu mizh Ukrainoiu, z odniei storony, ta Yevropeiskym Soiuzom, Yevropeiskym spivtovarystvom z atomnoi enerhii i yikhnimy derzhavamy-chlenamy, z inshoi storony vid 21.03.2014*. Retrieved from: https://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/984_011/print1484549121500660
16. Yaroshevska, T. V. (2009). *Pravo na sluzhbovyi vynakhid: avtoref. dys. kand. yuryd. nauk: 12.00.03*. Kyivskiy natsionalnyi un-t im. Tarasa Shevchenka. Kyiv.

**THE PROSPECTS FOR DEVELOPMENT
AND ADAPTATION OF UKRAINIAN LEGISLATION
ON COMPULSORY LICENSING OF THE RIGHTS
TO INVENTIONS (UTILITY MODELS) TO THE EU STANDARDS**

R. Yurkiv

*Ivan Franko National University of Lviv,
1, Universytetska Str., Lviv, Ukraine, 79000,
e-mail: yurkiv.roman.ua@gmail.com*

The article considers the state and prospects for adaptation of the national legislation of Ukraine on compulsory licensing of the rights to inventions and utility models. The types of compulsory licenses for inventions (utility models) are studied. It is established that, taking into account the positive European experience, a consideration of the issue of granting a compulsory license for an invention (utility model) should be attributed to the competence of the National Intellectual Property Authority. This body shall consider applications from potential users (licensees) for granting compulsory licenses, determine whether the conditions for the issuance of such licenses as well as shall decide on the granting of compulsory licenses (refusal to grant them).

It is proved that the court should consider only disputes related to the compulsory licensing of the rights to inventions (utility models), and not resolve the issue of granting a compulsory license. Given the establishment of the Supreme Specialized Court on Intellectual Property in Ukraine, it is advisable to refer to its competence to consider and resolve such issues. Therefore, it is necessary to make amendments to Art. 20 of the Code of Civil Procedure of Ukraine, transferring consideration of the cases related to the granting of compulsory licenses (for example, resolution of the disputes over granting compulsory licenses, the amount of remuneration to the patent owner, etc.) to the jurisdiction of the High Court of Intellectual Property.

It is established that the legislative experience of the EU countries shows that the governments of the EU countries are not authorized to make decisions on the granting of compulsory licenses for inventions (utility models) due to the public interest. Consideration and resolution of this issue is the responsibility of the relevant national intellectual property authorities (in particular, the relevant patent offices).

The inconsistency of the domestic legislator regarding the normalization of relations related to the use of biotechnological inventions is substantiated. In particular, as a part of the reform of patent law, the Law of Ukraine «On the Protection of Rights to Inventions and Utility Models» was amended on the concept of biological material and its legal protection, on the non-patentability of biotechnology-related objects, on patents for biological material. At the same time, the provisions of Part 11 of Art. 221 of the Association Agreement between Ukraine and the EU on the granting of a compulsory license for these objects of patent law had been ignored.

It is proved that in order to complete the reform of the national legislation in the field of biotechnological inventions, it is expedient to amend the Law of Ukraine «On the Protection of Rights to Inventions and Utility Models» and accordingly reflect in it the possibility of the breeder and the patent holder for an invention in the field of biotechnology to obtain a dependent license for the use of a plant variety protected by the patent, if such a license is required for the use of the plant variety or patent, respectively; the possibility for the holder of a previous patent for a plant variety or the holder of a patent for an invention in the field of biotechnology to obtain the right to a cross-license on mutually beneficial terms for the use of a protected variety.

Keywords: patent, patent office, court, biotechnology, National Intellectual Property Authority.

*Стаття: надійшла до редакції 16.10.2020
прийнята до друку 12.11.2020*

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

УДК 342.553:352-045.62(44-2)

ОБ'ЄДНАННЯ КОМУН ЯК КОМПОНЕНТ ФРАНЦУЗЬКОЇ СИСТЕМИ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ

М. Камінська

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, Львів, Україна, 79000,
e-mail: mar_kam@ukr.net*

Розглянуто основні особливості французької системи місцевого самоврядування. З'ясовано, що об'єднання комун поряд із такими рівнями місцевого самоврядування, як комуни, департаменти, регіони і територіальні спільноти з особливим статусом, є важливим компонентом цієї системи.

Охарактеризовано головні компоненти згаданої системи і з'ясовано місце, яке посідають у ній об'єднання комун. Встановлено, що французька держава, незважаючи на те, що є безумовним лідером серед інших європейських країн за кількістю дрібних та малозаселених комун, замість примусового укрупнення територіальних громад надає перевагу добровільному їх об'єднанню.

Проаналізовано також вплив процесу децентралізації та основних етапів муніципальної й адміністративної реформ на розвиток об'єднання територіальних спільнот. Розглянуто нормативно-правову базу реформування, яка свого часу зумовила структуру французької системи місцевого самоврядування.

Особливу увагу звернуто на законодавче закріплення механізмів об'єднання комун. З'ясовано, що об'єднання відбувається не лише у напрямі злиття кількох територіальних громад в одну, але насамперед на засадах розвитку міжкомунального співробітництва.

Зважаючи на вищеперелічені чинники, зроблено висновок, що французька держава всіляко сприяє розвитку добровільного об'єднання комун, особливо підтримує такі об'єднання, які створюються на основі міжкомунального співробітництва. Це свідчить про те, що такі структури є ефективними, і можуть бути дієвим засобом для підвищення рівня розвитку територій.

З огляду на отримані результати позитивний досвід Французької республіки може бути застосовано для реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні та використано для подальших досліджень за цим напрямом.

Ключові слова: територіальні спільноти, департамент, регіон, міжкомунальне співробітництво, муніципальна реформа.

DOI: <http://dx.doi.org/10.30970/vla.2020.71.071>

Україна, обравши європейський вектор свого розвитку, намагається адаптувати вітчизняну систему місцевого самоврядування до європейських стандартів шляхом проведення ефективних реформ. Саме тому звернення до досвіду розвинених європейських країн у цій царині, залишається актуальним. Як відомо, у Франції зародилася і розвинулася континентальна модель місцевого самоврядування, що стала зразком для багатьох країн, зокрема, і для низки держав постсоціалістичного простору на шляху до розвитку демократії. До того ж досвід Франції щодо

об'єднання територіальних громад та їхнього співробітництва викликає особливе зацікавлення, оскільки в Україні сьогодні проводять масштабну муніципальну реформу.

Проблеми місцевого самоврядування, зокрема шляхи його становлення, нормативно-правове забезпечення, матеріально-фінансову основу, способи ефективного функціонування та раціонального реформування розглядають як українські вчені, так і зарубіжні науковці, серед них: П. Гураль, Р. Бедрій, В. Куйбіда, І. Заяць, О. Бориславська, М. Баймуратов, О. Батанов, П. Ворона, В. Грובה, Ж.-К. Немері, Ж. Марку, М. Верпо, Ф. Зерарі, Ж.-Б. Обі.

А втім, проблематика об'єднання територіальних громад в Україні досліджується здебільшого почасти і майже не розглядається зарубіжний, зокрема французький досвід у цій сфері.

Так, об'єднання територіальних громад у контексті правового забезпечення муніципальної реформи в Україні аналізує Р. Бедрій [1]. В. Куйбіда розглядає напрями стимулювання формування об'єднаних територіальних громад [2, с. 9]. Однак, вітчизняні автори, якщо і досліджують питання об'єднання комун, то, здебільшого, також частково, оскільки обмежуються одним із його аспектів. Зокрема, П. Ворона розглядає особливості врядування комун і департаментів, а добровільні об'єднання комун – як управлінський механізм подолання їхнього примусового злиття [3]. Натомість В. Грובה зосереджується на системі місцевого самоврядування Франції загалом, водночас зовсім не торкається теми об'єднання комун [4].

Зважаючи на ці обставини, питання добровільного об'єднання територіальних громад набуває актуальності саме в нинішній час, оскільки Україна намагається реформувати вітчизняну систему місцевого самоврядування, зокрема зменшити кількість громад шляхом їхнього об'єднання. Цим зумовлена мета статті – розглянути особливості добровільного об'єднання комун у системі місцевого самоврядування Франції з можливим застосуванням позитивного досвіду для реформування місцевого самоврядування і територіальної організації влади в Україні.

Система місцевого самоврядування, як і будь-яка відкрита система, є динамічною, саме тому її аналіз потрібно здійснювати з урахуванням особливостей муніципальної та адміністративної реформ, які свого часу вплинули на сучасний її стан. Керуючись цим, ставимо завдання з'ясувати, окрім основних компонентів, найбільш значущі етапи реформування та його нормативно-правову базу, що зумовило структуру французької системи, а також показати місце, яке посідають у ній об'єднання комун.

Передусім вважаємо необхідним уточнити вживання деяких термінів. Так, однією з особливостей французького законодавства про місцеве самоврядування є те, що в ньому немає конкретного визначення терміна *територіальна громада*. Усі рівні місцевого самоврядування (комуна, департамент і регіон) мають статус територіальної спільноти. Тому термін *територіальна громада* доцільно вживати щодо комуни. Зазначимо, що у французькій правовій літературі, а також у текстах нормативно-правових актів паралельно вживаються два терміни: *територіальна спільнота* (*collectivité territoriales*) і *місцева спільнота* (*collectivité locales*). Обидва терміни є синонімічними і взаємозамінними, тобто жодного розмежування, ані смислового, ані правового, між ними нема, хоча дискусії про це виникали неодноразово. Що стосується *об'єднання комун*, то цей термін вживаємо у широкому значенні для позначення як об'єднаних територіальних громад, так і об'єднань, створених на основі співробітництва між комунами.

У французькому законодавстві, на відміну від українського, немає окремої статті з експліцитним списком елементів системи місцевого самоврядування, як, наприклад, це зазначено у ст. 5 Закону «Про місцеве самоврядування в Україні». Тому компоненти цієї системи можемо виокремити насамперед з Конституції Французької Республіки та відповідних розділів Загального кодексу про територіальні спільноти.

Так, у ч. 1 ст. 72 Конституції подано такий перелік територіальних спільнот: комуни, департаменти, регіони, територіальні спільноти з особливим статусом і заморські спільноти. Хоча про об'єднання комун прямої згадки в Конституції немає, однак все ж можна виокремити імпліцитні диспозиції вжиті у цьому контексті. Наприклад, конституційне положення про те, що у випадку необхідності, замість однієї або кількох територіальних спільнот законом можуть створюватися інші спільноти, містить прив'язку до розуміння об'єднання територіальних спільнот радше у значенні простого об'єднання комун.

У ч. 4 зазначеної вище статті територіальні спільноти та їхні об'єднання згадано у контексті права на експеримент: «Відповідно до передбачених органічним законом умов, за винятком випадків виникнення загрози реалізації гарантованою Конституцією публічної свободи або права, територіальні колективи або їх об'єднання на основі закону або регламентарного акта можуть з метою експерименту і на обмежений період відступати від положень законів і регламентів, які регулюють реалізацію їх компетенції» [5, с. 47]. У ч. 5 ст. 72 зазначено можливість спільної діяльності територіальних спільнот та їхніх об'єднань для реалізації повноважень, які потребують залучення ресурсів кількох територіальних спільнот. Саме у цих двох останніх наведених вище положеннях Конституції йдеться про об'єднання територіальних спільнот, насамперед комун, на основі співробітництва між ними.

Що стосується Загального кодексу про територіальні спільноти, то він містить окремі розділи щодо кожного з компонентів системи місцевого самоврядування: ч. II – «Комуна», ч. III «Департамент», ч. IV «Регіон», ч. V «Міське співробітництво», в яких детально розписано повноваження усіх рівнів місцевого самоврядування, діяльність територіальних спільнот та їхніх органів, вибори депутатів місцевих та регіональних рад, повноваження та функціонування об'єднань комун тощо. Водночас територіальні спільноти різного рівня автономні, оскільки немає жодного підпорядкування та контролю між ними.

Зазначимо, що комуна є основним базовим компонентом цієї системи, на якій побудовано і реалізовано принцип децентралізації. Відтак, комуна наділена статусом територіальної спільноти з повноваженнями децентралізованого органу влади, адже мер комуни поєднує в собі функції очільника виконавчого органу громади і є представником центральної державної влади на відповідній території.

Окрім того, комуна є найменшим адміністративним утворенням. Комуни є дуже різноманітними як за розміром, так і за кількістю населення. Як відомо, Франція має найбільшу кількість територіальних громад у Європі, позаяк для французької моделі адміністративно-територіального поділу характерна велика кількість малонаселених комун. За офіційною статистикою, станом на 1 січня 2018 р. у Франції налічується 35 357 комун, 85 % становлять комуни з населенням менше 2000 мешканців, з них – 25,2 % комуни, кількість мешканців яких навіть не сягає 200 [6].

Оскільки свого часу французька держава не наважилася примусово об'єднати між собою невеликі, а отже, малоспроможні у матеріально-фінансовому забезпе-

ченні комуни, альтернативою стали реформи, спрямовані на добровільні об'єднання комун, які детальніше розглянемо нижче.

Поява департаментів, як і комун, у сучасному розумінні цих термінів, сягає часів Великої французької революції. Департаменти метрополії набули статусу територіальних спільнот ще 1871 року, а заморські департаменти – 1946 року, повноцінною територіальною спільнотою департаменти стали у 1982, коли було прийнято закон від 2 березня 1982 р. «Про права і свободи комун, департаментів і регіонів». Саме цим законом започатковано тривалий процес децентралізації.

Регіони створено лише 1956 року, значно пізніше, ніж комуни і департаменти, вони набули статусу територіальної спільноти 1982. За цим законом, скасовано жорсткий адміністративний контроль префекта за органами місцевого самоврядування. Поряд з комунами, департаменти і регіони також мають виборні представницькі органи, раду департаменту і регіональну раду відповідно. Як слушно зазначив П. Гураль, свого часу у Франції «відбулося поступове зміщення місцевого управління до самоврядування» [7, с. 39].

Що стосується територіальних спільнот, які мають особливий статус, то до них належать міста Париж, Марсель, Ліон, а також заморські спільноти. Колись Париж мав подвійний статус – комуни і департаменту одночасно, але відповідно до закону від 28 лютого 2017 року «Про статус Парижа та впорядкування метрополій», з січня 2019 року місто втратило статус департаменту. Натомість Корсика, якщо порівняти з іншими територіальними спільнотами з особливим статусом, наділена значно більшою автономією управління, зокрема повноваженнями у сфері захисту культурного надбання. З січня 2018 року Корсика стала єдиною територіальною спільнотою, утвореною шляхом злиття двох департаментів.

Доречно зазначити, що у Франції вже тривалий час ведуться дискусії про доцільність зменшення кількості не тільки комун, але й департаментів, аж до пропозицій щодо скасування останніх. Однак такі пропозиції свого часу не отримали схвального висновку. Так, у 2008 декретом тодішнього президента Республіки Н. Саркозі було створено Комітет з питань реформи місцевого самоврядування з метою скорочення кількості територіальних спільнот. Однак Комітет виступив не за об'єднання департаментів, а радше за переформатування та уточнення їхніх повноважень. Натомість висловився за цілковите скасування кантонів на заморських територіях Мартиніки і Гвіани та в метрополії Ліона, а на решті території – за скорочення їхньої кількості вдвічі. Нагадаємо, що кантон не є ні територіальною спільнотою, ні адміністративно-територіальною одиницею, а лише виборчим округом для обрання депутатів до ради департаменту. Водночас було запропоновано уточнити і розділити компетенцію різних рівнів місцевого самоврядування та посилити об'єднання комун на основі міжкомунального співробітництва [8].

Для всебічного аналізу французької моделі системи місцевого самоврядування необхідно також брати до уваги особливості перебігу процесу децентралізації, який з часом став конституційно закріпленою ознакою Франції як децентралізованої унітарної держави з республіканською формою правління. Відповідні зміни було внесено до Конституції у 2003 році, зокрема у ст. 1 закріплено децентралізований устрій держави.

Незважаючи на те, що процес децентралізації розпочато ще 1982 року, майже за 20 років до практичного втілення конституційної реформи 2003 року, сам факт закріплення принципу децентралізації в конституційних нормах спричинив багато критичних зауважень про загрозу поступової федералізації унітарної держави. У

цьому контексті французький автор Ж.-Б. Обі намагається проаналізувати питання правового співвідношення між принципами децентралізації та потенційною загрозою цих принципів для унітарної держави і доходить висновку, що якою б не була держава за формою територіальної організації, є певні межі процесу децентралізації. Саме через свою унітарність Франція залишається найбільш централізованою державою в Європі. Водночас це також і децентралізована держава, оскільки центральна влада найменше присутня саме на базовому рівні самоврядування [9, с. 13–15].

Поза тим процес децентралізації зумовлений насамперед економічною доцільністю, а не політичними мотивами. За таких обставин з боку держави правове та фінансове стимулювання комун до добровільного об'єднання також зумовлене передусім економічною необхідністю з метою вирішення конкретних завдань місцевого значення чи управління службами для ефективного надання послуг населенню.

У широкому сенсі комуни – природні общини, на основі яких згодом постали держави. Саме для комуни природним є те, що вони тяжіють до створення різного роду об'єднань [10, с. 213]. Адже у середні віки комунами називали маленькі міста чи містечка, за якими центральною владою було визнано право об'єднуватися задля отримання взаємної допомоги та захисту у разі зовнішнього нападу. Часто ця співпраця виходила за межі оборонного чинника і набувала рис торгово-економічних відносин.

Одним із важливих етапів формування нових об'єднань на основі співробітництва між комунами започатковано законом від 12 липня 1999 року «Про посилення і спрощення міжкомунального співробітництва». Цей закон створив механізми щодо раціоналізації місцевого самоврядування, зокрема, умови для сприяння об'єднанням комун на добровільній основі завдяки потужній фінансовій підтримці з боку держави у формі дотацій на об'єднання. Надалі посилення міжкомунального співробітництва здійснюється за двома напрямками: розширення географічних периметрів за рахунок підняття мінімального демографічного порогу для створення об'єднання, тобто залучення до співпраці якнайбільшої кількості комун, та збільшення переліку повноважень таких об'єднань [11].

Наступним значним законодавчим актом, який закріпив об'єднання комун шляхом злиття територіальних громад для створення нової комуни (*commune nouvelle*) на основі простого об'єднання став закон від 16 грудня 2010 року «Про реформу територіальних спільнот» (*Loi n°2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales*). А закон від 16 березня 2015 року доповнив і змінив режим створення нових комун, дозволивши комунам зберігати за собою статус так званої делегованої комуни. Закон охоплює дві можливі ситуації, як для об'єднаної територіальної громади, так і для колишніх громад, які утворили це об'єднання, тобто нову комуну: 1) припинення діяльності комун, які увійшли до складу об'єднаної територіальної громади; 2) збереження за комунами статусу делегованих комун. У такому випадку назва комуни, що приєдналася до об'єднаної територіальної громади, зберігається, і вона має право на свою мерію в статусі делегованої комуни на відповідній території. Тож, делегована комуна залишає за собою назву в межах адміністративних кордонів комуни, що увійшла до об'єднаної комуни, але втрачає статус повноцінної територіальної спільноти. Призначає нового мера виборний орган нової об'єднаної комуни. Мери комун, які об'єдналися, мають статус делегованих мерів до моменту проведення подальших чергових виборів [12].

Натомість закон від 7 серпня 2015 року (Loi n°2015-991 du 7 août 2015 portant la nouvelle organisation territoriale de la République) надав можливість комунам, які мають намір вступити до об'єднання комун, але не можуть це зробити з огляду на те, що чинні правові норми створюють певні умови, яких вони через об'єктивні обставини, що склалися, не можуть дотриматися. Так, незважаючи на те, що положеннями згаданого закону встановлено поріг мінімальної загальної кількості населення в 15 000 для створення об'єднань на основі співпраці між комунами, все ж зроблено поправку на зони з невеликою густиною населення, для яких такий поріг може знижуватися до 5 000.

Як резонно зауважив французький автор Ж. Марку, нині спільноти міжкомунального співробітництва охоплюють значно більшу кількість населення ніж колись, але загальна кількість спільнот з власним оподаткуванням поступово зменшується, це свідчить про їхнє укрупнення [14, с. 57]. Водночас він схвально сприймає реформу на комунальному рівні, але критикує об'єднання таких крупних територіальних спільнот, як департаменти чи регіони, вважаючи, що вони не мають жодної доцільності, а спричинені швидше політичними мотивами [14, с. 60]. Адже доцільність об'єднань полягає насамперед в можливості надання управлінських послуг якнайближче до населення, що найкраще може забезпечуватися на рівні історичних комун.

Отже, станом на 1 січня 2020 року територія французької держави поділена на: 18 регіонів (13 на території метрополії та 5 – у заморських департаментах); 101 департамент (96 у метрополії та 5 заморських) і 34 968 комун. Якщо в 1999 році у Франції налічувалося 36 679 комун, то до 2020 року їхня кількість скоротилася на 1 711, значною мірою завдяки об'єднанню комун [15].

Підсумовуючи нашу розвідку щодо системи місцевого самоврядування Франції, можемо зробити висновок, що об'єднання комун, як простого характеру, так і об'єднання на основі міжкомунального співробітництва, є важливим компонентом структури сучасної моделі самоврядування Франції. Розширення меж співробітництва та різноманітні правові опції щодо таких об'єднань сприяють не лише зменшенню кількості дрібних комун, але й надають можливості територіальним громадам підвищити ефективність їхнього врядування, не в останню чергу через підтримку з боку державної влади. Однак, децентралізаційні процеси частково призводять до заміни владних повноважень комун на владні повноваження об'єднань комун. На разі важко спрогнозувати, чи така динаміка зростання об'єднань на основі співробітництва комун не замінить класичну концепцію французької моделі самоврядування. Зацікавленість держави у зростанні і посиленні об'єднань комун свідчить про те, що такі структури є ефективними, і можуть бути дієвим засобом для зростання рівня розвитку територій.

Список використаних джерел

1. *Бедрій Р.* Правове забезпечення муніципальної реформи в Україні // Вісник Львівського університету. 2019. С. 132–141. (Серія юридична; вип. 68).
2. *Ворона П.* Комуна як базова ланка місцевого самоврядування Франції // Науковий вісник Демократичне врядування. 2009. Вип. 3. URL: http://lvivacademy.com/-vidavnistvo_1/visnik3/fail/+Vorona.pdf. (Дата звернення 30.08.2020 р.).
3. *Грובה В. П.* Система місцевого самоврядування Франції: досвід для України // Науковий вісник Ужгородського національного університету. 2015. С.108–112. (Серія: Право; вип. 32(1)).

4. Гураль П. Ф. Органи місцевого самоврядування у зарубіжних країнах. Львів: Каменяр, 2017. 148 с.
5. Куйбіда В. С. Напрями та пріоритети муніципальної реформи в Україні // Муніципальна реформа в контексті євроінтеграції України: позиція влади, науковців, профспілок та громадськості: тези доповідей Всеукраїнської науково-практичної конференції 8 грудня 2017 р. Київ: ТОВ «ВІ ЕН ЕЙ ПРЕС», 2017. С. 8–12.
6. Шаповал В. М. Конституція Французької Республіки. Київ: Центр політико-правових реформ, 2018. 56 с.
7. Auby J-B. La décentralisation et le droit. Paris : LGDJ, 2006. 152 p.
8. Collectivités locales : les chiffres clés 2020. URL: <https://www.vie-publique.fr/en-bref/274478-les-chiffres-cles-des-collectivites-locales-2020>. (Дата звернення 25.09.2020 р.).
9. Le Lidec P. La réforme des collectivités territoriales sous Sarkozy. Entre (mise en scène du) volontarisme et incrémentalisme // Politique publique. Presses de sciences Po, 2012. P. 189–210.
10. Les chiffres clés des collectivités locales. URL: https://www.collectivites-locales.gouv.fr/files/files/statistiques/brochures/chapitre_1_-_les_chiffres_cles_des_collectivites_locales_1.pdf. (Дата звернення 15.09.2020 р.).
11. Loi n° 2015-292 du 16 mars 2015 relative à l'amélioration du régime des communes nouvelles, pour des communes fortes et vivantes // JORF, 2015. № 0064 du 17 mars. NOR: RDX1423975L.
12. Loi n°99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale // JORF, 1999. № 160 du 13 juillet. P. 10361.
13. Marcou G. Le système français d'administration territoriale après la Réforme / G. Marcou // Droit et gestion territoriale, Les élections locales françaises 2014–2015. 2016. Tom 36. P. 55–67.
14. Zerari F. L'évaluation de l'autonomie des collectivités territoriales dans les systèmes juridiques d'inspiration française // Les annales de droits. 2018. № 12. P. 211–227.

References

1. Bedriy, R. (2019). Pravove zabezpechennia munitsypalnoi reformy v Ukraini. *Visnyk Lvivskoho universytetu. Seria yurydychna*, vyp. 68, 132–141.
2. Vorona, P. (2009). Komuna yak bazova lanka mistsevoho samovriaduvannia Frantsii. *Naukovyi visnyk Demokratyčne vriaduvannia*, vyp. 3. Retrieved from http://lvivacademy.com/vidavnistvo_1/visnik3/fail/+Vorona.pdf
3. Hrobova, V. P. (2015). Systema mistsevoho samovriaduvannia Frantsii: dosvid dla Ukrainy. *Naukovyi visnyk Uzhorodskoho universytetu. Seria pravo*, vyp. 32 (1), 108–112.
4. Hural, P. F. (2017). *Orhany mistsevoho saovriaduvannia u zarubizhnykh krainakh*. Lviv: Kameniar.
5. Kuibida, V. S. (2017). Napriamy ta priorytety munitsypalnoi reformy v Ukraini. *Munitsypalna reforma v konteksti yevrointehratsii Ukrainy: pozytsia vlady, naukovtsiv, profspilok ta hromadskosti. Tezy dopovidei Vseukrainskoi nauково-praktychnoi konferentsii 8 hrudnia 2017 r.* Kyiv: TOV «VI EN EI PRES», 8–12.
6. Shapoval, V. M. (2018). *Konstytutsia Frantsuzkoi respubliky*. Kyiv: Tsentr polityko-pravovykh reform.
7. Auby, J-B. *La décentralisation et le droit*. Paris: LGDJ, 2006. 152 p.
8. *Collectivités locales: les chiffres clés 2020*. Retrieved from <https://www.vie-publique.fr/en-bref/274478-les-chiffres-cles-des-collectivites-locales-2020>. (access mode 25.09.2020 p.).

9. Le Lidec, P. (2012). La réforme des collectivités territoriales sous Sarkozy. Entre (mise en scène du) volontarisme et incrémentalisme. *Politique publique. Presses de sciences Po*, 189–210.
10. *Les chiffres clés des collectivités locales*. Retrieved from https://www.collectivites-locales.-gouv.fr/files/files/statistiques/brochures/chapitre_1-les_chiffres_cles_des_collectivites_-locales_1.pdf. (access mode 15.09.2020 p.).
11. Loi n° 2015-292 du 16 mars 2015 relative à l'amélioration du régime des communes nouvelles, pour des communes fortes et vivantes. *JORF*, 2015. № 0064 du 17 mars. NOR: RDX-1423975L.
12. Loi n°99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale. *JORF*, 1999. № 160 du 13 juillet. P. 10361.
13. *Marcou, G.* (2016). Le système français d'administration territoriale après la Réforme. *Droit et gestion territoriale, Les élections locales françaises 2014–2015. T. 36*, 55–67.
14. *Zerari, F.* (2018). L'évaluation de l'autonomie des collectivités territoriales dans les systèmes juridiques d'inspiration française. *Les annales de droits, № 12*, 211–227.

ASSOCIATION OF COMMUNES AS A COMPONENT OF THE FRENCH SYSTEM OF LOCAL SELF-GOVERNMENT

M. Kaminska

*Ivan Franko Lviv National University,
1, Universytetska Str., Lviv, Ukraine, 79000,
mar_kam@ukr.net*

In the article, the main features of the French system of local self-government are considered. It is found that the association of communes, along with such levels of local self-government as communes, departments, regions and territorial communities with a special status, is an important component of this system.

The main components of this system are described and it is found that territorial communities of different levels are autonomous, as there is no subordination and control between them. The position of association of communes in the system of local self-government is also determined. It is found that the French state, despite being the undisputed leader among other European countries by the number of small and sparsely populated communes, instead of forcibly consolidating territorial communities, prefers their voluntary unification.

The influence of the process of decentralization as well as the main stages of municipal and administrative reforms on the development of the association of territorial communities is also analyzed. The normative-legal basis of the reform, which determined the structure of the French system of local self-government, is considered.

Particular attention is paid to the legislative consolidation of the mechanisms of unification of communes, in particular, the law on strengthening and simplifying inter-communal cooperation, the law on reforming territorial communities as well as the law on the new territorial organization of the Republic.

It is found that the unification is formed not only through merging several territorial communities into one and then creating a new commune on their basis, but primarily on the principles of the development of intercommunal cooperation.

It is considered that, in the second direction, the French legislation offers a number of types of association of communes. After all, the expansion of cooperation and various legal forms of such associations provide an opportunity for local communities not only to preserve their identity, but also to increase the efficiency of government to provide qualified services to the population.

Having considered the results obtained, it is concluded that the French state contributes in every way to the development of voluntary associations of communes, especially supports such associations, which are created on the basis of intercommunal cooperation. This suggests that such structures are effective and can be an effective means of leveling territories development. In view of the above, the positive experience of the French state can be used to reform local self-government and territorial organization of power in Ukraine as well as used for further research in this area.

Keywords: territorial communities, department, region, intercommunal cooperation, municipal reform.

*Стаття: надійшла до редакції 15.09.2020
прийнята до друку 12.11.2020*

АДМІНІСТРАТИВНЕ І ФІНАНСОВЕ ПРАВО

УДК 347.998.85

ПРАВО НА ЗВЕРНЕННЯ ДО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ: ДОСВІД ПОЛЬЩІ ТА НІМЕЧЧИНИ ДЛЯ УКРАЇНИ

Н. Янюк

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, Львів, Україна, 79000,
e-mail: nataliya.yanyuk@lnu.edu.ua*

Доведено, звернення до адміністративного суду є важливим способом захисту, але широке використання альтернативних засобів урегулювання публічно-правових спорів дасть можливість зменшити завантаженість національних адміністративних судів, з одного боку, а з іншого – зосередитися на складних справах. Головними перевагами альтернативних засобів урегулювання публічно-правових спорів, залежно від справи, є простіші та гнучкіші процедури, що уможливають швидше й дешевше врегулювання спору в розумні строки. Адміністративне оскарження є обов'язковим за законодавством про адміністративне судочинство у Польщі та Німеччині. Особа може звернутися до адміністративного суду лише після оскарження акта, дій, бездіяльності до органу публічної влади. Порядок адміністративного оскарження має встановлюватися у Законі про адміністративну процедуру.

На основі аналізу документів Ради Європи, стану правового регулювання судового оскарження у Польщі та Німеччині, було сформульовано пропозиції змін до КАС України про обов'язковість попереднього адміністративного оскарження в окремих категоріях справ.

Ключові слова: адміністративне оскарження, адміністративний позов, публічна влада, публічно-правовий спір, судове рішення.

DOI: <http://dx.doi.org/10.30970/vla.2020.71.080>

Вступ. Право на судовий захист є найвищою формою захисту конституційних прав, свобод, інтересів особи і закріплене у Конституціях більшості країн, у тому числі в ст.55 Конституції України. Аналіз статті дає підстави виділити матеріальні і процесуальні моменти, які має врахувати держава для забезпечення реалізації цього права. До матеріальних варто зачислити наявність системи національних судів, створених у визначеному законом порядку і укомплектування їх професійними суддями; а до процесуальних – прийняття процесуального закону, на підставі якого відбувається звернення до суду і судовий розгляд справи, що завершується прийняттям судового рішення. Ці вимоги пов'язані зі ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року (далі – Конвенція), в якій ідеться про «незалежний і безсторонній суд, встановлений законом» [2].

Таке питання вже ставало предметом розгляду Європейського суду з прав людини. Так, справа «Zand v. Austria», заява №7360/76, хоча і стосувалася вирішення трудового спору, однак виявила важливе питання щодо розуміння «суду, встановленого законом» як гарантії звернення до суду. У доповіді Європейської комісії з прав людини від 12 жовтня 1978 року наголошено на важливості форму-

вання суду саме на підставі і відповідно до закону [1]. Подібно у п. 24 Рішення у справі «Сокурєнко і Стригун проти України» ЄСПЛ також звертає увагу на те, що суд має існувати на підставі норми і дотримуватися норм, які регулюють його діяльність [12]. Сформовану позицію ЄСПЛ сьогодні враховують у практиці національних судів, а відтак, вона стала викликом для держави переглянути законодавство про судоустрій і статус суддів і унормувати відповідно до частини 1 ст. 6 Конвенції.

Держава має визначити умови, підстави і послідовність дій щодо забезпечення звернення до суду, так би мовити алгоритм звернення *кожного*. Водночас держава має подбати про існування альтернативних способів вирішення публічно-правових спорів. Найпоширенішим з них є адміністративне оскарження, яке є менш затратним для особи, оптимальніше у стадіях розгляду, оперативніше у строках. Адміністративний орган, який вирішує справу по суті, має право прийняти рішення, яке безпосередньо врегулює спірну ситуацію. У деяких країнах законодавчо передбачено адміністративне оскарження як обов'язкову умову звернення до адміністративного суду. Це дає змогу розвантажити суди, які розглядають публічно-правові спори, і забезпечити «справедливий і публічний розгляд... справи упродовж розумного строку», як визначено у ст. 6 Конвенції. Цікавим є досвід тих країн, де існує система адміністративних судів і де законодавством передбачено обов'язкове адміністративне оскарження, зокрема Польщі і Німеччини.

Постановка проблеми. Враховуючи позитивний досвід Німеччини і Польщі, визначити особливості адміністративного оскарження як передумови реалізації права звернення до адміністративного суду. Проаналізувати правові підстави для використання в Україні обов'язкового досудового способу врегулювання публічно-правового спору.

Вклад основного матеріалу. Під час вибору власної моделі адміністративної юстиції Україна пройшла досить складний шлях – від наукових дискусій до гострих політичних дебатів. Тривалий час ставилася під сумнів можливість формування такої моделі, однак Конституція України 1996 року заклала правову основу для цього. Відповідно до ст. 8 Конституції України в державі гарантується право на судовий захист конституційних прав і свобод людини і громадянина. Це поклало на державу обов'язок створення такої системи, яка б надала реальний судовий захист «шляхом забезпечення своєчасного та якісного розгляду конкретних справ», а згідно зі ст. 22 Конституції України їхній перелік не є вичерпним. Про це йшлося у Постанові Верховного Суду України «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» від 1 листопада 1996 року [8].

Розглядаючи справу громадянки Г. П. Дзюби щодо права на оскарження в суді неправомірних дій посадової особи, Конституційний Суд України у своєму Рішенні від 25 листопада 1997 року звернув увагу на те, що ні ст. 55 Конституції України, ні положення чинної на той час Глави 31-А ЦПК України «не визначають, які саме рішення, дії чи бездіяльність органів державної влади і місцевого самоврядування чи посадових і службових осіб можуть бути оскаржені і встановлюють принцип, відповідно до якого в суді можуть оскаржуватися будь-які рішення, дії та бездіяльність» [13]. Це підтверджує ст. 124 Конституції України, якою визнано, що «юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір». Відтак, конституційні норми жодним чином не обмежували створення адміністративних судів.

Значний вклад у формуванні цієї моделі внесли такі відомі представники адміністративного права як: В. Б. Авер'янов, В. М. Бевзенко, Ю. П. Битяк, О. В. Муза, А. Т. Комзюк, О. М. Пасєнюк, Ю. С. Пєдько, В. Г. Перепєлюк, Н. Б. Пи-

саренко, В. С. Стефанюк, Г. Й. Ткач, В. І. Шишкін та багато ін. Активну участь у підготовці нормативної бази взяли представники Центру політико-правових реформ, серед яких І. Б. Коліушко, Р. О. Куйбіда та ін. Згодом почали з'являтися нові питання, зокрема й ті, які були пов'язані із реалізацією права звернення до адміністративного суду, зокрема, подавши позовну заяву, особа має право одночасно звернутися із заявою про вжиття судом заходів зі забезпечення адміністративного позову.

Свого часу результатом копіткої праці та досліджень, у тому числі законодавства і судової практики інших країн, стало прийняття в Україні у 2005 р. Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України). Минуло півтора десятка років відтоді й сьогодні у КАС України вже двічі вносилися серйозні зміни – у 2010 і 2017 роках, що свідчить про подальшу роботу над удосконаленням процесу, аби сприяти адміністративним судам у виконанні головного завдання – забезпечення реального захисту прав, свобод, законних інтересів особи у публічно-правовій сфері. У ч. 1 ст. 6 КАС України (2005 року, у першому варіанті) було проголошено: «Кожному гарантується право на захист прав, свобод та інтересів незалежним і неупередженим судом». Однак такий припис не конкретизував сферу реалізації права на захист, тому з урахуванням завдань адміністративного судочинства у 2010 році, після оновлення законодавства про судоустрій і статус суддів, згадане положення ст. 6 КАС України було викладено у новій редакції: «Кожна особа має право в порядку, встановленому цим кодексом, звернутися до адміністративного суду, якщо вважає, що рішенням, дією чи бездіяльністю суб'єкта владних повноважень порушені її права, свободи або інтереси». Це дало змогу окреслити сферу реалізації права на захист під час звернення до адміністративного суду.

Після внесення змін до процесуального законодавства у жовтні 2017 року, у тому числі й до КАС України, законодавець уточнив можливі способи судового захисту особи у разі її звернення до адміністративного суду, виклавши ці положення у ч. 1 ст. 5 КАС України, відповідно до чого особа може просити адміністративний суд про захист своїх прав, свобод або законних інтересів шляхом: «1) визнання протиправним та нечинним нормативно-правового акта чи окремих його положень; 2) визнання протиправним та скасування індивідуального акта чи його окремих положень; 3) визнання дій суб'єкта владних повноважень протиправним та зобов'язання утриматися від вчинення певних дій; 4) визнання бездіяльності суб'єкта владних повноважень протиправною та зобов'язання вчинити певні дії; 5) встановлення наявності чи відсутності компетенції (повноважень) суб'єкта владних повноважень; 6) прийняття судом одного з рішень, визначених у пунктах 1–4 цієї частини та стягнення з відповідача – суб'єкта владних повноважень – коштів на відшкодування шкоди, заподіяної його протиправними рішеннями, дією або бездіяльністю». Водночас слушно зазначено, що захист може здійснюватися судом в інший спосіб, який не суперечить закону (ч. 2. ст. 5 КАС України).

Звернутися до суду може кожна особа, чи то громадянин України, чи іноземець, чи особа, яка не має підтвердження громадянства жодної держави. Підставою звернення є той факт, що особа *«вважає, що суб'єкт владних повноважень порушив її права, свободи чи інтереси у сфері публічно-правових відносин з боку»*. Умовою самостійно звернутися до адміністративного суду є наявність в особі адміністративної процесуальної правосуб'єктності згідно зі ст. 43 КАС України. Звернення до адміністративного суду відбувається безпосередньо шляхом подання

позовної заяви. Сьогодні інших фільтрів у час звернення до адміністративного суду Кодексом не передбачено.

Справедливо визнати, що до основних способів забезпечення реалізації права особи на захист від порушень у сфері публічно-правових відносин є, закріплене Конституцією та законами України право особи на: по-перше, звернення із адміністративною скаргою (оскарження в адміністративному (досудовому) порядку шляхом подання скарги у порядку підлеглості до органу чи посадової особи вищого рівня; по-друге, звернення з позовною заявою до адміністративного суду [6, с. 138]. Адміністративне оскарження є механізмом (формою) позасудового захисту особи у відносинах з органами публічної влади, їх посадовими і службовими особами з адміністративним позовом, про що згадують: М. В. Лошицький, Д. В. Лученко, М. І. Поворознюк, В. П. Тимошук та ін. Вагомий внесок у розвиток цього питання зробив Д. В. Лученко, виклавши свої результати наукового дослідження у докторській дисертації «Інститут оскарження в адміністративному праві» [4].

Варто зауважити, що, розглядаючи скаргу, адміністративний орган може змінити попереднє рішення або ж дати вичерпні роз'яснення щодо прийнятого органом рішення, а така поінформованість може допомогти усунути спірний момент. Адміністративне оскарження може «зняти конфлікт між органом влади чи його уповноваженою особою і громадянином без звернення до адміністративного суду» [15, с. 88] Проте сьогодні ще існує прогалина у належному регулюванні питання адміністративного оскарження, зокрема загальним актом залишається Закон України «Про звернення громадян» 1996 року, але його не може вважати достатнім правовим підґрунтям у вирішенні адміністративних справ у досудовому провадженні. Тому існує гостра необхідність пришвидшити остаточне прийняття Закону «Про адміністративну процедуру», який регулюватиме розгляд скарги, що є простішим від судового розгляду. Закон «Про адміністративну процедуру» має сприяти врегулюванню публічно-правових конфліктів ще до звернення особи до адміністративного суду.

Кількість справ в адміністративних судах залишається високою, до того ж спостерігається поява нових категорій публічно-правових спорів, які належать до юрисдикції адміністративного суду. Варто взяти до уваги, що навіть ті справи, які вирішуються у спрощеному судовому провадженні, потребують певного часу для вирішення і оформлення рішення. А для повного захисту прав особи, на користь якої винесено судове рішення, досить часто доводиться ще чекати, щоб воно було виконане органом публічної влади. Дедалі частіше постає питання про необхідність переглянути чинне законодавство з метою обґрунтованого запровадження фільтрів для звернення до адміністративного суду, зокрема ним може бути попереднє адміністративне оскарження. Порівняльно-правовий аналіз досвіду деяких країн ЄС дав можливість виявити позитивні сторони у регулюванні таких відносин, а відтак, варто їх запозичити з урахуванням національних особливостей.

Наприклад, ознайомлення зі системою адміністративних судів Польщі зумовлено як спільним історичним минулим, так і сусідськими відносинами, що дало змогу проводити спільні заходи з обміну досвідом. У ст. 45 Конституції Республіки Польщі проголошено «право кожного на справедливий, відкритий і без необґрунтованого перенесення розгляд справи компетентним, незалежним і неупередженим судом, що визначає звернення до суду за захистом своїх прав» [3]. Оскільки з органами публічної влади стикається у своєму житті кожна особа, а отже, ймовірність виникнення спорів за участю цих органів чи їхніх посадових осіб (чи

інших представників) доволі висока, тому питання реалізації права на звернення до суду за захистом від неправомірних рішень, дій чи бездіяльності органів публічної влади часто посідає окреме місце у законодавчому регулюванні. Вивчення досвіду Польщі засвідчило, що ефективним є попередній розгляд скарги в адміністративному органі, що передує зверненню до адміністративного суду. У Польщі діє Кодекс адміністративного провадження (від 14 червня 1960 року з подальшими змінами), який визначає порядок розгляду скарг і пропозицій в органах публічної влади (в державних органах, органах територіального самоврядування, в органах громадських організацій) (ст. 2 Кодексу). Згідно зі ст. 15 Кодекс адміністративного провадження Республіки Польщі (*Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego*) [16] адміністративне провадження є двохінстанційним. У разі, якщо особа вважає, що її скарга не вирішена, то надалі з метою захисту порушених прав, вона може звернутися до адміністративного суду.

Відповідно до ст. 52 Закону про адміністративне судочинство Республіки Польщі від 30 серпня 2002 р. з подальшими змінами (*Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi*) скарга до адміністративного суду (позов) може бути поданий після того, коли будуть використані засоби адміністративного оскарження. У ст. 53 цього ж Закону передбачено, що скарга до адміністративного суду вноситься протягом 30 днів від часу розгляду справи органом публічної влади. Орган публічної влади, розглянувши адміністративну скаргу, може вчинити дії, про які просить особа, відповідно не доводячи справу до судового розгляду [17].

Німецька адміністративна юстиція тримається на конституційній гарантії права звернення до суду, що передбачено ст. 19 абз. 4 Основного закону. На підставі цієї норми «громадянину, котрий має справу з актами публічної влади, яка вторгається в його захищену основними правами приватну сферу, відкрита дорога конституційної гарантії звернення до незалежних судів, представлених у сфері адміністративного права адміністративними судами» [5, с. 11]. Певні фільтри під час звернення до адміністративного наявні за законодавством Німеччини. Відповідно до §68 КАС ФРН перед поданням позову про визнання акту недійсним і позову про присудження до прийняття адміністративного акту, зазвичай «законність і доцільність адміністративного акту або відмова видати або його невидання перевіряються на рівні відповідного адміністративного органу» [14, с. 88].

Можливість визначення додаткових процесуально-правових фільтрів під час звернення до адміністративного суду передбачена і в актах Ради Європи. У Рекомендації № R (86) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо заходів з попередження і зменшення надмірного робочого навантаження в судах наголошено на тому, що важливе значення має примирення сторін або «інші способи врегулювання спорів поза рамками судового провадження» [11].

У Рекомендації № R (81) 7 Комітету Міністрів щодо заходів, що полегшують доступ до правосуддя, зазначено, що «судове провадження нерідко має такий складний, тривалий і вартісний характер», тому звернуто увагу на те, щоб «вжити заходів зі сприяння примиренню або, де це належно, заохочення сторін до примирення або дружнього врегулювання спору до започаткування судового провадження або в його ході». На державу покладено обов'язок проінформувати «громадськість про місцезнаходження і компетенцію судів, а також про порядок звернення до суду або ж захисту своїх інтересів у судовому порядку» [10]. Хоча у Рекомендації не йдеться безпосередньо про адміністративне оскарження, але й немає застережень щодо його запровадження.

Про переваги альтернативних способів врегулювання адміністративних спорів ідеться у Рекомендації № R (2001) 9 Комітету Міністрів Ради Європи щодо альтернатив судовому розгляду спорів між адміністративними органами – приватними особами зазначено, що до них віднесено «більш прості та гнучкі процедури, що вможливають швидше й дешевше врегулювання спору, дружнє врегулювання, врегулювання спорів за участю експертів, вирішення спорів на засадах справедливості, а не тільки відповідно до суворих правових норм, і більш широкі межі розсуду» [9]. Хоча й у цій Рекомендації окремо не згадано про адміністративне оскарження. Однак такий процесуальний фільтр права звернення до адміністративного суду спрямований на оперативне вирішення спірних питань і прийняття рішень без судового розгляду, який завжди є більш затратний у часі і в коштах як для особи, так і для держави. Попри існування законодавчо встановленого судового контролю за виконанням судових рішень (ст. 382 КАС України), механізм виконання є складним, зокрема, коли стосується виконання судових рішень колегіальними органами.

Судовий захист буде ефективнішим, якщо кількість справ в адміністративних судах зменшиться і судді зможуть зосередитися на вирішенні тих складних справ чи тих, які не були вирішені під час розгляду скарги органом публічної влади. До національних адміністративних судів надходять справи, які могли бути вирішені по суті у разі розгляду адміністративної скарги. Судді адміністративних судів Польщі діляться досвідом про те, що до суду надходить лише близько 10 % справ, а інших – вирішуються адміністративним органом.

У ст. 124 Конституції України (у редакції 2016 року) передбачено: «Законом може бути визначений обов'язковий досудовий порядок врегулювання спору». У главі 4, розділу II КАС України (в редакції 2017 р., зі змінами) визначено підстави і порядок врегулювання спору за участю судді. Проте формулювання «досудовий порядок» має ширше значення і може стосуватися також: примирення, медіації, адміністративного оскарження чи інших способів, які дають можливість вирішити спір ще до звернення в суд. Наприклад, до 2017 року оскаржити рішення конкурсних комісій тривалий час можна було лише в адміністративному порядку до керівника органу, тепер встановлений і судовий порядок оскарження (п. 9 ст. 19 КАС України).

Сьогодні на розгляді у Верховній Раді України знаходиться проект Закону «Про адміністративну процедуру». Викладені у проекті підстави для звернення особи за захистом своїх прав в адміністративному порядку подібні до тих, які визначені в КАС України при зверненні до адміністративного суду [7], а це слугує додатковим аргументом на користь можливого законодавчого закріплення адміністративного оскарження як передумови звернення до адміністративного суду.

Висновки. У процесі проведеного аналізу документів Ради Європи та стану правового регулювання судового оскарження у Польщі та Німеччині, було вироблено такі пропозиції щодо удосконалення законодавства України: по-перше, в КАСУ України закріпити види справ, щодо яких попереднє адміністративне оскарження є обов'язковою умовою звернення до адміністративного суду, і по-друге, ухвалити процедурний Закон «Про адміністративну процедуру», який би визначив порядок адміністративного оскарження і прийняття рішення.

Видається, що це надасть більше можливості суддям адміністративних судів зосередитися на вирішенні таких груп справ: 1) які не можуть розглядатися у спрощеному провадженні; 2) щодо яких не може бути адміністративного оскарження (через відсутність вищого органу влади); 3) щодо яких, на думку скаржника, рішенням за результатами адміністративного оскарження, не забезпечено належного

захисту. Використання адміністративного оскарження як передумови звернення до адміністративного суду жодним чином не звужує конституційного права особи на звернення до адміністративного суду, а лише сприятиме ефективному захисту у розумні строки порушених органом публічної влади прав, свобод, інтересів.

Список використаних джерел

1. Доповідь Європейської комісії з прав людини від 12 жовтня 1978 р. у справі «Zand v. Austria», заява №7360/76 URL: https://www.legislationline.org/download/id/4074/file/-ZAND%20v%20AUSTRIA_1978.pdf.
2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text
3. Конституція Польської Республіки (із передмовою Володимира Шаповала). Київ: Москаленко О.М., 2018. 84 с.
4. *Лученко Д. В.* Інститут оскарження в адміністративному праві: дис... на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук (спеціальність 12.00.07 «адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право». Харків, 2001. 457 с.
5. *Манн Т., Мельник Р., Бевзенко В., Комзюк А.* Адміністративний процес: загальна частина (Федеративна Республіка Німеччини, Україна): науково-практичний посібник / за заг. ред. Бевзенка В. Київ: Алерта, 2013. 308 с.
6. *Поворознюк М. І.* Адміністративний позов у системі засобів захисту прав громадянина у сфері публічно-правових відносин // Часопис Київського університету права. 2017. № 3. С. 137–145.
7. Про адміністративну процедуру: Проект Закону України від 14.05.2020. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68834
8. Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя: Постанова Верховного Суду України від 1 листопада 1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-96#Text>
9. Рекомендації № R (2001) 9 Комітету Міністрів Ради Європи щодо альтернатив судовому розгляду спорів між адміністративними органами – приватними особами. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/Rec_2001_9_2001_09_05.pdf
10. Рекомендація № R (81) 7 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо заходів, що полегшують доступ до правосуддя. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_133#Text
11. Рекомендація № R (86) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо заходів з попередження і зменшення надмірного робочого навантаження в судах. URL: http://www.arbitr.gov.ua/files/pages/pd07072014_5.pdf
12. Рішення ЄСПЛ у справі «Сокурєнко і Стригун проти України» від 20 липня 2006. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_115#Text
13. Рішення Конституційного Суду України (щодо справи на оскарження в суді неправомірних дій посадової особи, від 25 листопада 1997 року). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-97#Text>
14. *Штелькенс П.* Адміністративне судочинство Німеччини // Збірник матеріалів № 2 «Адміністративні процедури і адміністративне судочинство в Німеччині». Німецький Фонд міжнародного правового співробітництва. Київ, 2009. 180 с.
15. *Янюк Н. В.* Право громадянина на звернення до органів влади: форми його реалізації // Вибори та демократія. 2006. №1 (7). С. 85–89.
16. Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego. URL: <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19600300168> //

17. Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. URL: <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20021531270/U/D20021270Lj.pdf>

References

1. *Dopovid Yevropeiskoi komisii z prav liudyny vid 12 zhovtnia 1978 r. u spravi «Zand v. Austria»*, zaiava №7360/76 Retrieved from https://www.legislationline.org/download/id/4074/file/ZAND%20v%20AUSTRIA_1978.pdf.
2. *Konventsiiia pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod 1950 r.* Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text
3. *Konstyutsiia Polskoi Respubliki (iz peredmovoiiu Volodymyra Shapovala)*. (2018). Kyiv: Moskalenko O.M..
4. Luchenko, D. V. (2001). *Instytut oskarzhennia v administratyvnomu pravi: dys... na zdobuttia naukovooho stupenia doktora yurydychnykh nauk (spetsialnist 12.00.07 «administratyvne pravo i protses; finansove pravo; informatsiine pravo»*. Kharkiv.
5. Mann, T., Melnyk, R., Bevenko, V., Komziuk, A. (2013). *Administratyvnyi protses: zahalna chastyna (Federatyvna Respublika Nimechchyny, Ukraina): nauково-praktychnyi posibnyk /za zah. red. Bevenka V.* Kyiv: Alerta.
6. Povorozniuk, M. I. (2017). Administratyvnyi pozov u systemi zasobiv zakhystu prav hromadianyna u sferi publichno-pravovykh vidnosyn. In: *Chasopys Kyivskoho universytetu prava, № 3*, 137–145.
7. *Pro administratyvnu protseduru: Proekt Zakonu Ukrainy vid 14.05.2020*. Retrieved from http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68834
8. *Pro zastosuvannia Konstytutsii Ukrainy pry zdiisnenni pravosuddia: Postanova Verkhovnoho Sudu Ukrainy vid 1 lystopada 1996 r.* Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-96#Text>
9. *Rekomendatsii № R (2001) 9 Komitetu Ministriv Rady Yevropy shchodo alternatyv sudovomu rozghliadu sporiv mizh administratyvnymi orhanamy – pryvatnymi osobamy*. Retrieved from https://supreme.court.gov.ua/userfiles/Rec_2001_9_2001_09_05.pdf
10. *Rekomendatsiia № R (81) 7 Komitetu Ministriv Rady Yevropy derzhavam-chlenam shchodo zakhodiv, shcho polehshuiut dostup do pravosuddia*. Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_133#Text
11. *Rekomendatsiia № R (86) 12 Komitetu Ministriv Rady Yevropy derzhavam-chlenam shchodo zakhodiv z poperedzhennia i zmenshennia nadmirnoho robochoho navantazhennia v sudakh*. Retrieved from http://www.arbitr.gov.ua/files/pages/pd07072014_5.pdf
12. *Rishennia YeSPL u spravi «Sokurenko i Stryhun proty Ukrainy» vid 20 lypnia 2006*. Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_115#Text
13. *Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy (shchodo spravy na oskarzhennia v sudi nepravomirnykh dii posadovoi osoby, vid 25 lystopada 1997 roku)*. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-97#Text>
14. Shtelkens, P. (2009). Administratyvne sudochynstvo Nimechchyny. In: *Zbirnyk materialiv № 2 «Administratyvni protsedury i administratyvne sudochynstvo v Nimechchyni». Nimetskyi Fond mizhnarodnoho pravovoho spivrobotnytstva*. Kyiv.
15. Ianiuk, N. V. (2006). Pravo hromadianyna na zvernennia do orhaniv vlady: formy yoho realizatsii. In: *Vybory ta demokratsiia, №1 (7)*, 85–89.
16. *Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego*/. Retrieved from [//">http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19600300168 //](http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19600300168)
17. *Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi*. Retrieved from <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20021531270/U/D20021270Lj.pdf>

THE RIGHT TO APPEAL TO THE ADMINISTRATIVE COURT: THE EXPERIENCE OF POLAND AND GERMANY FOR UKRAINE

N. Yaniuk

*Ivan Franko National University of Lviv,
1, Universytetska Str., Lviv, Ukraine, 79000,
e-mail: nataliya.yanyuk@lnu.edu.ua*

The important means of protecting a person are the judicial consideration and resolution of public-law disputes as well as the administrative appeal procedure of private entities against any decisions, actions or inactions of public authorities. Administrative complaint is a claim to restore the rights and to protect the legitimate interests of citizens, violated by actions (inactions) or decisions of state bodies, local government bodies, institutions, organizations, associations of citizens, enterprises, officials.

Administrative claim as a means of protecting the rights of a person in the sphere of public legal relations, is singled out. Administrative claim is a means of protecting the rights of a person in the sphere of relations with the state government, local government, the subjects of delegated powers as well as public officials.

As a result of analysing the documents of the Council of Europe and the case-law of the ECHR, the recommendations for ensuring the right of appeal to the administrative court of Ukraine are formulated. Legal regulation of court appeals in Poland and Germany is researched, the proposals for the use of positive experience in Ukraine are made.

The widespread use of the alternative means of resolving administrative disputes can permit a reduction in the court's workload as a result, on the one hand, of the decreasing number of cases reaching it and, on the other hand, of the fact that a detailed consideration of the complex cases makes their subsequent examination by the administrative court easier.

The main advantages of the alternative means of resolving administrative disputes are, depending on the case, simpler and more flexible procedures, allowing for a speedier and less expensive resolution, resolving of disputes according to equitable principles and not just according to strict legal rules, and greater discretion; as well as cheaper settlement of disputes in optimal procedural terms.

The administrative appeal is an alternative way of resolving public law disputes and protecting individual rights. An administrative appeal is mandatory under administrative law of Poland and Germany. A person can apply to the administrative court only after appealing a decision, action or inaction to a public authority. The administrative appeal is established in the law on administrative procedure.

The individual may apply to the administrative court only after administrative complaint procedure against the actions (inactions), decisions of the state or local bodies to a public authority in accordance with the procedure established by the law on administrative procedure.

On the basis of the research conducted, the proposals concerning the adoption of certain changes and amendments to the Code of Administrative Proceedings of Ukraine are made.

Keywords: administrative appeal, administrative claim, public authority, public law dispute, court decision.

*Стаття: надійшла до редакції 02.11.2020
прийнята до друку 12.11.2020*

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ

УДК 343.2

LEGALITY AND LEGAL CERTAINTY IN CRIMINAL LAW: THE ISSUES OF DIFFERENTIATION

P. Demchuk

*Ivan Franko National University of Lviv,
1, Universytetska Str., Lviv, Ukraine, 79000,
e-mail: pavlo.demchuk@gmail.com*

In this article, the author addresses the issue on the differentiation of legality and legal certainty principles in the field of criminal law. Review of the main scientific positions, decisions of the European Court of Human Rights on the application of Article 7 European Convention on Human Rights, as well as decisions of the Constitutional Court of Ukraine on the constitutionality of several articles of the Criminal Code of Ukraine, allows us to conclude the debatability of this issue. Despite the positions of several scholars and decisions of the Constitutional Court of Ukraine, the main thesis is that legality and legal certainty do not set a similar scope of requirements in the field of criminal law. The legal certainty requirement to the content of law and its application are more general than the requirements established by the principle of legality. But the legality principle as a part of the general legal principle of legal certainty sets up more specific provisions to the process of creation, adoption, and application especially criminal statutes than the previous one. To this conclusion the author came after a retrospective analysis of the philosophical and historical grounds for these principles.

Keywords: rule of law, quality of laws, application of criminal law.

DOI: <http://dx.doi.org/10.30970/vla.2020.71.089>

Introduction. The quality of law is an integral prerequisite for predictability and certainty in their application. A person's ability to predict the consequences of his/her behavior is (at least should be) a determining factor in choosing their behavior. In case if the criminal statute does not comply with the requirements of certainty in their provisions or predictability in its application the person's ability to predict the consequences of his behavior is under extreme threat. This idea is commonly recognized as a ground of the legality principle in criminal law.

The abovementioned requirements for the creation and application of legal provisions are also established by the principle of legal certainty. The content of these principles in criminal law is normatively uncertain not only in acts of national law but also in acts of international law. Therefore, there is no unambiguous position in the works of scholars and law enforcement practice on the content of these principles. There is a particularly striking difference between the case law of the Constitutional Court of Ukraine (on declaring certain articles of the Criminal Code of Ukraine unconstitutional) and the European Court of Human Rights (on applying the provisions of Article 7 of the European Convention on Human Rights).

Consequently, the main purpose of this article is to differentiate these principles in the field of criminal law.

A few scientific works have been devoted to the distinction between the principles of legality and legal certainty in criminal law. This was done by Y. Baulin, M. Panov. S. Pogrebnyak, Y. Matveeva paid much more attention to these principles in their research in the field of a general theory of law.

In this regard, it seems necessary to analyze the law enforcement acts of the above judicial institutions, doctrinal sources, and acts of international bodies to determine the reasons for the similarity of the requirements of the principles of legality and legal certainty in criminal law, and, if it is possible, to mark the line of distinction.

I. International establishment of the legality and legal certainty principles.

First of all, the necessary elements of the rule of law, according to the Report of Venice Commission, are (1) legality, including a transparent, accountable and democratic process for enacting law; (2) legal certainty; (3) prohibition of arbitrariness; (4) access to justice before independent and impartial courts, including judicial review of administrative acts; (5) respect for human rights; (6) non-discrimination and equality before the law. The legality principle requires that the public officials shall be authorised to act and that they act within the powers that have been conferred upon them. Also, it requires that no person can be punished except for the breach of a previously enacted or determined law and that the law cannot be violated with impunity and law should be enforced. At the same time, the principle of legal certainty requires that the state must make the text of the law easily accessible and it has also a duty to respect and apply, in a foreseeable and consistent manner, the laws it has enacted. Retroactivity also goes against the principle of legal certainty, at least in criminal law. Legal certainty also means that undertakings or promises held out by the state to individuals should in general be honoured (the notion of the 'legitimate expectation') [3, p. 10–11].

We turned to the Rule of Law Checklist, adopted by the Venice Commission on the 106th plenary meeting, which contains selected standards of hard and soft law for each of the components of the rule of law.

Under that Checklist, the legal certainty standards are reflected in Articles 6.1, 7, 8.2, 9.2, 10.2, and 11.2 European Convention on Human Rights (further in the text – Convention). These articles, in general, contain a reference to the requirement that the human rights restrictions must be «established by law». Besides, Article 7 of the Convention is entitled «No punishment without law», which indicates the scope and nature of its application. That is a hard law act. Article 11 of the Universal Declaration of Human Rights and Fundamental Freedoms (which establishes, in general, the presumption of innocence and *nullum crimen, nulla poena sine lege*) is the act of the soft law, which, on the point of view of the Checklists' authors, contains the standards of legal certainty, included in Article 11 of the Universal Declaration of Human Rights and Fundamental Freedoms [28, p. 61].

The legality standards are contained in the same provisions of hard and soft law acts. Also, these standards are reflected in Articles 14.1, 15, 18.3, 19.3, 21, 22.3 of the International Covenant on Civil and Political Rights (Article 15 is an expression of the maxim *nullum crimen, nulla poena sine lege*); Article 22 of the Rome Statute of the International Criminal Court, entitled «Nullum crimen sine lege» [28, p. 59].

What does this scope of acts mean? At least these principles in the field of criminal justice are intertwined and cannot be distinguished. The close connection between the requirements for the definition of a crime and punishment only by the law, as well as the

requirements for the quality of this law, is indeed a cornerstone in the scientific research of scholars who have paid attention to the principles of law, including criminal law.

II. Legality and legal certainty in the scholars' opinions.

Application of the principles of legality and legal certainty was the topic of research in different contexts. The most popular is international criminal law application. But the national criminal law is also not deprived of scientific research on these principles.

The existence of supranational elements of a crime established by the European legislators in 24 languages provokes an issue of the interpretation of criminal law provisions with different meanings in different languages. Scholars who research this topic tell us about a violation of the principle of legality in that case [21, p. 120]. The studies on the principle of legal certainty in EC law pointed out that the principle of legal certainty is intertwined with the principle of legality as well. The European Court of Justice in the case of interpretation Article 220 EC Treaty (Maastricht consolidated version) in the context of the application of the ECHR in the field of EC law has not expressly referred to legal certainty in its judgment, but stated that this Article related to the principle of legality, which requires that the law be observed [26, p. 99]. Legality in the substantive dimension implies also a complex set of substantive lines of conduct: the prohibition on retrospective legislation (*lex praevia*), the obligation to define crimes precisely and clearly (*lex certa*), as well as the obligation to interpret the statutory offence strictly (*lex stricta*). Continental lawyers tend to translate this protective role of legality in terms of 'legal certainty', because legal certainty is defined in terms of maximum predictability of the officials' behavior. Anglo-American scholars often explain the relation between legal certainty and legality in terms of a citizen's ability «to organise his affairs in such a way that he does not infringe the law», or of having the right to an adequate warning from public officials that engaging in certain types of behavior will result in criminal liability [20, p. 92–93].

As we can see, in different scholarships there is no clear differentiation between the meaning of the principle legality and legal certainty in criminal law, except explanation this originating from different legal systems.

Andrew Ashworth and Jeremy Horder (professors at Oxford University) states that the connotations of the principle of legality are so wide-ranging that it is preferable to divide it into three distinct principles—the principle of non-retroactivity, the principle of maximum certainty, and the principle of strict construction of penal statutes [1, p. 86]. Dana Shahram (Professor at Griffiths University, Australia) pointed out that *nulla poena sine lege* and its counterpart, *nullum crimen sine lege*, serve as the bedrock of the principle of legality. They protect one of the most treasured individual rights of all—the right to liberty. Another interest protected by *nulla poena sine lege* is legal certainty. There are four attributes of *nulla poena sine lege* (two threshold requirements on the quality of criminal law and two prohibitions on its application) - *lex scripta* (punishment must be based on written law), *lex certa* (the form and severity of punishment must be clearly defined and distinguishable), *lex praevia* (the prohibition against retroactive application) and *lex stricta* (the prohibition against applying a penalty by analogy) [29, p. 861, 864]. Gabriel Hallevay (Professor of ONO Academic College, Israel) is convinced that the principle of legality has four main aspects, expressed by its four secondary principles – relates to the sources of the criminal norm, relates to the applicability of the criminal norm in time, relates to the applicability of the criminal norm in place, relates to the interpretation of the criminal norm [22, p. 5–7]. Beth van Schaack (Professor at Stanford University) states that *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege* in its simplest translation, asserts the *ex post facto* prohibition. More broadly, the maxim is also invoked

in connection with corollary legislative and interpretive principles compelling criminal statutes to be drafted with precision (the principle of specificity), to be strictly construed without extension by analogy, and to have ambiguities resolved in favor of the accused (the principle of lenity or *'in dubio pro reo'*) [30, p. 121]. Thomas Rauter understood that *nullum crimen sine lege praevia* contains the prohibition of retroactivity, *nullum crimen sine lege stricta* entails a prohibition of constitutive or aggravating crime analogy, *nullum crimen sine lege certa* requires the law to be precisely defined so that foreseeability of the punishment and accessibility of the concrete penal norms can be established for individuals and *nullum crimen sine lege scripta* requires that the applicable law is laid down in written form, thereby rendering inapplicable any unwritten law, such as customary law [27, p. 20].

The above positions (specifying the authors' position to understand the legal system referred by the author) also confirm that the principle of legality not only require that the crime and punishment must be prescribed by law but also requirements the quality of this act, as well as the rules of its application.

As for the principle of legal certainty, the authors differ formal and substantive understanding. Formal legal certainty implies that laws and, in particular, adjudication must be predictable: laws must satisfy requirements of clarity, stability, and intelligibility so that those concerned can with relative accuracy calculate the legal consequences of their actions as well as the outcome of legal proceedings. Substantive legal certainty, then, is related to the rational acceptability of legal decision-making. In this sense, it is not sufficient that laws and adjudication are predictable: they must also be accepted by the legal community in question [24, p. 1469]. There are widely accepted German concept that legal certainty is particularly associated with reliability, predictability, and recognizability: (1) the obligation to publish legal acts; (2) the requirement of definiteness and clarity; (3) the adoption of court rulings; (4) the finality of rulings; (5) the limitation of retroactivity; (6) the self-binding rules of community institutions; and (7) the protection of confidence [19, p. 152].

In the national doctrine, there is a well-established position that the main requirements of the principle of legal certainty divide into two sets – requirements to the legal provisions and the requirements to its application. The first set includes related to the content of legal norms - clarity (accessibility), consistency and full settlement of social relations, preventing the existence of gaps; procedural requirements for legal provisions - publication of laws, the prohibition of retroactive effect, reasonable stability of law, consistency of lawmaking, providing sufficient time for changes in the system of legal relations caused by the adoption of a new law. The second set includes the enforceability of legal provisions; the practice of clarifying the content of legal provisions; uniform application of the law; *res judicata* principle [7, p. 23].

Another scholar expresses the opinion that one of the most important aspects of the principle of legal certainty and the rule of law is the principle that punishment is established exclusively by the law and court cannot, by any motives, impose a punishment not defined by the law [4, p. 65]. This researcher fully supports the previous one that the idea of legal certainty reflects one of the most famous principles - *nullum crimen, nulla poena sine lege* [7, p. 23].

Abovementioned positions of the scholars are related to the general theory of law, but even in the field of national criminal law doctrine, we cannot find positions differentiating legality and legal certainty.

M. Panov states that one of the most defining and fundamental problems of criminal law related to the principle of legal certainty is the quality of the criminal statute. He

emphasizes that the certainty of law means the actual implementation in law and justice of the fundamental principle *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, and the prohibition of the law by analogy [16, p. 10, 15–16].

Y. Baulin, concerning the opinion of the Venice Commission, to the requirement of the legality principle, refers: a) strict compliance with the rules of criminal law in activities that restrict the rights and freedoms of the perpetrator; b) no crime and no punishment without law; c) prohibition of analogy; d) fulfillment of the obligations of the state under international law. To legal certainty he refers a) the highest level of the Criminal Code of Ukraine in criminal law related matters; b) prohibition of unreasonable amendments to the criminal statute and clear, precise, understandable, unambiguous, consistent, concise, easily accessible criminal law provisions; c) ensuring of the legitimate expectations of perpetrator that he will be accused according to applicable criminal law, prohibition of the retroactivity except *lex retro agit in mitius*; d) strict compliance with the criminal legislation in the criminal justice field, effective application of criminal law and consistent, reasonable, logical judicial practice [1, p. 110–111].

These positions allow us to make an intermediate conclusion that the rule of law in the field of criminal law is realized especially through the principles of legality and legal certainty which are closely related. Both principles require the quality of legislation and the process of its application. This necessitates an analysis of the practice of jurisdictions regarding the requirements for the quality of criminal law.

III. Case law of the Constitutional Court of Ukraine.

There are two decisions the national body of constitutional justice related to the quality of criminal law provisions. The common issue in both is the reason for the unconstitutionality - the uncertainty of their wording.

Thus, in decision No. 1-r / 2019 the Constitutional Court of Ukraine concluded that Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine does not meet the requirement of legal certainty as a component of the constitutional principle of the rule of law. Norms were not formulated clearly enough and allow for ambiguous understanding, interpretation, and application [22]. In its decision No. 7-r / 2020, the Constitutional Court of Ukraine stated that Article 375 of the Code contradicts the principle of the rule of law, especially its element such as legal certainty. Article 375 of the Code does not set criteria for determining, which sentence, decision, ruling, or the resolution of the judge (judges) is «unjust», and the meaning of the combination of words «knowingly unjust» is not disclosed, which allows an ambiguous understanding of the crime, which is qualified under this rule [8].

It seems that such a formulation of the grounds for the unconstitutionality of the above provisions arose because of the lack of a clear distinction between the principles of legality and legal certainty in criminal law. After all, the decisions of the Constitutional Court of Ukraine are formed by coordinating every Justice's position. Justices' positions are mostly formed by applying their notions of the rule of law and its content to specific factual circumstances (or to specific legal provisions in the case of the Constitutional Court of Ukraine, as the latter is a court of law, not a court of fact) under consideration. The idea of the rule of law and its content is formed in the doctrine, which is honed over the years and becomes a proven source in hard cases.

IV. Case law of the European Court of Human Rights.

According to the Rule of Law Checklist, the act of a hard law which contains standards of legal certainty and legality is Article 7 of the Convention. So, we decided to turn to the case law of the ECHR on an application of that Article. This method of studies based on the Josef Raz statement, that legal principles, like other laws, can be enacted or

repealed by legislatures and administrative authorities. They can also become legally binding through the establishment by the courts. Principles are not made into law by a single judgment; they evolve rather like a custom and are binding only if they have considerable authoritative support in a line of judgments [23, p. 848].

There is a generally accepted position in ECHR decisions that the guarantee enshrined in Article 7 is an essential element of the rule of law [13, § 34]. And that Article 7 § 1 of the Convention goes beyond the prohibition of the retrospective application of criminal law to the detriment of the accused. It also sets forth, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). It follows that offences and the relevant penalties must be clearly defined by law [14, §§ 93–94].

By the way, there are not so many decisions where it was stated, that Article 7 of the Convention is the reflection of the legality principle in criminal law. We give here the formulations from a certain part of them. «The Court fails to see how punishing a defendant whose trial has not resulted in a conviction could be compatible with Article 7 of the Convention, which provision sets out the principle of legality in criminal law» [16, § 61]; «a legislative framework which does not enable an accused person to know the meaning and scope of the criminal law is defective not only on the grounds of the general conditions of 'quality' of the 'law' but also in terms of the specific requirements of the principle of legality in criminal law» [15, § 117]; «the above situation, which was acknowledged by the domestic courts as well as the Government, contravened the principle of legality, by which the requirement that a penalty must be clearly defined in law is an essential part» [12, § 56].

Significantly fewer decisions applying Article 7 of the Convention use the term «legal certainty». «The Court considers that where a person is, as in the instant case, convicted as a recidivist pursuant to new legislation, the principle of legal certainty dictates that the statutory period for the purposes of recidivism, determined in accordance with the principles of law, in particular the principle that criminal statutes are to be strictly construed, should not already have expired under the previous legislation» [10, § 50]; «when an accused is charged with a continuing offence, the principle of legal certainty requires that the acts which go to make up that offence, and which entail his criminal liability, be clearly set out in the bill of indictment» [17, § 33]; «limitation periods are a common feature of the domestic legal systems of the Contracting States and serve several purposes, including that of ensuring legal certainty» [11, § 39].

An analysis of the above provisions suggests that the ECHR operates 'legal certainty' in the context of Article 7 in cases involving time limits for criminal prosecution. In cases where there was a lack of clarity of criminal statutes, the ECHR used the wording 'the legality principle'.

V. Historical and philosophical grounds as distinguishing features of the legality and legal certainty principles in criminal law.

Christina Peristeridou pointed that the principle of legal certainty has replaced some functions of the legality principle in non-continental systems because the continental version of the 'legality principle' was strongly linked to the prevalence of the legislature in criminal matters, something that was not the practice in England until well into the 20th century, as common law had been developing for centuries via judicial decision-making. In common law, the principle of legal certainty may have been more central in the absence of a 'legality principle'. The principle of legal certainty has been considered an umbrella concept for the principle of legality [25, p. 61].

This position was the forcing point to use the historical method for distinguishing the principles under consideration.

Y. Matveeva consistently takes the point that the foundations of the principle of legal certainty were laid in ancient times on the grounds that laws should be general rules formulated in clear and understandable terms. The Age of Enlightenment in continental Europe distinguished that most European countries had adopted written codes and constitutions. The main idea was that a precise wording could protect people from arbitrariness [5, p. 10–11].

Our study of the historical development of the principle of legality in criminal law can conclude, that the provisions that are the grounds of a modern understanding of the legality principle were crystallized much later than the idea of the principle of legal certainty. First, philosophers spoke about the need to clearly predict the limits of permissible human behavior in the general sense, and not only in the context of criminal law. There were no written requirements that a person could be prosecuted only under written law in continental Europe before the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen in 1789. Moreover, the maxim «*nulla poena nullum crimen sine lege*» was proposed to denote the principle of legality only in the 19th century by Paul Anselm Feuerbach [2, p. 224].

The requirement that a crime and the punishment was established by written law is indeed related to the foundations of the principle of legal certainty that a person must predict the consequences of his conduct with due certainty. Therefore, the process of adopting the law and its application must also be predictable. The predictability of potential criminal law is ensured by the promulgation and public discussion of draft laws. Also, the scope of the principle of legality includes the promulgation of the text of the criminal law (accessibility requirement). At the same time, the requirement of consistency and predictability of amendments to criminal law further specifies the principle of legal certainty. The application of criminal law by the judiciary must also be consistent and predictable, ensured by compliance with the rules of interpretation of the criminal law provisions (prohibition of analogy and others) and the rules of application of criminal law in time (prohibition of retroactivity with exceptions).

The principle of legal certainty requires: *res judicata* principle, justification the court decisions by the relevant legal community (substantive requirement of legal certainty), and strict compliance with criminal and criminal procedure law.

Conclusions. The common ground of the legality and the legal certainty principles in criminal law is the protection of legitimate expectations of a person not to be prosecuted for actions that were not criminally punishable in the moment of their commission. That is why it is hard to make a clear delineation of the content of these principles in the field of criminal law.

The principle of legality, which is expressed by the maxim «*nullum crimen, nulla poena sine lege*», elaborates with requirements to the quality of law, that define the crime and punishment, as well as the requirements for its application. The case law of the ECHR on the application of the provisions of Article 7 of the Convention sufficiently substantiates this statement.

The principle of legal certainty covers broader standards for the process of adoption of legal norms, their quality and promulgation, and subsequently for the application of their provisions. The principle of legality in criminal law, details and reveals the content of these provisions. To be more concrete, its answers questions why the law should establish criminal law prohibitions, what should be the requirements for the adoption and discussion of draft amendments to criminal law, the requirements for interpretation of

criminal law and its application. This specificity of the principle of legality in criminal law is based on the fact that criminal law may legitimately restrict the most important rights of the individual, and therefore the standards for legislation providing such a restriction, as well as their application are higher than in other areas.

Список використаних джерел

1. *Баулін Ю. В.* Принцип верховенства права у кримінально-правовому вимірі. Концептуальні засади нової редакції Кримінального кодексу України: матеріали міжнар. наук. конф. м. Харків, 17-19 жовт. 2019 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), А. П. Гетьман, Ю. В. Баулін та ін. Харків: Право, 2019. С. 109–113.
2. *Демчук П. В.* Історичні та філософські засади становлення та розвитку принципу законності в кримінальному праві // Вісник Львівського університету. 2020. С. 218–228. (Серія юридична; вип. 70).
3. Доповідь Європейської комісії «За демократію через право» (Венеційська комісія Верховенство права / Доповідь, схвалена Венеційською Комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 року) / пер. С. Головатого (за підтримки Американської агенції з міжнародного розвитку / USAID) // Право України. 2011. № 10.
4. *Матвеева Ю. І.* Принцип правової визначеності як складова верховенства права [Текст]: дис... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Національний університет «Києво-Могилянська академія». Київ, 2019. 220 с.
5. *Матвеева Ю. І.* Принцип правової визначеності: у пошуках розуміння // Наукові записки нац. ун-ту «Києво-Могилянська академія». 2009. Т. 90. Юридичні науки. С. 10–12.
6. *Панов М. І.* Принцип правової визначеності у практиці Європейського суду з прав людини і проблеми якості кримінального законодавства України // Проблеми законності. 2015. Вип. 128. С. 8–19.
7. *Погребняк С. П.* Основоположні принципи права [Текст]: автореф. дис... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2009. 36 с.
8. Рішення Конституційного Суду України від 11 червня 2020 року № 7-р/2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-20#Text> (дата звернення 23.08.2020).
9. Рішення Конституційного Суду України від 26 лютого 2019 року № 1-р/2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19#Text> (дата звернення 23.08.2020).
10. Рішення у справі «Achour v. France». URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67418> (дата звернення 23.08.2020).
11. Рішення у справі «Antia and Khupenia v. Georgia». URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-203003> (дата звернення 23.08.2020).
12. Рішення у справі «Koprivnikar v. Slovenia». URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170456> (дата звернення 23.08.2020).
13. Рішення у справі «S.W. v. The United Kingdom». URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-57965> (дата звернення 23.08.2020).
14. Рішення у справі «Scoppola v. Italy (No. 2)». URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-94135> (дата звернення 23.08.2020).
15. Рішення у справі «Sud Fondi S.r.l. and Others». URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184525> (дата звернення 23.08.2020).
16. Рішення у справі «Varvara v. Italy». URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-128094> (дата звернення 23.08.2020).
17. Рішення у справі «Zeyrek v. Turkey». URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59221> (дата звернення 23.08.2020).

18. Ashworth A. Principles of criminal law: 7th edition / Ashworth Andrew, Jeremy Horder. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2013. 510 p.
19. Dietmar Sternad, Thomas Döring (eds.) – Handbook of Doing Business in South East Europe- Palgrave Macmillan UK, 2012.
20. Erik Claes Facing the Limits of the Law-Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2009.
21. Fenwick M., Wrzka S., & Springer Science+Business Media. Legal certainty in a contemporary context: Private and criminal law perspectives. Singapore: Springer Science+Business Media, 2016. DOI <http://dx.doi.org/10.1007/978-981-10-0114-7>.
22. Hallevy G. A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law, 2010. 10.1007/978-3-642-13714-3.
23. Joseph Raz Legal Principles and the Limits of Law, 81 YALE L. J. 823, 1972. URL: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/569.
24. Paunio E. Beyond Predictability – Reflections on Legal Certainty and the Discourse Theory of Law in the EU Legal Order. German Law Journal. 2009. 10(11). 1469-1493. doi:10.1017/S2071832200018332.
25. Peristeridou C. Theoretical Rationales of the Legality Principle. In The principle of legality in European criminal law. 2015. P. 33–64. Intersentia. doi:10.1017/9781780685625.003.
26. Raitio J. The Principle of Legal Certainty in EC Law. 2003. DOI: 10.1007/978-94-017-0353-6.
27. Rauter T. Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege. Springer International Publishing AG. Springer Nature, 2017.
28. Rule of Law Checklist. Adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11–12 March 2016). URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/-default.aspx?pdfFile=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/-default.aspx?pdfFile=CDL-AD(2016)007-e) (дата звернення 23.08.2020).
29. Shahram D. Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing, 99 J. Crim. L. & Criminology 857 (2008-2009).
30. Van Schaack, Beth, Crimen sine lege: Judicial Lawmaking at the intersection of Law and Morals (2007). Santa Clara Univ. Legal Studies Research Paper No. 07-47; Georgetown Law Journal, Vol. 97, 2008.

References

1. Baulin, Y. (2019). *Pryntsyp verkhovenstva prava u kryminal'no-pravovomu vymiri. Kontseptual'ni zasady novoi redaktsii Kryminal'noho kodeksu Ukrainy*. Kharkiv, UA: Pravo..
2. Demchuk, P. (2020). Istorychni ta filozofski zasady stanovlennia ta rozvytku pryntsypu zakonnosti v kryminal'nomu pravi. In: *Visnyk L'vivskoho Universytetu. Serii Iurydychna*, 70, 218–228. doi:10.30970/vla.2020.70.218
3. *VERKHOVENSTVO PRAVA – Dopovid' Venetsiyskoi Komisii*. (2011). Retrieved September 30, 2020, from [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdfFile=CDL-AD\(2011\)003rev-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdfFile=CDL-AD(2011)003rev-ukr)
4. Matveeva, Y. (2019). *Pryntsyp pravovoi vyznachenosti iak skladova verkhovenstva prava*. Kyiv, UA: Natsional'nyj universytet «Kyievo-Mohylians'ka akademiia».
5. Matveeva, Y. (2009). Pryntsyp pravovoi vyznachenosti: U poshukakh rozuminnia. *Naukovi Zapysky Nats. Un-tu «Kyievo-Mohylians'ka Akademiia»*, 90, 10–12.
6. Panov, M. (2015). Pryntsyp pravovoi vyznachenosti u praktytsi Yevropejs'koho sudu z prav liudyny i problemy iakosti kryminal'noho zakonodavstva Ukrainy. In: *Problemy Zakonnosti*, 128, 8–19.
7. Pohrebniyak, S. (2009). *Osnovopolozhni pryntsypy prava*. Kharkiv, UA: Natsional'na iurydychna akademiia Ukrainy im. Yaroslava Mudroho.
8. *Rishennia Konstytutsijnoho Sudu Ukrainy vid 11 chervnia 2020 roku № 7-r/2020*. (2020). Retrieved August 23, 2020, from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-20#Text>

9. *Rishennia Konstytutsijnoho Sudu Ukrainy vid 26 liutoho 2019 roku № 1-r/2019*. (2019). Retrieved August 23, 2020, from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19#Text>
10. *Rishennia u spravi «Achour v. France»*. (2004). Retrieved August 23, 2020, from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67418>
11. *Rishennia u spravi «Antia and Khupenia v. Georgia»*. (2020). Retrieved August 23, 2020, from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-203003>
12. *Rishennia u spravi «Koprivnikar v. Slovenia»*. (2017). Retrieved August 23, 2020, from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170456>
13. *Rishennia u spravi «S.W. v. The United Kingdom»*. (1995) Retrieved August 23, 2020, from <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-57965>
14. *Rishennia u spravi «Scoppola v. Italy (No. 2)»*. (2009) Retrieved August 23, 2020, from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-94135>
15. *Rishennia u spravi «Sud Fondi S.r.l. and Others»*. (2018) Retrieved August 23, 2020, from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184525>
16. *Rishennia u spravi «Varvara v. Italy»*. (2013) Retrieved August 23, 2020, from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-128094>
17. *Rishennia u spravi «Zeyrek v. Turkey»*. (2001) Retrieved August 23, 2020, from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59221>
18. Ashworth, A. (2013). *Principles of criminal law: 7th edition*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press.
19. Dietmar Sternad, Thomas Döring (eds.) (2012). *Handbook of Doing Business in South East Europe-Palgrave Macmillan UK*
20. Erik C. (2009). *Facing the Limits of the Law-Springer-Verlag Berlin Heidelberg*.
21. Fenwick, M., Wrba, S., & Springer Science+Business Media. (2016). *Legal certainty in a contemporary context: Private and criminal law perspectives*. Singapore: Springer Science+Business Media. DOI <http://dx.doi.org/10.1007/978-981-10-0114-7>.
22. Hallevy, G. (2010). *A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law*. 10.1007/978-3-642-13714-3.
23. Joseph, Raz (1972). *Legal Principles and the Limits of Law*, 81 *YALE L. J.* 823 Retrieved from https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/569.
24. Paunio, E. (2009). Beyond Predictability – Reflections on Legal Certainty and the Discourse Theory of Law in the EU Legal Order. In: *German Law Journal*, 10(11), 1469–1493. doi:10.1017/S2071832200018332.
25. Peristeridou, C. (2015). Theoretical Rationales of the Legality Principle. In: *The principle of legality in European criminal law*, 33–64. Intersentia. doi:10.1017/9781780685625.003.
26. Raitio, J. (2003). *The Principle of Legal Certainty in EC Law*. DOI: 10.1007/978-94-017-0353-6.
27. Rauter, Th. (2017). *Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege*. Springer International Publishing AG. Springer Nature.
28. *Rule of Law Checklist. Adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session* (Venice, 11-12 March 2016). URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e) (дата звернення 23.08.2020).
29. Shahram D, *Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing*, 99 *J. Crim. L. & Criminology* 857 (2008–2009).
30. Van Schaack, B, *Crimen sine lege: Judicial Lawmaking at the intersection of Law and Morals* (2007). Santa Clara Univ. Legal Studies Research Paper No. 07-47; *Georgetown Law Journal*, Vol. 97, 2008.

ЗАКОННІСТЬ ТА ПРАВОВА ВИЗНАЧЕНІСТЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ: ПИТАННЯ РОЗМЕЖУВАННЯ

П. Демчук

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, Львів, Україна, 79000,
e-mail: pavlo.demchuk@gmail.com*

Основною тезою цієї статті є те, що принципи законності та правової визначеності у кримінальному праві підлягають розмежуванню. Ця позиція є дискусійною, оскільки Конституційний суд України та окремі науковці озвучують вимоги, які звично асоціюються з принципом законності, вимогами принципу правової (юридичної) визначеності. Особливо дискусійним питанням є вказівна на те, що латинська максима «*nullum crimen, nulla poena sine lege*» є висловом на позначення принципу правової визначеності. Основним завданням є, за можливості, розмежування вказаних вище принципів.

Національна та міжнародна судова практика, правова доктрина, історичні та філософські засади розвитку допомогли розмежувати принципи законності та правової визначеності за основною ознакою – сфера застосування їхніх вимог. Позиція, що кримінальне право дає змогу легітимізувати найбільш серйозне втручання у права людини є беззаперечною, відтак, вимоги до створення кримінальних законів та їх застосування повинні бути значно вищими, ніж у будь-якій іншій сфері правового регулювання.

У випадку, якщо ми ведемо мову про принцип неможливості оскарження та виконаності остаточного судового рішення (*res judicata*), то питань щодо того, до якого з принципів ця вимога належить не виникає. Водночас, якщо ми говоримо про вимогу точності застосовуваного права, то внаслідок різноманітності поглядів на принципи законності та правової визначеності чітку відповідь на питання розмежування отримати досить важко.

Один із чинників, що ускладнює диференціацію вищевказаних принципів, є різноманітність правових систем. Як зазначає автор, принцип законності в розумінні континентальної правової системи тривалий час був невідомим англо-американській правовій системі, здебільшого, через те, що встановлення злочинів через судову правотворчість вважалося нормальною практикою, яка не порушувала права людини.

Основним методом, який допоміг авторові знайти відповідь на питання, ключове у цій статті, є історичний метод. Вимоги до якості права (доступність, передбачуваність) відомі людству зі стародавніх часів. Ці вимоги не стосувалися конкретно кримінально-правових положень та не називалися принципом законності. Законність як невід'ємний принцип кримінального права сформувався на континентальній Європі в епоху Просвітництва під впливом прогресивних ідей Англії.

Досвід видатних філософів та юристів допомагає підкріпити тезу про те, що законність у кримінальному праві формує більш спеціалізований перелік правил до створення та застосування кримінально-правових положень з єдиною метою – запобігти свавілля держави у карному процесі.

Ключові слова: верховенство права, якість закону, застосування кримінально-правових норм.

*Стаття: надійшла до редакції 15.10.2020
прийнята до друку 12.11.2020*

УДК 343.35(477)

НАУКОВІ КОНЦЕПЦІЇ РОЗУМІННЯ КОРУПЦІЇ ТА ЇХ РЕАЛІЗАЦІЯ В ЗАКОНІ УКРАЇНИ «ПРО ЗАПОБІГАННЯ КОРУПЦІЇ»

В. Франчук

*Державна техніко-економічна вища школа,
вул. Чарнецького, 16, Ярослав, Республіка Польща, 37-500,
e-mail: franchuk@ua.fm*

Розглянуто підходи вчених, а також норми антикорупційного законодавства України, положення яких стосуються встановлення змісту та обсягу явища корупції. З'ясовано спільні та відмінні ознаки теоретичних підходів учених різних галузей права щодо виокремлення її ознак. Окрім того, підготовано наукову розвідку підходів науковців щодо сприйняття змісту явища «корупція» крізь призму категорій правової, соціальної та економічної систем, а також засад моралі та етики.

Наголошено на відсутності одностайних позицій серед науковців щодо встановлення категорії неправомірної поведінки, що формує феномен корупційного правопорушення. Окреслене спричинює невідповідність законодавчих закріплень як ознак самого явища, так і потенційних суб'єктів правопорушень. Як наслідок, виникають труднощі в частині застосування права представниками правоохоронних та судових органів.

Враховуючи дослідження діючого антикорупційного законодавства, а також наукові концепції розуміння корупції, встановлено, що законодавець частково використовує класичний та державно-управлінський підходи для визначення поняття корупції.

Ключові слова: корупційне правопорушення, неправомірна вигода, запобігання корупції.

DOI: <http://dx.doi.org/10.30970/vla.2020.71.100>

Постановка проблеми. Особливість системи права, що виокремлює її з-поміж інших галузей, полягає в регулюванні, а подекуди й охороні суспільних відносин. Своєрідною є позиція С. Алексєєва, який, досліджуючи явище правового регулювання, надає йому значення «засобу», призначенням якого є лише встановлення чітких «кордонів» відносин, визначення дозволених «меж» поведінки людей, закріплення «порядку» в суспільних відносинах шляхом вказівки «напрямую» поведінки людей тощо [1, с. 9]. Тобто, враховуючи потреби сьогодення, зміст правового регулювання спрямований на діючі суспільні відносини, розвиток нових та визначення тих, що не відповідають встановленим вимогам (охоронна функція).

Одразу варто наголосити, що державна політика, в частині запобігання та протидії корупції, застосовує не лише кримінально-правові засоби, а гармонійно поєднуються з іншими суспільними засобами, а саме: правовими (цивільно-правові, адміністративно-правові, дисциплінарно-трудова тощо), соціально-економічними, культурно-виховними, владно-політичними, моральними, інформаційними тощо. Об'єднання такого широкого спектру сфер суспільного життя не заважає праву виконувати свої основні завдання, а навпаки, окреслює напрям та визначає найближчі тенденції розвитку подій [15, с. 44]. Зазначене є вкрай актуальним щодо вирішення проблем протидії корупційним правопорушенням, адже наслідки їх загроз згубно впливають не лише на інтереси людини та

суспільства, а визначаються як наявні та потенційно можливі явища і чинники, що створюють небезпеку життєво важливим національним інтересам держави загалом.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання визначення змісту явища корупції у різні роки досліджували такі вітчизняні теоретики права, як: П. Андрушко, Л. Багрій-Шахматов, Ю. Баулін, М. Бажанов, Є. Вдовиченко, В. Глушков, В. Голіна, І. Данышин, О. Джу́жа, О. Дудоров, А. Закалюк, В. Зеленецький, О. Кальман, С. Лихова, І. Мазур, О. Марін, П. Матишевський, М. Мельник, І. Ревак, А. Савченко, В. Трепак, М. Хавронюк, С. Шалгунова та інші. Вказане обґрунтовує вагомий науковий інтерес та потребу проведення досліджень, де феномен корупції необхідно розглядати крізь призму соціальних, економічних та політичних процесів.

Метою статті є виокремлення та аналіз існуючих у науці концепцій розуміння корупції та їх використання у законодавчому закріпленні поняття.

Виклад основного матеріалу. Для корупції, якій характерний транскордонний характер, не притаманні ані державні, ані законодавчі кордони, відповідно й дослідження феномену потребує комплексно характеру. Крім того, рівень небезпеки вказаного явища зумовив активне обговорення у міжнародно-правовому дискурсі питань щодо визнання окремих корупційних правопорушень, які вчиняють представники найвищих ешелонів влади (*grand corruption*) – злочинами проти людяності [7, с. 110].

Зокрема, І. Бантекас запропонував кваліфікувати корупційні правопорушення, як злочини проти людяності, у випадках, коли такі діяння ставлять певну частину населення на межу виживання, що цілком має усі підстави розглядатися також, як винищення [17, с. 474]. Враховуючи, що Україна у 2019 році за результатами дослідження «Індекс сприйняття корупції-2019» міжнародної організації Transparency International посіла 126-те місце (останнє в Європі) зі 180 держав світу, а відповідно до розміру мінімальної заробітної плати (5 000 грн. станом на 01.09.2020) погодинна оплата становить менше одного євро – терміни «виживання» та «винищення» є надзвичайно влучними до стану протидії корупції, що притаманний нашій державі.

Такий негативний стан речей пов'язаний із частковим виконанням, а подекуди з цілковитим невиконанням рекомендацій Transparency International Ukraine на 2019 рік. Президент США Дональд Трамп вже заявив, що Україна відома, як третя найкорумпованіша держава світу [6]. Відповідно, закріплення за собою статусу ненадійного партнера, провокує до настання різного роду негативних наслідків. Наприклад, переговори щодо нових програм фінансування України на наступні роки Міжнародним валютним фондом залежать від вчасності формування відповідного пакету законів. Одним із ключових моментів виділено необхідність досягнення нашою державою відчутних результатів у боротьбі з корупцією.

Законодавче прийняття приписів будь-якої сфери права вимагає проведення досліджень з чітким та повним встановленням ознак і властивостей явищ, з метою досягнення всебічності пояснення об'єкта. Одразу варто наголосити про відсутність сталої позиції серед науковців щодо достатності визначення феномену корупції як загального терміа, чи виокремлення різних її ознак, що конкретизовані під потреби кожної галузі права або сфери суспільного життя. М. Мельник, з цього приводу зазначав, що повне дослідження корупції можливе не лише як категорії правової та юридичної, а й як категорії соціальної, політичної, філософської, що надає змогу визначити її місце і роль у соціальних процесах, а також її вплив на розвиток держави та суспільних відносин [11, с. 58].

Розгляд корупції в широкому пізнавальному аспекті сприяє керівництву держави у створенні державно-правових механізмів з її викорінення шляхом усунення передумов її існування, а також удосконалення правових та організаційних засад запобігання їй [14, с. 181]. Ось чому явище корупції у вітчизняній науці ставало предметом аналізу багатьох робіт, що налічує понад тисячу джерел [16], більшість з яких стосувалася проблем понятійного апарату та різновидів протидії корупційним правопорушенням.

Беручи до уваги широке різноманіття галузей, у яких притаманна загроза існування корупційних проявів, а також відсутність у наукових поглядах одностайності розгляду корупції як явища, виникає потреба дослідити найбільш притаманні підходи аналізу розглядуваного феномену, а саме:

1. Традиційний (нормативно-ціннісний) – розгляд корупції крізь призму порушення передусім не правових норм, а закріплених моральних та етичних правил поведінки. Ще одна особливість цього підходу полягає у не обов'язковості передбачення грошової чи будь-якої іншої фінансової вигоди. Натомість достатньо, щоб неправомірне діяння заподіявало шкоду загальному благу чи суспільній користі.

Зокрема, Л. Аркуша вважає, що корупція – це протиправна діяльність визначених осіб, спрямована на використання свого службового та суспільного статусу для збагачення особистого чи своїх родичів і прибічників, отримання інших переваг і благ всупереч інтересам суспільства [2, с. 41]. На заподіянні шкоди суспільству наголошує і М. Камлик, пропонуючи корупцію розуміти як діяльність державних службовців, депутатів, працівників правоохоронних та наглядових органів, суддів, посадових осіб підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, а також політичних і громадських діячів, яка спрямована на використання свого статусу для незаконного особистого збагачення, своїх родичів і прибічників, одержання інших вигод і благ всупереч інтересам суспільства [8, с. 99]. Одночасно необхідно наголосити на притаманному більшості визначень недоліку, який стосується обмеженого переліку потенційних корупційних правопорушників. Ідеться про пересічних громадян, що не наділені будь-яким управлінським становищем. Відповідно до норм КК України, такими правопорушниками можуть визначатися загальні суб'єкти злочинів (ст. ст. 354, 368⁴, 369).

Очевидним залишається факт, що коли службова особа чинить протиправне рішення для задоволення особистих (третьох осіб) інтересів, перевагу має й інша сторона (задля якої власне і порушується закон). У цьому випадку корупційне правопорушення варто сприймати також як своєрідну змову, учасники якої отримують вигоди і переваги та одночасно приховують свої дії.

2. Модерністський (класичний) – на протигагу традиційному (нормативно-ціннісному) підходу, прибічники наголошують на зловживанні службового становища або соціального статусу саме з метою отримання користі чи вигоди. З огляду на згадування в роботі результатів досліджень «Індекс сприйняття корупції» вважаємо доцільним вказати визначення терміна «корупція», яким оперує міжнародна програма громадської організації Transparency International. Отже, це визначення хоча й належить до класичного підходу, однак відрізняється від інших спроб охарактеризувати досліджуване явище своєю лаконічністю і полягає у зловживанні ввіреною владою для приватної вигоди [6].

Варто зазначити, що загалом у своїх визначеннях учені визначають мету корупції як незаконне прийняття майнових та немайнових послуг, благ і переваг, матеріальної винагороди, незаконного збагачення тощо [8, с. 14]. Однак судова практика стверджує, що не завжди метою вчинення корупційних правопорушень є

отримання матеріальних благ. Одним із прикладів може слугувати випадок конфлікту інтересів, де уповноважена особа призначає на посаду члена родини або працевлаштовує близьку особу (чіткий перелік яких є законодавчо закріпленим).

3. *Економічний (ринково-центристський)* – ототожнення явища корупції з тіньовою економікою, де діють визначені правила ринкової поведінки. Окреслений підхід пояснюється наявністю надлишку (перевантаження) впливу державних органів на економічні процеси. У такому разі клієнту (споживачу) зручніше скористатися незаконними можливостями, на противагу неухильного дотримання встановлених (законних) правил поведінки, а службові особи економічної сфери сприймаються як одна зі структурних частин загальної економіки, яка отримує власний зиск.

Експерти зазначають, що саме функціонування державно-політичної машини економізоване, тобто підкорене по суті економічній свідомості. Отже, в основі корупційних відносин в Україні лежить можливість приватизувати будь-яке суспільне благо, навіть пристосувати і використати закон для тіньового обороту у власних інтересах [10, с. 165–166]. За різними оцінками, до 6,5 % від своїх середньорічних доходів підприємці в Україні витрачають на хабарі посадовим особам [3, с. 224]. Вчинення окреслених діянь є закономірним результатом ситуації, коли, за підрахунками фахових юристів, нині в Україні існують та заявлені права на формування й функціонування 26 державних структур, покликаних запобігати і протидіяти корупції.

4. *Ревізіоністський (функціональний)* – на відміну від попереднього (економічного) підходу, явище корупції породжується не через надмірність державного нагляду та контролю, а саме через їх відсутність або недосконалість. Притаманне державам, де законодавче регулювання суспільних відносин неспроможне задовольнити потреби соціуму.

Не враховуючи очевидність шкоди від вчинення корупційних діянь, окремі дослідники розглядають їх як дієвий засіб подолання організаційно-управлінських бар'єрів, сприятливий засіб соціальної та політичної інтеграції суспільства, акумуляцію ресурсів, що перешкоджає відтоку капіталу [18, с. 74], необхідності нормального існування суспільства внаслідок відсутності дієвих ринкових відносин [13, с. 13]. Одночасно, незважаючи на окреслені «позитивні» риси корупції, як «побічного» результату від вчинених протиправних діянь, видається сумнівним виправдання про доцільність її існування, як засобу регулювання. Навпаки, у демократичних державах корупція сприймається як відхилення від окремої соціальної норми, що при масовості містить загрозу для всього суспільства.

5. *Політичний* – сприйняття корупції, як невід'ємного та водночас самостійного засобу/інструменту під час прийняття політичних рішень.

Спільне дослідження експертів з Центру «Ейдос», Міжнародного інституту демократій, Центру Локального Самоврядування та Інституту «Республіка» надали таке визначення політичної корупції – нелегітимне використання учасниками політичного процесу та носіями публічної влади їхніх можливостей і повноважень з метою отримання особистих і групових вигод [5, с. 7]. Одразу варто наголосити, що більшість авторів у своїх дослідженнях доводять, що корупція аж ніяк не може ототожнюватися з політикою, а навпаки – сприймають її антиполітикою [11, с. 176], антиподом моралі [12, с. 12], системою негативних поглядів, переконань, установок [9, с. 134].

Хоча вищезазначена позиція й заслуговує на увагу, однак необхідно врахувати і твердження науковців попередніх підходів, які обґрунтовано доводять, що політична корупція є лише частиною загальної корупції.

б. Біхевіористичний (соціально-психологічний) – надання корупції ознак соціально-психологічного феномену, як людського пороку з низьким рівнем моральних цінностей. Прихильники такого розуміння корупції визначають це явище, як продукт соціальної діяльності людини зокрема [8, с. 14] та результат функціонування суспільства загалом [11, с. 23], надаючи йому значення соціокультурної природи.

Варто зазначити, що однією з детермінант корупції є не стільки наявність сукупності людських пороків/вад, скільки відсутність суспільної реакції на закоренілість цього небезпечного явища, а відтак і інтегративного опору громадян. Досконале законодавство та дієва правоохоронна система приречені на поразку без активної участі громадян у протидії досліджуваному феномену.

7. Інституційний (державно-управлінський) – розгляд корупції як один із видів державно-владних відносин, що визначає рівень дефектності державно-управлінської системи, тобто використання службовими особами свого становища з метою отримання винагороди [13, с. 7]. Л. Багрій-Шахматов з цього приводу надав корупції таке визначення – це явище, яке вразило апарат державної влади й управління, пов'язане з його розладом, коли представники апарату незаконно використовують своє службове положення в корисливих цілях, для особистого збагачення всупереч інтересам служби [4, с. 23].

Важко не погодитися з вищевказаною позицією, адже неодмінно корупція перебуває у тісному взаємозв'язку з владним потенціалом. Водночас вважається недостатнім зводити прояви явища лише до випадків зловживань. Йдеться про інших осіб (позбавлених державно-управлінських можливостей), з ініціативи яких такі матеріальні чи нематеріальні блага надаються.

Відповідно, враховуючи окреслені вище підходи вітчизняних та зарубіжних науковців у частині з'ясування змісту явища корупції, варто також наголосити і на його відповідному законодавчому закріпленні. Йдеться про Закон України «Про запобігання корупції» (14.10.2014), де в ч. 1 ст. 1 корупцією визначено як використання особою, зазначеною у частині першій ст. 3 цього Закону, наданих їй службових повноважень чи пов'язаних із ними можливостей з метою одержання неправомірної вигоди або прийняття такої вигоди чи прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб або відповідно обіцянки/пропозиції чи надання неправомірної вигоди особі, зазначеній у частині першій ст. 3 цього Закону, або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам з метою схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень чи пов'язаних із ними можливостей.

Враховуючи складність феномену, законодавець, під час трактування явища корупції, поєднав два підходи аналізу розглядуваного феномену, а саме класичний та державно-управлінський. Безперечно, кожна з розглядуваних вище концепцій сприяла науковому пізнанню явища, однак у законодавчому визначенні вказані лише його істотні ознаки (використання особою свого становища всупереч інтересам держави та корислива мета). В. Трепак з цього приводу зазначав, що в умовах еволюціонування соціальних відносин правові дефініції втілюють результати теоретичного пізнання, показують, як відображуване явище реалізує себе насправді, демонструють його сутність, відмежовують від інших об'єктів [14, с. 181].

Висновки. Підсумовуючи вищевказане, варто зазначити, що формування будь-якого офіційного (легального) роз'яснення змісту поняття має ґрунтуватися на доктринальній концепції. З'ясовано існування в науці семи підходів розуміння корупції, а саме: традиційного, модерністського, економічного, ревізійного, політичного, біхевіористичного та інституційного. Незважаючи на факт використання законодавцем лише двох підходів (модерністського та інституційного) щодо законодавчого закріплення як поняття корупції, так і різновидів її проявів, марними є сподівання на остаточність уніфікації визначення корупції. Такий стан речей пов'язаний зі стрімким розвитком соціальних, політичних та економічних складових державного управління, які завжди вимагатимуть залучення в зміст тлумачення явища нових ознак. Сприятиме цьому чергова комплексна наукова розвідка усіх підходів сприйняття та розгляду досліджуваного феномену, що допоможе більш глибинно та всебічно осягнути його природу й виявити необхідні елементи, що відповідатимуть сучасним вимогам часу.

Список використаних джерел

1. *Алексеев С. С.* Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. Москва: Юридическая литература, 1966. 188 с.
2. *Аркуша Л. И.* Выявление и расследование организованной преступной деятельности при наличии коррупционных связей. Одесса: Одесская нац. юр. академия, 2003. 207 с.
3. *Аришиннікова А. В.* Підходи до оцінювання рівня корупції // Публічне управління та митне адміністрування. 2017. № 2. С. 220–227.
4. *Багрий-Шахматов Л. В.* Уголовно-правовые и криминологические проблемы коррупции, теневой экономики и борьбы с ними. Одесса: Ластар, 2001. 530 с.
5. *Волошина А. В., Грищенко І. Я., Леменов О. В.* та ін. Політична корупція: як розпізнати та подолати: навчально-методичний посібник / за заг. ред. Давиденко К. С. Київ: Ейдос, 2016. 52 с.
6. В Україні істотно погіршилася ситуація зі сприйняттям корупції – Transparency International // Незалежний журналістський бізнес-портал MIND-2020. URL: // <https://mind.ua/news/20206905-v-ukrayini-istotno-pogirshilasya-situaciya-zi-spriynnyattam> -корупцији-transparency-international
7. *Задоя К. П.* Велика корупція (grand corruption) як злочин проти людяності: огляд основних позицій у міжнародно-правовому дискурсі // Корупція як загроза національній безпеці України: попереджаємо, протидіємо, переслідуюмо: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 29.11. 2016). Київ: Національна академія прокуратури України, 2017. 158 с.
8. *Зеленецький В., Кальман О.* Корупція в Україні та організаційно-правові основи боротьби з нею // Право України. 2001. № 4. С. 13–17.
9. *Камлик М. І., Невмержиський С. В.* Корупція в Україні. Київ: Т-во «Знання», КОО, 1998. 187 с.
10. *Мазур І. І.* Детінізація економіки в контексті економічної безпеки України // Теоретичні та прикладні питання економіки: зб. наук. праць. Київ, 2004. Вип. № 4. 292 с.
11. *Мельник М. І.* Корупція – корозія влади (соціальна сутність, тенденції та наслідки, заходи протидії). Київ: Юридична думка, 2004. 400 с.
12. *Михненко А. М., Кравченко С. О., Макаренко Е. М.* Корупція: теорет-не розуміння, шляхи запобігання та протидії. Київ: НАДУ, 2011. 56 с.
13. *Ревак О. І.* Корупція: теоретико-методологічні засади дослідження. Львів: ЛьвДУВС, 2011. 220 с.
14. *Трепак В. М.* Особливості дефініції поняття «корупція» // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. 2015. №4 (97). С. 181–196.

15. Франчук В. В. Кримінально-правові засоби охорони економіки України. Львів: ЛьВДУВС, 2016. 244 с.
16. Чехленко О. В. Запобігання та протидія корупції: бібліографічний покажчик / [уклад.: О. В. Чехленко, Н. А. Косенкова, І. А. Ходжа]; за ред. С. С. Чернявського. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2017. 120 с.
17. Bantekas I. Corruption as an international crime and crime against humanity an outline of supplementary criminal justice policies // Journal of International Criminal Justice. 2006. Т. 4. №. 3. С. 466–484.
18. Merton R. The Sociology of Science: Theoretical and Empirical Investigations // University of Chicago Press, 1973. 605 p.

References

1. Alekseev, S. S. (1966). *Mechanism pravovogo regulirovaniya v socialisticheskom gosudarstve*. Moskva: Juridicheskaya literature.
2. Arkusha, L. I. (2003). *Viyavlenie i rassledovanie organizovanoj prestupnoy deyatelnosti pri nalichii korrupcionnih svyazei*. Odesa: Odeskaya nac. jur. Academiya.
3. Arshinnikova, A. V. (2017). Pidhodi do ocinyuvannya rivnya corrupciyi. In: *Publiche upravlinnya ta mitne administruvannya, № 2*, 220–227.
4. Bahrii-Shahmatov, L. V. (2001). *Uholovno-pravovie I kriminologicheskie problemi korupcii, tenevoi ekonomiki i borbi s nimi*. Odesa: Lestar.
5. Voloshina, A. V., Hrishchenko, I. J., Lemenov, O. V ta in. (2016). *Politichna corrupciya: yak rozpoznati ta podolati: navchalno-metodichnii posibnik / za zag. red. Davidenko K. S* Kyiv: Eidos.
6. V Ukraini istotno pohirshilasya situaciya zi spriinyattjam corrupcii – Transparency International. In: *Nezaleznyi jurnalistyskiy bisnes-portal MIND-2020*. Retrieved from // <https://mind.ua/news/20206905-v-ukrayini-istotno-pogirshilasya-situaciya-zi-spriinyattjam-korupciyi-transparency-international>
7. Zadoya, K. P. (2017). Velika corrupciya (grand corruption) yak zlochin proti lyudyanosti: ohlyad osnovnih posiciy u mijnarodno-pravovomu discoursi. In: *Corrupciya yak zagroza nacionalnij bezpeci Ukraini: poperedjayemo, protidiyemo, peresliduyemo: materialy mijnarodnoyi naukovopraktichnoyi konferencii* (Kyiv, 29.11.2016). Kyiv: Nacionalna academiya prokuraturi Ukraini.
8. Zeleneckiy, V., Kalman, O. (2001) Corrupciya v Ukraini ta orhanizaciyno-pravovi osnovi borotbi z neyu. In: *Pravo Ukraini, №4*, 13–17.
9. Kamlik, M. I., Nevmerjickiy, Y. V. (1998). *Corrupciya v Ukraini*. Kyiv: T-vo «Znannya», KOO.
10. Mazur, I. I. (2004). Detinizaciya ekonomiki v konteksti ekonomichnoi bezpeki Ukraini. In: *Teoretichni ta prikladni pytaniya ekonomiki: zb. nauk. prac*. Kyiv, №4.
11. Melnik, M. I. (2004). *Corrupciya – koroziya vladi (socialna sutnist, tendentsii ta naslidki, zahodi protidiyi)*. Kyiv: Yuridichna dumka, p 400
12. Mihnenko, A. M., Kravchenko, S. O., Makarenko, E. M. (2011). *Corrupciya: teoretichne rozuminiya, shlyahi zapobihania ta protidiyi*. Kyiv: NADU.
13. Revak, O. I. (2011). *Corrupciya: teoretiko-metodolohichni zasady doslidjennya*. Lviv: LvSUIA.
14. Trepak, V. M. (2015). Osoblivosti defeniciyi ponittya «corrupciya». In: *Naukoviy visnik NAVS, № 4 (97)*, 181–196.
15. Franchuk, V. V. (2016). *Kriminalno-pravovi zasobi ohoroni ekonomiki Ukraini*. Lviv: LvSUIA.
16. Chehlenko, O. V. (2017). Zapobihannya ta protidiya corrupciyi: bibliografichnii pokazhchik / [uklad. O. V. Chehlenko, N. A. Kosenkova, I. A. Hodja]; za red. S. S. Chernyavskoho. Kyiv: Nac. acad. vnutr. Sprav.

17. Bantekas I. (2006). Corruption as an international crime and crime against humanity an outline of supplementary criminal justice policies. In: *Journal of International Criminal Justice*, t. 4, №. 3, 466–484.
18. Merton, R. (1973). *The Sociology of Science: Theoretical and Empirical Investigations*. University of Chicago Press.

SCIENTIFIC CONCEPTS OF UNDERSTANDING CORRUPTION AND THEIR IMPLEMENTATION IN THE LAW OF UKRAINE «ON PREVENTION OF CORRUPTION»

V. Franchuk

*State Higher School of Technology and Economics,
16, Czarnieckiego Str. Jaroslaw, Republic of Poland 37-500,
e-mail: franchuk@ua.fm*

The provisions of Ukrainian current legislation, as well as the scientific approaches to determine the meaning of the «corruption» concept by identifying its content and scope are carefully considered.

General and distinctive features of theoretical approaches by the scholars in different branches of law to define the above concept are determined. Particular emphasis is placed on the appropriate divarication regarding legislative unification of the «corruption» concept and its counterparts in the law theorist's scientific works.

To understand the concept of «corruption», the singularity of knowledge regarding the phenomenon as a social, legal, moral and economic system that harms normal development of legal and ethical relations between the members of society and the state is researched in the light of different scientific approaches.

Emphasis is placed on the lack of unanimity of the scientific understanding of actions, which are a part of corruption's nature. It does negatively affect not just the legislative unification of the concept of the phenomenon, but also complicates the law enforcement practice, creating certain inconveniences for the corresponding judicial and law enforcement authorities.

The connection between the norms of criminal, labor, civil and administrative Ukrainian legislation on defining the content of the term «corruption offenses» is stated. Emergence of possible difficulties related to the application of the Law of Ukraine «On Prevention of Corruption» as well as the Criminal Code on liability for corruption is analyzed.

The corruption phenomenon's features are defined on the basis of a study of the scientific approach to the definition of «corruption». Certain scholars' points of view on the provisions of the Law of Ukraine «On Prevention of Corruption» as well as other normative legal acts that define the enumeration of corruption or corruption-related actions are justified.

It is substantiated that certain features of the phenomenon under consideration, listed in the Law of Ukraine «On Prevention of Corruption», were not taken into account by the scholars as important and, conversely, not all the features mentioned by them are a part of the legislative definition of «corruption».

Taking into account the research of current anti-corruption legislation, as well as the scientific concepts of understanding corruption, it is found that the legislator partially used the classical and public administration approaches to define the concept of corruption.

Keywords: corruption offense, , illicit gain, prevention the corruption.

*Стаття: надійшла до редакції 25.10.2020
прийнята до друку 12.11.2020*

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА

УДК 343.13+378.147

ЗАКРИТТЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ НА ПІДСТАВІ НАБУТТЯ ЧИННОСТІ ЗАКОМУ, ЯКИМ СКАСОВАНО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ДІЯННЯ, ВЧИНЕНЕ ОСОБОЮ: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ

І. Басиста

*Львівський державний університет внутрішніх справ,
вул. Городоцька, 26, Львів, Україна, 79007,
e-mail: basysta-i@ukr.net*

У цій публікації висловлено авторську наукову позицію щодо таких запитань, як наявність у суду першої інстанції права під час судового розгляду закрити кримінальне провадження на підставі пункту 4 частини 1 статті 284 КПК України; чи необхідно доводити в судовому засіданні вину особи для прийняття такого процесуального рішення та як бути у ситуації, коли за таких обставин ще й встановлені підстави для ухвалення виправдувального вироку?

Акцентовано увагу на тій обставині, що у КПК України статтю 284 цього Закону передбачено підстави і процесуальний порядок закриття кримінального провадження та провадження щодо юридичної особи. Виходячи з того, що вимоги статті 284 КПК України стосуються різних стадій кримінального провадження (зокрема, як досудового розслідування, так і судових стадій), різних представників сторони обвинувачення (слідчого, дізнавача, прокурора), слідчого судді, а також трьох судових інстанцій, які уповноважені приймати рішення про закриття кримінального провадження, тому й у окремих частинах цієї статті унормовано процесуальний порядок такої діяльності, повноваження на її здійснення за окремими пунктами частини 1 та частини 2 статті 284 КПК України, види процесуальних рішень за процесуальною формою тощо.

На відміну від означеного стану справ, у пункті 2 частини 3 статті 314 КПК України чітко унормовано положення про те, що у підготовчому судовому засіданні лише суд має право прийняти рішення про закриття провадження у випадку встановлення підстав, передбачених пунктами 4–8, 10 частини першої або частиною другою статті 284 КПК України. Варто підкреслити, що ця стаття, як і статті 3141–317 КПК України врегульовують кримінальну процесуальну діяльність на окремій стадії кримінального процесу, яка іменується – підготовче провадження.

А із пункту 2 частини 1 статті 373 КПК України слідує, що якщо в судовому засіданні не доведено, що кримінальне правопорушення вчинене обвинуваченим, то суд зобов'язаний ухвалити виправдувальний вирок.

Тобто, загалом відстежено низку проблем, які виникають на шляху прийняття процесуального рішення про закриття кримінального провадження із підстави набрання чинності законом, яким скасована кримінальна відповідальність за діяння, вчинене особою.

Ключові слова: закриття кримінального провадження; набуття чинності законом, яким скасовано кримінальну відповідальність за діяння, вчинене особою; виправдувальний вирок; кримінальне провадження.

DOI: <http://dx.doi.org/10.30970/vla.2020.71.108>

© Басиста І., 2020

Постановка проблеми. На сьогодні неоднозначними є наукові підходи та судова практика щодо окремих питань, які виникають у разі прийняття кінцевого процесуального рішення у кримінальних провадженнях [25], зокрема і коли набув чинності закон, яким скасовано кримінальну відповідальність за діяння, вчинене особою. Серед цієї низки питань варто виділити такі: чи доцільно вважати, що п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК України застосовується у випадку, коли в судовому засіданні *доведено*, тобто встановлено доказами, що особа вчинила діяння і кримінальну відповідальність за це діяння скасовано? Якщо обвинувачений під час судового засідання наполягає на ухваленні виправдувального вироку чи зобов'язаний суд закрити кримінальне провадження за наявності підстав, передбачених п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК України? Якщо під час судового розгляду встановлені підстави для ухвалення виправдувального вироку та водночас набув чинності закон, яким скасовано кримінальну відповідальність, за діяння, вчинене особою, якими нормами повинен керуватися суд – абзацом першим ч. 7 ст. 284 КПК України, чи п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК України? Саме з таким формулюванням наявної кримінальної процесуальної проблематики у жовтні 2019 року зверталися судді Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду до членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді для отримання наукових висновків [10]. Мої роздуми щодо наявного стану справ у цій царині знайшли відображення у науковому висновку, який є лише авторським поглядом, а також у цій публікації, тому очікую на дискусію. В такий спосіб, сподіваюся, зможу прислужитися «практиці» розслідування та судового розгляду, яка є вельми складною.

У процесі наукового пошуку підтверджено, що суд першої інстанції має право під час судового розгляду закрити кримінальне провадження на підставі п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК України, постановивши ухвалу, якщо відсутні підстави для прийняття ним інших кінцевих для цієї стадії процесуальних рішень, що передбачені КПК України, зокрема – виправдувального вироку, який суд *зобов'язаний* ухвалити за наявності відповідних, передбачених у КПК України, підстав (із п. 2 ч. 1 ст. 373 КПК України робимо висновок, що якщо в судовому засіданні не доведено, що кримінальне правопорушення вчинене обвинуваченим, то суд зобов'язаний ухвалити виправдувальний вирок).

Обґрунтовано, що з огляду на це, в судовому засіданні для прийняття рішення про закриття кримінального провадження на підставі п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК України необхідно встановити доказами вину обвинуваченого.

Доведено, що у цій ситуації варто чітко розмежовувати право та обов'язок суду на прийняття кінцевих процесуальних рішень. Ухвалення виправдувального вироку є обов'язком суду (домінантним над правом закрити кримінальне провадження на підставі п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК України), звісно за наявності підстав, передбачених у КПК України.

Метою цієї статті є аналіз проблем, які виникають під час застосування положень п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК України та тих кримінальних процесуальних норм, які регулюють підстави та порядок ухвалення виправдувального вироку судом. Також поставлено завдання напрацювати пропозиції, які сприятимуть усуненню наявних проблем.

Аналіз стану вивчення проблеми у спеціальній літературі засвідчує, що окремі її аспекти під різними кутами зору були предметом наукових досліджень В. Г. Гончаренка, Ю. М. Грошевого, А. Я. Дубинського, В. С. Зеленецького, Є. Г. Коваленка, Л. М. Лобойка, В. Т. Маляренка, В. Т. Нора, М. С. Строговича, В. М. Тертишника та інших провідних учених. За умов дії КПК 1960 року було підготовано

низку дисертацій із цієї тематики, видавали посібники, зокрема, С. М. Благодир, А. О. Ляш та інші вчені, а у період чинності КПК України 2012 року захищено дві кандидатські дисертації, зокрема у 2016 році К. В. Токаренко на тему «Процесуальний порядок закриття кримінального провадження», а у 2018 році – Х. М. Павич на тему: «Закриття кримінального провадження судом першої інстанції». Зокрема, І. І. Шепітько в межах своєї кандидатської дисертації та монографії теж намагалася висвітлити діяльність суду в цьому розрізі. Слушними і вельми ґрунтовними є наукові напрацювання М. Є. Шумила, зокрема, розглядуваної проблематики загалом, а також підстав, умов реабілітації у кримінальному процесі.

Із 2012 року до наявних проблем застосування окремих підстав для закриття кримінального провадження додалися ще й інші, які потребують нагального вирішення, тому сучасному стану справ у цій царині присвячую дану публікацію.

Виклад основного матеріалу. Питання 1. *Чи має право суд першої інстанції під час судового розгляду закрити кримінальне провадження на підставі пункту 4 частини 1 статті 284 КПК України?*

Найрізноманітніші підходи до дефініції «криміналізація» та «декриміналізація» висвітлені в юридичній літературі. Погляди науковців є досить критичними [17, с. 70], а часом і взаємовиключними, тобто проблематика починається із понятійного апарату. Деякі дослідники не розмежовують у своїх визначеннях пеналізацію та криміналізацію, а інші – криміналізацію та застосування кримінально-правових норм. Варто пам'ятати, що теоретичні проблеми, «прорісши» у глибину певної діяльності, набувають уже значно глобальніших обрисів, а якщо їх перенести у площину кримінального права та кримінального процесу, то з огляду на них (авт. проблем) деструктивний вплив можуть навіть нівелюватися ті завдання, які мають вирішувати кримінальне провадження в цілому.

Наприклад, П. Л. Фріс вважає, що недоліки кримінально-правової законотворчості, «витрати криміналізації» можуть призвести до двох протилежних, але однаково небажаних наслідків – прогалин у криміналізації або, навпаки, до її надмірності. У першому випадку незахищеність певних суспільних відносин кримінально-правовими засобами на фоні реально заподіюваної їм шкоди нерідко штовхає до пошуку непередбачених законом альтернатив. Усі вони відбуваються в інтервалі від просто самосуду до «натяжок» у кваліфікації й аналогії. Не меншу шкоду містить в собі й криміналізаційна надмірність – перенасиченість законодавства кримінально-правовими заборонами, необхідність в яких вже відпала або навіть не існувала зовсім [22, с. 19–20].

Варто зазначити, що які б наукові дискусії щодо підходів до розуміння вказаних понять не точилися, як на мене криміналізаційна надмірність несе у собі серйозні загрози, окремі прояви яких ми можемо чітко спостерігати не лише у кримінально-правовій доктрині, але й у кримінальній процесуальній діяльності [4, с. 12–14; 1, с. 236–245; 2, с. 80–82]. Такий стан справ можемо спостерігати не в одному кримінальному провадженні, а особливо гостро у них проявляється проблематика прийняття правильних кінцевих процесуальних рішень.

Унікаючи кримінально-правової дискусії щодо підстав криміналізації окремих діянь, наприклад, доводиться лише констатувати, що протягом 2018–2019 років двічі змінювався підхід законодавця до розуміння ним заподіяння «істотної шкоди», як матеріального наслідку, за наявності якого наставала та настає кримінальна відповідальність за незаконне вирубування дерев або чагарників у лісах, захисних та інших лісових насадженнях, перевезення, зберігання, збут незаконно зрубаних дерев або чагарників. Ці зміни вносилися до ст. 246 КК

України та примітки до неї Законами України № 2531-VIII від 06.09.2018 [19] та № 2708-VIII від 25.04.2019 [20]. Відповідно до означених змін до ст. 246 КК України на стадії досудового розслідування та судового провадження виникала та виникає правова необхідність прийняття процесуальних рішень у цій категорії проваджень, оскільки набув чинності закон, яким скасовано кримінальну відповідальність за діяння, вчинене особою. Це лише один приклад із цілої низки, що породжує принаймні одну із підстав, що унормовані у ст. 284 КПК України, для прийняття кінцевих процесуальних рішень у кримінальному провадженні.

Свою чергою у КПК України ст. 284 цього Закону передбачено підстави і процесуальний порядок закриття кримінального провадження та провадження щодо юридичної особи. Керуючись тим, що вимоги ст. 284 КПК України стосуються різних стадій кримінального провадження (зокрема, як досудового розслідування, так і судових стадій), різних представників сторони обвинувачення (слідчого, дізнавача, прокурора), слідчого судді, а також трьох судових інстанцій, які уповноважені приймати рішення про закриття кримінального провадження, в окремих частинах цієї статті унормовано процесуальний порядок такої діяльності, повноваження на її здійснення за окремими пунктами ч. 1 та ч. 2 ст. 284 КПК України, види процесуальних рішень за процесуальною формою тощо.

Інші статті КПК України нагадують відсилання до ст. 284 КПК України, що, як на мене, є логічно та відповідає загальним засадам юридичної техніки [18; 3, с. 212–221].

З огляду на чинне кримінальне процесуальне законодавство, зокрема на п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК України, кримінальне провадження закривають у разі, якщо набрав чинності закон, яким скасовано кримінальну відповідальність за діяння, вчинене особою. Слідчий, дізнавач ухвалює постанову про закриття кримінального провадження на підставах, передбачених пунктами 1, 2, 4, 9, 91 частини першої ст. 284 КПК України, якщо в цьому кримінальному провадженні жодній особі не повідомляли про підозру (абз. 2 частини четвертої ст. 284 КПК України). Прокурор приймає постанову про закриття кримінального провадження щодо підозрюваного на підставах, передбачених частиною першою ст. 284 КПК України, крім випадку закриття кримінального провадження на підставі, передбаченій п. 31 частини першої ст. 284 КПК України, коли закриття кримінального провадження здійснюється судом за клопотанням прокурора (абз. 3–4 частини четвертої ст. 284 КПК України).

Якщо обставини, передбачені пунктами 1, 2 частини першої ст. 284 КПК України, виявляються під час судового розгляду, суд зобов'язаний ухвалити виправдувальний вирок.

Якщо обставини, передбачені п. 5, 6, 7, 8, 9, 9-1 частини першої ст. 284 КПК України, виявляються під час судового провадження, а також у випадку, передбаченому п. 2, 3 частини другої цієї статті, суд постановляє ухвалу про закриття кримінального провадження (абз. 1–2 частини сьомої ст. 284 КПК України) [13].

Як ми бачимо, на цих законодавчих положеннях ґрунтується законодавча невизначеність щодо процесуального рішення, яке має право чи то зобов'язаний прийняти (ухвалити) суд, виявивши, що набув чинності закон, яким скасована кримінальна відповідальність за діяння, вчинене особою.

Також варто наголосити, що законодавець, формулюючи абз. 1–2 частини сьомої ст. 284 КПК України, вживає різну термінологію. Так у абзаці першому він веде мову про «судовий розгляд», а у другому абзаці – про «судове провадження». Тут варто акцентувати увагу на тому, що згідно з п. 24 ч. 1 ст. 3 КПК України

судове провадження – кримінальне провадження у суді першої інстанції, яке охоплює підготовче судове провадження, судовий розгляд і ухвалення та проголошення судового рішення, провадження з перегляду судових рішень в апеляційному, касаційному порядку, а також за нововиявленими або винятковими обставинами.

Тому для з'ясування питання про повноваження певного суду певної інстанції на прийняття рішення про закриття кримінального провадження з означених підстав в разі існування обставин, передбачених п. 5, 6, 7, 8, 9, 91 частини першої ст. 284 КПК України, за основу варто брати розуміння законодавцем судового провадження, що унормоване у п. 24 ч. 1 ст. 3 КПК України [18; 3, с. 212–221].

Якщо ж розглядати положення абзацу першого частини сьомої ст. 284 КПК України, то однозначності у законодавчому формулюванні теж простежити не доводиться. Адже поняття «судовий розгляд» у кримінальній процесуальній доктрині має два розуміння. Передусім – це окрема стадія кримінального провадження з притаманними лише їй змістом, учасниками, строками, процесуальними рішеннями тощо. З іншого боку – це етап стадії судового розгляду, який за умов дії КПК 1960 року іменувався судовим слідством. Про неприйнятність такого стану справ, коли одне поняття законодавець вживає для означення різних етапів процесуальної діяльності, ба більше того, в одне поняття «судовий розгляд» як стадію провадження на законодавчому рівні включено один із його етапів, який за КПК України є однойменним – неодноразово зазначено в моїх публікаціях та працях інших науковців [23, с. 8–13]. Тому десятки разів науковці висловлювали слушні пропозиції – повернутися до терміна «судове слідство» та ввести його до чинного КПК України.

Враховуючи вищевикладене, однозначно вказати, який «судовий розгляд» мав на увазі законодавець, формулюючи положення абзацу першого частини сьомої статті 284 КПК України, – не беруся. Мені особисто імпонує позиція, що тут варто розуміти стадію судового розгляду в цілому, а не судовий розгляд в розумінні судового слідства, хоча припускаю, що опонентів такої моєї наукової позиції знайдеться вдосталь через наявну правову невизначеність.

На відміну від означеного стану справ, у п. 2 ч. 3 ст. 314 КПК України чітко унормовано положення про те, що у підготовчому судовому засіданні суд має право прийняти рішення про закриття провадження у випадку встановлення підстав, передбачених п. 4–8, 10 частини першої або частиною другою ст. 284 КПК України [13]. Варто підкреслити, що ця стаття, як і ст. 314–317 КПК України унормовують кримінальну процесуальну діяльність на окремій стадії кримінального процесу, яку називають підготовчим провадженням.

Висновок до першого питання. У підсумку вважаю, що суд першої інстанції має право під час судового розгляду (у розумінні стадії кримінального провадження, яка охоплює власне судовий розгляд (у розумінні судового слідства)), що є складовим елементом судового провадження (визначення щодо якого унормоване у п. 24 ч. 1 ст. 3 КПК України) та входить до нього, закрити кримінальне провадження на підставі п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК України, постановивши ухвалу, якщо відсутні підстави для прийняття ним інших кінцевих для цієї стадії процесуальних рішень, що передбачені КПК України, зокрема – виправдувального вироку, який суд зобов'язаний ухвалити за наявності відповідних, передбачених у КПК України, підстав.

Питання 2. Чи доцільно вважати, що п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК України застосовується у випадку, коли в судовому засіданні доведено, тобто встановлено доказами, що особа вчинила діяння і кримінальна відповідальність за це діяння скасовано?

Варто зазначити, що закриття кримінального провадження – це не лише процесуальне рішення уповноваженого суб'єкта, а й юридичний акт, у силу якого не лише закінчується процесуальне провадження, а й вирішується доля зібраних речових доказів й майна, на яке накладено арешт, а правовідносини учасників процесу після набуття чинності прийнятим рішенням переводяться в русло цивільних правовідносин [21, с. 465].

Усі підстави для закриття кримінального провадження у кримінальній процесуальній доктрині традиційно прийнято поділяти на дві групи – реабілітуючі та нереабілітуючі [8; 24; 6; 5; 14; 16]. Але такі погляди дещо осучаснив чинний КПК України, адже перелік обставин, який унормований у ст. 284 КПК України дещо розширює підстави для класифікації.

Що ж таке реабілітація особи? А науковці теж тлумачать її неоднаково. Це і рішення про закриття кримінального провадження або постановлення виправдувального вироку, і стан, коли відшкодовано шкоду тощо. Особисто мені імпонує наукова позиція, що реабілітація – це правовий інститут, адже саме через норми правового інституту регламентуються і підстави та порядок прийняття реабілітаційного рішення, і відповідальність держави перед громадянами, і процедура відшкодування завданої шкоди, і юридичний стан після її відшкодування [15, с. 237]. Ухвалення реабілітаційного рішення не має наслідком автоматичне відновлення всіх порушених прав і компенсацію шкоди. Це відбувається у позовному порядку [15, с. 241].

Керуючись наведеним, беручи до уваги право особи вимагати відшкодування завданих збитків або ж позбавлення особи у такій можливості, яке є наслідком із застосування окремих обставин переліку ст. 284 КПК України, особисто мені близька наукова позиція, за якою підстави закриття кримінального провадження та провадження щодо юридичної особи, перелічені у ст. 284 КПК України, варто розділити на чотири групи, а саме: реабілітуючі, постреабілітуючі, нереабілітуючі та формально-процесуальні [21, с. 465].

Постреабілітуючі підстави закриття кримінального провадження – це такі обставини, за яких закон, надаючи право для непритягнення обвинуваченого до кримінальної відповідальності та позбавляючи обвинуваченого від негативних наслідків застосування кримінального закону, позбавляє особу можливості скористатися позитивними наслідками реабілітації – потребувати відшкодування моральних та матеріальних збитків, завданих притягненням її до відповідальності [21, с. 470].

Закриття кримінального провадження на підставі набуття чинності законом, яким скасовано кримінальну відповідальність за діяння, вчинене особою, належить до числа саме таких випадків, коли застосовують для закриття кримінального провадження одну з постреабілітуючих підстав. При цьому наголосимо, що на момент вчинення діяння його вважали кримінальним правопорушенням, а тому були виправданими стосовно підозрюваного, обвинуваченого застосовані на підставі закону заходи процесуального примусу. Тому такий підозрюваний, навіть і набувши статусу обвинуваченого, не отримує права на повну реабілітацію, зокрема на відшкодування шкоди, завданої йому застосуванням до нього заходів забезпечення кримінального провадження, в тому числі й запобіжних заходів тощо. У цьому випадку законодавець, позбавляючи обвинуваченого негативних наслідків

застосування кримінального закону, позбавляє таку особу можливості скористатися позитивними наслідками незастосування кримінального закону – вимагати відшкодування моральних, матеріальних збитків, завданих в процесі притягнення до відповідальності. Тобто дії декриміналізуються, не призводять до судимості та переводяться, зазвичай у стан адміністративно карних діянь. Тому, варто погодитися, що рішення про закриття кримінального провадження на підставі набуття чинності законом, яким скасовано кримінальну відповідальність за діяння, вчинене особою, закон прирівнює до обставин реабілітуючого характеру, а в частині вимоги відшкодування шкоди, завданої певній особі застосуванням заходів забезпечення кримінального провадження, – до обставин нереабілітуючого характеру, не надаючи особі права вимагати відшкодування завданої їй шкоди притягненням її до відповідальності [21, с.470].

Висновок до другого питання. Отже, закриття кримінального провадження з підстави набуття чинності законом, яким скасовано кримінальну відповідальність за діяння, вчинене особою, належить до тих випадків, коли для закриття кримінального провадження застосовують одну із постреабілітуючих підстав. Підозрюваному, обвинуваченому не надають права вимагати відшкодування завданої шкоди притягненням його до відповідальності. При цьому, така особа законодавчо позбавляється негативних наслідків застосування кримінального закону.

Вважаю, що оскільки суд першої інстанції має право під час судового розгляду закрити кримінальне провадження на підставі п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК України, постановивши ухвалу (див. висновок до 1-го питання), то для вирішення цього питання йому необхідно з'ясувати, чи відсутні підстави для прийняття ним інших кінцевих для цієї стадії процесуальних рішень, що передбачені КПК України, зокрема – виправдувального вироку, який суд зобов'язаний ухвалити за наявності відповідних, передбачених у КПК України, підстав (із п. 2 ч. 1 ст. 373 КПК України робимо висновок, що якщо в судовому засіданні не доведено, що кримінальне правопорушення вчинене обвинуваченим, то суд зобов'язаний ухвалити виправдувальний вирок).

Вважаю, що з огляду на наведене, в судовому засіданні для прийняття рішення про закриття кримінального провадження на підставі п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК України необхідно встановити доказами вину обвинуваченого.

Переконана, що такий висновок також, окрім вже наведених аргументів, робимо на основі, що прокурор, реалізуючи функцію підтримання державного обвинувачення (процесуальна діяльність прокурора, що полягає у доведенні перед судом обвинувачення з метою забезпечення кримінальної відповідальності особи, яка вчинила кримінальне правопорушення), дотримуючись, серед інших, передбачених ст. 7-29 КПК України, й такої засади кримінального провадження, як презумпція невинуватості та забезпечення доведеності вини, а суд, виконуючи вимоги такої засади кримінального провадження, як безпосередність дослідження показань, речей і документів (ст. 23 КПК України) – зобов'язані в підсумку встановити вину чи невинуватість особи та забезпечити виконання завдань кримінального провадження, що унормовані у ст. 2 КПК України. Для цього КПК України передбачає цілий арсенал засобів та заходів. Зокрема, судові дослідження доказів відбувається не лише шляхом проведення таких судово-слідчих дій, як експертиза за ухвалою суду, допит обвинуваченого (ст. 351 КПК), допит свідка (ст. 352 КПК), допит потерпілого (ст. 353 КПК), допит малолітнього або неповнолітнього свідка чи потерпілого (ст. 354 КПК), пред'явлення для впізнання (ст. 355 КПК), допит експерта в суді (ст. 356 КПК), огляд на місці (ст. 361 КПК), а й шляхом

дослідження речових доказів (ст. 357 КПК), дослідження документів (ст. 358 КПК), дослідження звуко- і відеозаписів (ст. 359 КПК), консультації та роз'яснення спеціаліста (ст. 360 КПК). Судове дослідження доказів, серед іншого, має відбуватися відповідно до такої засади кримінального провадження, як безпосередність дослідження показань, речей і документів (ст. 23 КПК). Суд досліджує докази безпосередньо. Показання учасників кримінального провадження суд отримує усно (ч. 1 ст. 23 КПК). Не можуть бути визнані доказами відомості, що містяться у показаннях, речах і документах, які не були предметом безпосереднього дослідження суду, окрім випадків, передбачених КПК України. Суд може прийняти як доказ показання осіб, які не дають їх безпосередньо в судовому засіданні, лише у випадках, передбачених КПК України (ч. 2 ст. 23 КПК). Сторона обвинувачення зобов'язана забезпечити присутність під час судового розгляду свідків обвинувачення з метою реалізації права сторони захисту на допит перед незалежним та неупередженим судом (ч. 3 ст. 23 КПК) [13]. Тобто безпосередність дослідження показань, речей і документів виявляється в тому, що суддя повинен особисто і безпосередньо в судовому засіданні їх досліджувати [21, с. 53] і на підставі цього зробити висновок про їх належність, допустимість, достовірність і достатність. При цьому показання учасників кримінального провадження суд отримує усно. Варто цілком погодитися з поглядом, що допити, котрі проводить суд, є безпосереднім видом дослідження доказів [23, с. 83]. Хоча з криміналістичних та психологічних позицій у процесі всіх допитів здійснюється опосередковане пізнання обставин учиненого діяння [23, с. 83; 9, с. 210–211] (про це наголошено раніше у науковому висновку від 13.09.2019 року із питання, чи є твердження учасника слідчої дії, які зроблені під час допиту, надання пояснень, проведення слідчого експерименту, проведення експертизи тощо показаннями такого учасника слідчої дії у значенні ст. 23 Кримінального процесуального кодексу (на виконання звернення від судді Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду Аркадія Петровича Бушенка). Звернення з реєстраційним номером Верховного Суду від 16.07.19 № 64/0/27-19.

Згідна із такими тезами, що на суддів покладається обов'язок вирішувати справу не за наданими матеріалами кримінального провадження, яке сформоване на попередніх стадіях, а на підставі того, що кожному судді самому безпосередньо доведеться почути, побачити і з'ясувати в судовому засіданні. Докази, зібрані сторонами, не можна покладати в основу вироку суду (чи іншого кінцевого судового рішення). Виняток становлять ті випадки, коли докази під час розслідування здобуваються в умовах судової процедури із забезпеченням права сторони захисту на перехресний допит [15, с. 189].

Ще одним із вагомих аргументів на користь необхідності дослідження доказів у розглядуваній ситуації та встановлення доказами вини обвинуваченого, є положення ч. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, де зазначено, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який з'ясує обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення [12].

Також, варто зважати на вимоги ч. 1 ст. 8 КПК України, де унормовано, що кримінальне провадження здійснюється з додержанням принципу верховенства права, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави [13] та їх виконання.

Питання 3. *Якщо обвинувачений під час судового засідання наполягає на ухваленні виправдувального вироку чи зобов'язаний суд закрити кримінальне провадження за наявності підстав, передбачених пунктом 4 частини 1 статті 284 КПК України?*

Висновок до третього питання. Вважаю, що у цій ситуації варто чітко розмежовувати право та обов'язок суду на прийняття кінцевих процесуальних рішень. При висвітленні першого та другого питань цієї публікації, на мій погляд, вже доведено, що суд має право під час судового провадження (визначення щодо якого унормоване у п. 24 ч. 1 ст. 3 КПК України) закрити кримінальне провадження на підставі п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК України, постановивши ухвалу, якщо відсутні підстави для прийняття ним інших кінцевих для цієї стадії процесуальних рішень, передбачених КПК України, зокрема – виправдувального вироку, який суд зобов'язаний ухвалити за наявності відповідних, передбачених у КПК України, підстав. Тобто такий обов'язок суду є першочерговим (домінантним над правом закрити кримінальне провадження на підставі п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК України), звісно за наявності тих підстав для його (обов'язку) реалізації, які передбачені у КПК України.

Самі «наполягання» обвинуваченого не є належними, допустимими, достовірними та достатніми доказами та не є підставами для ухвалення виправдувального вироку за чинним КПК України.

Підставами ж для ухвалення виправдувального вироку є ті, які передбачені п. 2 ч. 1 ст. 373 та п. 1, 2 ч. 1 ст. 284 КПК України. Я вже зазначала вище, що на підставі п. 2 ч. 1 ст. 373 КПК України доходимо висновки, що якщо в судовому засіданні не доведено, що кримінальне правопорушення вчинене обвинуваченим, то суд зобов'язаний ухвалити виправдувальний вирок.

Якщо обставини, передбачені п. 1, 2 частини першої ст. 284 КПК України, виявляються під час судового розгляду, суд зобов'язаний ухвалити виправдувальний вирок (абзац 1 частини сьомої статті 284 КПК України) [13].

Питання 4. *Якщо під час судового розгляду встановлені підстави для ухвалення виправдувального вироку та водночас набув чинності закон, яким скасовано кримінальну відповідальність, за діяння, вчинене особою, якими нормами повинен керуватися суд – абзацом першим ч. 7 ст. 284 КПК України чи п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК України?*

Під час розгляду другого питання я вже навела аргументи на користь того, що у разі прийняття процесуального рішення про закриття кримінального провадження на підставах набуття чинності законом, яким скасовано кримінальну відповідальність за діяння, вчинене особою, застосовується для закриття кримінального провадження одна із постреабілітуючих підстав. Підозрюваному, обвинуваченому не надають права вимагати відшкодування завданої шкоди притягненням його до відповідальності. Така особа законодавчо позбавляється негативних наслідків застосування кримінального закону.

Своєю чергою ухвалення виправдувального вироку є умовою та створює подальші можливості для реабілітації особи (обвинуваченому надається право вимагати відшкодування завданої шкоди притягненням його до відповідальності, а також така особа позбавляється всіх негативних наслідків застосування кримінального закону).

Цілковито погоджуюся з тими дослідниками, які наполягають на тому, що коли є дві підстави для закінчення провадження, застосовувати варто ту із них, яка захищає громадян від необґрунтованого визнання їх винуватими [7, с. 78; 11, с. 421].

Висновок до четвертого питання. У розглядуваному ж випадку вважаю, що якщо під час судового провадження встановлені підстави для ухвалення виправдувального вироку та водночас набув чинності закон, яким скасовано кримінальну відповідальність за діяння, вчинене особою, – суд повинен керуватися абзацом першим ч. 7 ст. 284 КПК України та п. 2 ч. 1 ст. 373 КПК України.

Висновки. Суд першої інстанції має право під час судового розгляду (у розумінні стадії кримінального провадження, яка охоплює власне судовий розгляд (у розумінні судового слідства)), який є складовим елементом судового провадження (визначення щодо якого унормоване у п. 24 ч. 1 ст. 3 КПК України) та входить до нього, закрити кримінальне провадження на підставі п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК України, постановивши ухвалу, якщо відсутні підстави для прийняття ним інших кінцевих для цієї стадії процесуальних рішень, що передбачені КПК України, зокрема – виправдувального вироку, який суд *зобов'язаний* ухвалити за наявності відповідних, передбачених у КПК України підстав.

Вважаю, що в судовому засіданні для прийняття рішення про закриття кримінального провадження на підставі п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК України необхідно встановити доказами вину обвинуваченого.

Варто чітко розмежовувати право та обов'язок суду на прийняття кінцевих процесуальних рішень. Обов'язок суду ухвалити виправдувальний вирок, за наявності відповідних, передбачених у КПК України підстав, є домінуючим над правом суду закрити кримінальне провадження на підставі п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК України. «Наполягання» обвинуваченого не є належними, допустимими, достовірними та достатніми доказами та не є підставами для ухвалення виправдувального вироку за чинним КПК України. Такими підставами для ухвалення виправдувального вироку є ті, які передбачені п. 2 ч. 1 ст. 373 КПК України та п. 1, 2 ч. 1 ст. 284 КПК України.

Оскільки ухвалення виправдувального вироку є умовою та створює подальші можливості для реабілітації особи (обвинуваченому надається право вимагати відшкодування завданої шкоди притягненням його до відповідальності, а також така особа позбавляється всіх негативних наслідків застосування кримінального закону), то якщо під час судового провадження встановлені підстави для ухвалення виправдувального вироку та одночасно набув чинності закон, яким скасована кримінальна відповідальність, за діяння, вчинене особою, – суд повинен керуватися абзацом першим ч. 7 ст. 284 КПК України та п. 2 ч. 1 ст. 373 КПК України.

Список використаних джерел

1. Басиста І. В. Вплив криміналізаційної надмірності на розслідування окремих видів кримінальних правопорушень // Науковий вісник Сіверщини. Чернігів: Академія Державної пенітенціарної служби. 2017. С. 236–245. (Серія: Право; № 2 (2)).
2. Басиста І. В. Вплив криміналізаційної надмірності на розслідування окремих видів кримінальних правопорушень // Кримінальне право: традиції та новації: матеріали III Міжнародного круглого столу, присвяченого вшануванню пам'яті видатного вченого, Героя України, академіка Володимира Володимировича Сташиса (м. Чернігів, Академія Державної пенітенціарної служби, 7–8 вересня 2017 року). Чернігів: Десна Поліграф, 2017. С. 80–82.
3. Басиста І. В. Застосування положень статті 440 КПК України і пункту 5 частини 1 статті 284 КПК України у випадку смерті засудженого, виправданого до завершення розгляду касаційної скарги // Вісник Львівського національного університету імені

- Івана Франка. 2019. С. 212–221. (Серія юридична; вип. 68). URL: <http://publications.lnu.edu.ua/bulletins/index.php/law/article/view/10159> (дата звернення: 20.08.2020).
4. Басиста І. В. Криміналізація окремих діянь та декриміналізація інших: доцільність та нагальність // Матеріали міжнародної науково-практичної конференції «Політика в сфері боротьби зі злочинністю» (8–10 червня 2017 року м. Івано-Франківськ): Юридичний інститут Державного вищого навчального закладу «Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника», 2017. С. 12–14.
 5. Басиста І. В., Галаган В. І., Удовенко Ж. В. Кримінальний процес України: навчальний посібник. Київ: Центр учбової літератури, 2010. 352 с.
 6. Благодир С. М. Закриття кримінальної справи в досудовому слідстві: навчальний посібник. Тернопіль: Економічна думка, 2001. 112 с.
 7. Бородин С. В. Обстоятельства, исключают производство по уголовному делу // Учебные записки ВЗЮИ. Москва, 1961. Вып. 13. С. 78.
 8. Дубинский А. Я. Прекращение уголовных дел в стадии предварительного расследования: учеб. пособ. Киев: КВШ МВД СССР. 1975. 132 с.
 9. Заплятин Л. А. Судебные действия следственного характера как научная метафора: монография. Москва: Юрлитинформ. 2011. 320 с.
 10. Звернення судді Верховного Суду із реєстраційним вхідним номером Верховного Суду 512/0/26-19 від 22.10.2019. 3 с.
 11. Коваленко Є. Г., Малайченко В. Т. Кримінальний процес України: підручник. Київ: Юрінком Інтер, 2004. 688 с.
 12. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, документ №995_004, редакція від 02.10.2013. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/995_004 (дата звернення: 20.08.2020).
 13. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012. у редакції від 01.07.2020. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/page8> (дата звернення: 20.08.2020).
 14. Кримінальний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар за загальною редакцією професорів: В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. Є. Шумила. Київ: Юстініан, 2012. 1224 с.
 15. Лобойко Л. М., Банчук О. А. Кримінальний процес: навчальний посібник. Київ: Ваіте, 2014. 280 с.
 16. Ляш А. О., Благодир С. М. Закриття кримінального провадження за новим Кримінальним процесуальним кодексом України: деякі питання // Адвокат. 2013. №1 (148). С. 25–28.
 17. Матвійчук В. К. Проблема криміналізації та декриміналізації діянь проти навколишнього природного середовища // Юридична наука. 2013. № 4. С. 67–81.
 18. Науковий висновок члена Науково-консультативної ради при Верховному Суді д. ю. н., професора Ірини Басистої від 8 січня 2019 року з питань застосування положень статті 440 КПК України і пункту 5 частини 1 статті 284 КПК України у їх взаємозв'язку з положеннями статей 42 і 43 КПК України, зокрема, застосування вказаних норм кримінального процесуального закону у випадку смерті засудженого (виправданого) до завершення розгляду Верховним Судом касаційної скарги. 17 с.
 19. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо збереження українських лісів та запобігання незаконному вивезенню необроблених лісоматеріалів : Закон України документ 2531-VIII, редакція від 06.09.2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2531-19#n30> (дата звернення: 20.08.2020).
 20. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо збереження українських лісів»: Закон України документ 2708-VIII, редакція від 25.04.2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2708-19#n17> (дата звернення: 20.08.2020).

21. Тертишник В. М. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України. Вид. 13-те, допов. і перероб. Київ: Правова Єдність, 2017. 824 с.
22. Фріс П. Л. Криміналізація і декриміналізація у кримінально-правовій політиці // Вісник Асоціації кримінального права України. 2014. №1 (2). С. 19–28.
23. Шенітько І. І. Судовий розгляд в системі судового провадження у першій інстанції: монографія. Харків: Право: «Апостіль», 2018. 224 с.
24. Шуило М. Є. Реабілітація в кримінальному процесі України: монографія. Харків: Арсіс, 2001. 320 с.
25. Basysta I., Halahan V. Problems of adherence by Ukraine to international commitments in resolution of cases in trials that took place in temporarily occupied territories. Kyiv-Mohyla Law and Politics Journal // Kyiv. 2018. №4. P. 119–135. URL: <http://kmlpj.ukma.edu.ua/article/view/153256> (дата звернення: 20.08.2020).

References

1. Basysta, I. V. (2017). Vplyv kryminalizatsiinoi nadmirnosti na rozsliduvannia okremykh vydiv kryminalnykh pravoporushen. In: *Naukovyi visnyk Sivershchyny*. Chernihiv: Akademiia Derzhavnoi penitentsiarnoi sluzhby, 236–245. (Serii: Pravo; № 2 (2)).
2. Basysta, I. V. (2017). Vplyv kryminalizatsiinoi nadmirnosti na rozsliduvannia okremykh vydiv kryminalnykh pravoporushen. In: *Kryminalne pravo: tradytsii ta novatsii: materialy III Mizhnarodnoho kruhloho stolu, prysviachenoho vshanuvanniu pamiaty vydatnoho vchenoho, Heroia Ukrainy, akademika Volodymyra Volodymyrovycha Stashysa* (m. Chernihiv, Akademiia Derzhavnoi penitentsiarnoi sluzhby, 7–8 veresnia 2017 roku). Chernihiv: Desna Polihraf, 80–82.
3. Basysta, I. V. (2019). Zastosuvannia polozhen statti 440 KPK Ukrainy i punktu 5 chastyny 1 statti 284 KPK Ukrainy u vypadku smerti zasudzhеноho, vypravdanoho do zavershennia rozghliadu kasatsiinoi skarhy. In: *Visnyk Lvivskoho natsionalnoho universytetu imeni Ivana Franka*, 212–221. (Serii: yurydychna; vyp. 68). Retrieved from <http://publications.lnu.edu.ua/bulletins/index.php/law/article/view/10159> (data zvernennia: 20.08.2020).
4. Basysta, I. V. (2017). Kryminalizatsiia okremykh diian ta dekriminalizatsiia inshykh: dotsilnist ta nahalnist. In: *Materialy mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konferentsii «Polityka v sferi borotby zi zlochynnistiu»* (8–10 chervnia 2017 roku m. Ivano-Frankivsk): Yurydychnyi instytut Derzhavnoho vyshchoho navchalnoho zakladu «Prykarpatskyi natsionalnyi universytet imeni Vasylia Stefanyka», 12–14.
5. Basysta, I. V., Halahan, V. I., Udovenko, Zh. V. (2010). *Kryminalnyi protses Ukrainy: navchalnyi posibnyk*. Kyiv: Tsentr uchbovoi literatury.
6. Blahodyr, S. M. (2001). *Zakryttia kryminalnoi spravy v dosudovomu slidstvi: navchalnyi posibnyk*. Ternopil: Ekonomichna dumka.
7. Borodyn, S. V. (1961). Obstoiatelstva, yskliuchaiushchye proyzvodstvo po uholovnomu delu. In: *Uchebnye zapysky VZluY*. Moskva, Vyp. 13, 78.
8. Dubynskiy, A. Ya. (1975). *Prekrashchenye uholovnykh del v stady predvartelnoho rassledovaniya: ucheb. posob*. Kyev: KVSh MVD SSSR.
9. Zashliapyn, L. A. (2011). *Sudebnye deistviya sledstvennogo kharaktera kak nauchnaia metafora: monohrafiya*. Moskva: Yurlytynform.
10. *Zvernennia suddi Verkhovnoho Sudu iz reiestratsiinym vkhidnym nomerom Verkhovnoho Sudu 512/0/26-19 vid 22.10.2019*.
11. Kovalenko, Ye. H., Maliarenko, V. T. (2004). *Kryminalnyi protses Ukrainy: pidruchnyk*. Kyiv: Yurinkom Inter.

12. *Konventsiiia pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod, dokument №995_004, redaktsiia vid 02.10.2013*. Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/995_004 (data zvernennia: 20.08.2020).
13. *Kryriminalnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy vid 13.04.2012. u redaktsii vid 01.07.2020*. Retrieved from <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/page8> (data zvernennia: 20.08.2020).
14. *Kryriminalnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy: naukovo-praktychnyi komentar za zahalnoiu redaktsiieiu profesoriv: V. H. Honcharenka, V. T. Nora, M. Ye. Shumyla*. (2012). Kyiv: Yustinian.
15. Loboiko, L. M., Banchuk, O. A. (2014). *Kryriminalnyi protses: navchalnyi posibnyk*. Kyiv: Vaite.
16. Liash, A. O., Blahodyr, S. M. (2013). Zakryttia kryriminalnoho provadzhenia za novym Kryriminalnym protsesualnym kodeksom Ukrainy: deiaki pytannia. In: *Advokat, №1 (148)*, 25–28.
17. Matviichuk, V. K. (2013). Problema kryriminalizatsii ta dekryriminalizatsii diian proty navkolyshnoho pryrodnoho seredovyscha. In: *Yurydychna nauka, № 4*, 67–81.
18. *Naukovyi vysnovok chlena Naukovo-konsultatyvnoi rady pry Verkhovnomu Sudi d. yu. n., profesora Iryny Basystoi vid 8 sichnia 2019 roku z pytan zastosuvannia polozhen statti 440 KPK Ukrainy i punktu 5 chastyny 1 statti 284 KPK Ukrainy u yikh vzaïmozv'iazku z polozhenniamy statei 42 i 43 KPK Ukrainy, zokrema, zastosuvannia vказanykh norm kryriminalnoho protsesualnoho zakonu u vypadku smerti zasudzhenoho (vypravdanoho) do zavershennia rozghliadu Verkhovnym Sudom kasatsiinoi skarhy*.
19. *Pro vnesennia zmin do deiakykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo zberezhenia ukraïnskykh lisiv ta zapobihannia nezakonnomu vyvezenniu neobroblenykh lisomaterialiv: Zakon Ukrainy dokument 2531-VIII, redaktsiia vid 06.09.2018*. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2531-19#n30> (data zvernennia: 20.08.2020).
20. *Pro vnesennia zmin do deiakykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo zberezhenia ukraïnskykh lisiv: Zakon Ukrainy dokument 2708-VIII, redaktsiia vid 25.04.2019*. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2708-19#n17> (data zvernennia: 20.08.2020).
21. Tertyshnyk, V. M. (2017). *Naukovo-praktychnyi komentar Kryriminalnoho protsesualnoho kodeksu Ukrainy*. Vyd. 13-te, dopov. i pererob. Kyiv: Pravova Yednist.
22. Fris, P. L. (2014). Kryriminalizatsiia i dekryriminalizatsiia u kryriminalno-pravovii politytsi. In: *Visnyk Asotsiatsii kryriminalnoho prava Ukrainy, №1 (2)*, 19–28.
23. Shepitko, I. I. (2018). *Sudovy rozghliad v systemi sudovoho provadzhenia u pershii instantsii: monohrafiia*. Kharkiv: Pravo: «Apostil».
24. Shumylo, M. Ye. (2001). *Reabilitatsiia v kryriminalnomu protsesi Ukrainy: monohrafiia*. Kharkiv: Arsis.
25. Basyta, I., Halahan, V. (2018). Problems of adherence by Ukraine to international commitments in resolution of cases in trials that took place in temporarily occupied territories. *Kyiv-Mohyla Law and Politics Journal*. In: *Kyiv, №4*, 119–135. Retrieved from <http://kmlpj.ukma.edu.ua/article/view/153256> (data zvernennia: 20.08.2020).

**ON CLOSING OF THE CRIMINAL PROCEEDINGS
ON THE GROUND OF THE ENACTMENT
OF THE LAW CANCELLING CRIMINAL LIABILITY
FOR THE ACT COMMITTED BY A PERSON: SELECTED ISSUES**

I. Basysta

*Lviv State University of Internal Affairs,
26, Horodotska str., Lviv, Ukraine, 79007,
e-mail: basysta-i@ukr.net*

This publication outlines the author's academic opinion on such issues as whether the first instance court has a right to close the criminal proceedings in the course of the court hearing based on Clause 4, Part 1 of Article 284 of the Criminal Procedure Code of Ukraine; whether it is necessary to prove at the court hearing that the person is guilty to make such procedural resolution, as well as what to do in a situation when, in addition, the grounds to deliver a judgement of acquittal were discovered? To be specific, it generally tracks the chain of issues that emerge on the way of adoption of the procedural resolution to close the criminal proceedings due to enactment of the law cancelling criminal liability for the act committed by a person.

This was the wording of the existing criminal procedural problem that the Justices of the Criminal Cassation Court within the Supreme Court addressed the Supreme Court's Academic Advisory Council in October 2019 to receive their scholarly conclusion. My considerations on the present situation in this sphere were reflected in the scholarly conclusion, which is only the author's opinion, as well as in this publication, and thus I am looking forward to a fruitful discussion. This way, hopefully, I can contribute to the practice of investigation and court hearings, which is quite complicated.

In the process of the scholarly research conducted, I confirmed that the first instance court has a right to close the criminal proceedings based on Clause 4, Part 1 of Article 284 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, by delivering a judgment, if there are no grounds for adopting any other closing procedural resolutions for this stage, as provided by the Criminal Procedure Code of Ukraine, in particular, a judgement of acquittal, which the court is obliged to deliver provided that the relevant grounds exist, as stipulated by the Criminal Procedure Code of Ukraine (from Clause 2, Part 1 of Article 373 of the Criminal Procedure Code of Ukraine it follows that if the court proceeding does not prove that the criminal offence was committed by the accused, the court is obliged to deliver a judgement of acquittal).

It is reasonable, considering the presented arguments, that in order to pass a ruling to close the criminal proceedings in a court hearing based on Clause 4, Part 1 of Article 284 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, it is necessary to establish the guilt of the accused by providing evidence.

It is proven that in the above situation the court's right and obligation to make ending procedural resolutions should be clearly delineated. Delivering a judgement of acquittal is the court's obligation (which takes priority over the right to close the criminal proceedings based on Clause 4, Part 1 of Article 284 of the Criminal Procedure Code of Ukraine).

Keywords: closing of the criminal proceedings; enactment of the law cancelling criminal liability for the act committed by a person; a judgement of acquittal; criminal proceedings.

*Стаття: надійшла до редакції 10.09.2020
прийнята до друку 12.11.2020*

УДК: 343.101-049.3-047.275:343.163.072.22]477)

ВІДМОВА ВІД ПІДТРИМАННЯ ОБВИНУВАЧЕННЯ ЯК ФОРМА ЗЛОВЖИВАННЯ ПРОКУРОРОМ СВОЇМ ПРАВОМ

Г. Борецько

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, Львів, Україна, 79000,
e-mail: gala7788@meta.ua*

У статті розглянуто окремі проблемні аспекти інституту відмови прокурора від підтримання обвинувачення закріплені у чинному КПК України як можливості зловживання таким правом. Вивчено наслідки такої відмови як для обвинуваченого, так і для прокурора. Одночасно, проаналізовано чинне законодавство, що регулює порядок відновлення прав обвинуваченого щодо якого прокурор відмовився від підтримання обвинувачення.

Запропоновано конкретні пропозиції щодо удосконалення вказано інституту шляхом встановлення «запобіжників» щодо зловживання цим правом. Зокрема наголошено на необхідності виключити можливість прокурора приймати рішення про відмову від підтримання обвинувачення у підготовчому засіданні. Наведено аргументи щодо обґрунтованості умови погодження постанови про відмову від обвинувачення з прокурором вищого рівня, яка не є втручанням в його процесуальну діяльність.

Для повного забезпечення відновлення прав та свобод особи, якій незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду завдано шкоди, запропоновано передбачити у відповідному Законі як підставу для відшкодування громадянину шкоди винесення судом ухвали про закриття кримінального провадження у зв'язку із відмовою прокурора від підтримання обвинувачення, що прирівнюється до виправдувального вироку. Такий підхід з одного боку забезпечить особі гарантії матеріального характеру, а з іншого – стимулюватиме прокурора відповідальніше ставитись до формування обвинувачення та скерування обвинувального акту до суду для розгляду по суті.

Ключові поняття: докази; прокурор; підтримання обвинувачення; підготовче судове засідання; погодження постанови

DOI: <http://dx.doi.org/10.30970/vla.2020.71.122>

Вступ. Питання відмови прокурора від підтримання обвинувачення під різними кутами зору вивчали багато авторів, серед яких І. В. Гловюк, В. Т. Каркач, А. В. Лапкін, В. Т. Маляренко, В. Т. Нор, М. С. Туркот та інші, основними проблемами дослідження яких були теми форми відмови прокурором від обвинувачення; відмови від обвинувачення у разі створення групи прокурорів; законності вимоги погодження постанови про відмову від обвинувачення з прокурором вищого рівня; визначення стадії судового провадження, на якій прокурор уповноважений відмовитися від обвинувачення; можливості оскарження рішення суду про закриття кримінального провадження у разі відмови прокурора від обвинувачення; наслідки відмови прокурора від обвинувачення, а також щодо недопущення відмови прокурора від обвинувачення в судовому провадженні.

Постановка проблеми. Активність обговорення цього інституту в юридичній літературі та аналіз цих та інших питань засвідчили, що на законодавчому рівні існують серйозні прогалини у нормативному регулюванні інституту відмови

прокурора від обвинувачення, незважаючи на прогресивність цього інституту. Власне, недосконале регулювання на законодавчому рівні зазначеного питання створює прокуророві гіпотетичні можливості зловжити своїм правом на таку відмову з різною метою, що, зрозуміло, не відповідає завданням кримінального провадження.

З метою підвищення ефективності названого інституту варто проаналізувати порядок та підстави відмови прокурора від підтримання обвинувачення за чинним КПК України та напрацювати пропозиції щодо належного удосконалення норм, які регламентують такий порядок. Тому, **метою** цієї статті є дослідження окремих аспектів порядку відмови прокурора від підтримання обвинувачення для вжиття заходів зі запобігання можливостям зловживання прокурором таким правом.

Виклад основного матеріалу. Норми КПК України, які регулюють порядок відмови прокурора від підтримання обвинувачення, навряд чи можна визнати досконалими, оскільки, як засвідчує практика, не запобігають зловживанню прокурором таким правом.

Кримінальний процесуальний закон у регулюванні питання відмови спирається на те, що прокурор ідеально виконує свої обов'язки, а відмова від підтримання обвинувачення у всіх випадках має бути обґрунтованою, мотивованою і, зрозуміло, законною. Проаналізувавши норми, вбачаємо, що законодавець навіть не допускає, що відмова може бути незаконною і не передбачає вчинення подальших дій, у випадку, якщо прокурор відмовився від підтримання обвинувачення безпідставно. Проте, як засвідчує практика, це не завжди так, в такому разі не досягається завдання кримінального провадження щодо повного та неупередженого судового розгляду для того, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини.

Тож порядок відмови прокурора від підтримання обвинувачення підлягає чіткому регламентуванню, оскільки під час прийняття рішення про відмову прокурор ставить у безальтернативне становище суд щодо прийняття рішення у такому провадженні (у разі відсутності потерпілого) – закрити провадження (п. 2 ч. 2 ст. 284 КПК України). У такому випадку фактично рішення щодо невинуватості обвинуваченого приймає прокурор, а не суд. Зазначена норма не відповідає положенням ст. 30 КПК України та суперечить її вимогам, адже у кримінальному провадженні правосуддя здійснює лише суд. Тож, законодавець обмежив владу суду щодо справедливого розгляду та вирішення справи незалежним та неупередженим судом. Окрім цього, така позиція не відповідає і вимогам закону про встановлення істини, конституційним принципам законності, забезпеченню доведеності вини обвинуваченого, презумпції невинуватості, а також принципу безпосереднього дослідження доказів судом. З урахуванням цих принципів суд першої інстанції повинен приймати кінцеві рішення лише на підставі зібраних, перевірених і належно оцінених доказів, а не на підставі лише переконань (думок) учасників процесу, що не віднесені законом ані до доказів та їх джерел, а тому з погляду доказового права вони не можуть бути покладені в основу судового рішення [4, с. 280].

Нагадаємо, що можливість відмовитися від підтримання обвинувачення прокурор мав і згідно з вимогами КПК України 1960 року (до внесення змін у 2001 році), але його відмова не мала для суду вирішального значення, оскільки суд був зобов'язаний у такому випадку продовжити розгляд справи і ухвалити у ній рішення, яке відповідає вимогам закону.

Реалії сьогодення свідчать про неготовність перейняття прокурорами на себе відповідальності щодо чіткого дотримання вимог закону за підтримання обвинувачення в суді. Тому такі дії обвинувача підлягають детальній регламентації

з метою недопущення зловживань цим правом, отримавши фактичну безконтрольність щодо ухвалення таких рішень. Адже єдиною підставою для такої відмови є переконання прокурора, що пред'явлене особі обвинувачення зібраними стороною обвинувачення доказами не підтверджується. Але щоб дійти такого переконання, потрібно проаналізувати докази, здобуті у процесі досудового слідства в сукупності з доказами, які здобуті, перевірені та досліджені в судовому засіданні, як цього вимагає ст. 3 КПК України. Такий процес є виваженим, скрупульозним і потребує затрати певного часу. Детальне вивчення та аналіз таких доказів можливий на етапі судового розгляду, в ході якого й відбувається процес дослідження доказів в умовах змагальності сторін обвинувачення і захисту.

Водночас, кримінальний процесуальний закон (п. 2 ч. 3 ст. 314 КПК України) надає прокуророві можливість прийняти рішення про відмову від підтримання обвинувачення вже на стадії підготовчого засідання. Таке право, як видається, не є виправданим та тягне за собою ризики зловживання прокурором цим правом. Адже аналіз вимог ст. ст. 314, 315 КПК України засвідчує, що у підготовчому судовому засіданні дослідження доказів щодо пред'явленого обвинувачення не відбувається. Інші норми КПК України також підкріплюють позицію, що дослідження доказів здійснюється під час судового розгляду. Крім того, згідно з ч. 4 ст. 291 КПК України заборонено надавати прокуророві до початку судового розгляду інші документи, крім обвинувального акту і додатків до нього. Тому незрозуміло, на якому із цих етапів прокурор має дійти переконання, що пред'явлене особі обвинувачення не підтверджується і що саме може вплинути на таке його переконання, крім дослідження доказів.

Власне, через неможливість дослідити і зіставити докази на стадії підготовчого засідання відмова від підтримання обвинувачення на ній немотивованою, як цього вимагає ч. 1 ст. 340 КПК України і, як наслідок, такі дії свідчитимуть про необгрунтованість прийнятого прокурором рішення про затвердження обвинувального акту та скерування його до суду. Так, до закінчення досудового слідства затвердженням і скеруванням обвинувального акту до суду прокурор здійснював нагляд за дотриманням законів під час проведення досудового розслідування (ст. 36 КПК України). Під час досудового розслідування прокурор має набути твердої впевненості та переконливості у тому, що підозрюваний винний у вчиненні конкретного злочину. В іншому випадку скерування обвинувального акту до суду є незаконним і недопустимим. Прокурор повинен враховувати всі зібрані докази, які доводять винуватість особи, їх достатність та допустимість, перевірити докази, які виправдовують особу, оскільки прокурор, керуючись своїми повноваженнями, переймає на себе відповідальність за стан слідства, обмеження чи порушення конституційних прав і свобод підозрюваного під час досудового слідства та заподіяння йому різних видів шкоди, у зв'язку із незаконним притягненням до кримінальної відповідальності.

Тому, затверджуючи і скеровуючи обвинувальний акт до суду, прокурор, впевнився у законності та обгрунтованості своєї позиції на підставі зібраних доказів, і, як слушно зазначають С. А. Альперт та М. І. Бажанов [1, с. 159–162] з цього моменту прокурор стає обвинувачем. Якщо прокурор не дійшов переконання у достатності зібраних доказів вини особи у вчиненому кримінальному правопорушенні, то він не повинен затверджувати обвинувальний акт.

Відмова прокурора від обвинувачення на більш ранньому етапі судового розгляду свідчить не тільки про неякість досудового слідства, на що не було звернуто уваги прокурора, а й на невідповідність прокурора до процесу, його формальний підхід до справи, передчасність прийняття рішення і, як наслідок, порушення конституційних норм, які гарантують забезпечення прав і свобод людини [5, с. 46].

Як слушно зазначає В. Т. Маляренко [6], завданням прокурора на підготовчому засіданні суду є доведення, що в матеріалах справи зібрано всі необхідні докази для розгляду справи в судовому засіданні, що до відповідальності притягнуто осіб, які викриваються зібраними доказами у вчиненні злочину, що дії обвинуваченого правильно кваліфіковано за статтями кримінального закону. Інакше кажучи, в підготовчому засіданні прокурор доводить необхідність судити, а в стадії судового розгляду він доводить винність підсудного і вимагає засудити його.

Незважаючи на зазначене вище, КПК України надає можливість відмовитись прокурору від підтримання обвинувачення вже під час підготовчого судового засідання, даючи йому змогу зловживання цим правом. Звичайно, сам по собі інститут відмови від підтримання обвинувачення є необхідним, однак його регламентація у чинному КПК України не дає достатніх процесуальних запобіжників від зловживання таким правом.

Тож, як видається, одним із заходів до запобігання зловживання прокурором правом на відмову від підтримання обвинувачення є виняток із п. 2 ч. 3 ст. 314 КПК України посилення на ч. 2 ст. 284 цього Кодексу. Адже наділення прокурора таким правом і водночас відсутність процедури відомчого чи судового контролю за процесом відмови від підтримання обвинувачення надає прокуророві можливість використати його в процесі реалізації такого права всупереч його суті і призначенню, спричиняючи шкоду та певні негативні наслідки іншим учасникам процесу, суспільству та державі.

Аналіз вивчення норм КПК України дає змогу виявити прогалину правового регулювання, зокрема, ситуації, коли прокурор незаконно відмовляється від обвинувачення в результаті помилкового оцінювання доказів, неправильного тлумачення норм матеріального чи процесуального закону або зловживання своїм правом. Відсутність нормативно-правової регламентації такої процесуальної ситуації призводить до неможливості процесуального реагування на такі дії прокурора як посадової особи.

Щоправда, необхідно зазначити, що кримінальний процесуальний закон містить певні запобіжники від зловживання прокурором правом на відмову від обвинувачення. Одним із таких «запобіжників» є необхідність погодження рішення прокурора з прокурором вищого рівня. Проте цей запобіжник не може достатньою мірою забезпечити можливості повністю унеможливити зловживання таким правом. Крім того, деякі автори вважають, що сам факт погодження постанови про відмову від обвинувачення з прокурором вищого рівня свідчить про втручання в самостійність процесуальної діяльності прокурора (обвинувача) [2, с. 26–27].

З такою позицією навряд чи можна погодитися, адже варто згадати про певні застереження у разі надання певній посадовій особі чи державному органу дискреційні повноваження, що носитимуть характер необмеженої влади. Не випадково, у Доповіді № 512/2009 Європейської комісії «За демократію через право» «Верховенство права», схваленій Венеціанською комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 року) (далі – Доповідь) до елементів верховенства права зачислено, зокрема, юридичну визначеність та заборону свавілля (п. 41). У Доповіді зазначено, що потреба у визначеності не означає, що органи, який ухвалює рішення, не повинні надаватися дискреційні повноваження (де це необхідно) за умови наявності процедур, що унеможливлюють зловживання ними; у цьому контексті закон, яким надаються дискреційні повноваження певному державному органу, повинен вказати чітко і зрозуміло на обсяг такої дискреції; не відповідатиме верховенству права, якщо надана законом виконавчій владі дискреція матиме характер необмеженої влади; отже, закон повинен вказати на обсяг будь-якої дискреції та на спосіб її здійснення із достатньою чіткістю, аби особа мала змогу відповідно захистити себе від свавільних дій влади.

Щодо заборони свавілля у п. 52 Доповіді зазначено таке: хоча дискреційні повноваження є необхідними для здійснення всього діапазону владних функцій у сучасних складних суспільствах, ці повноваження не мають здійснюватися у свавільний спосіб; їх здійснення у такий спосіб уможливило ухвалення суттєво несправедливих, необґрунтованих, нерозумних чи деспотичних рішень, що є несумісним із поняттям верховенства права [3].

Сам факт необхідності погодження постанови про відмову від обвинувачення із прокурором вищого рівня не свідчить про посягання на процесуальну самостійність державного обвинувача, адже таке погодження передбачено також нормами КПК України у разі прийняття прокурором у кримінальному провадженні й інших процесуальних рішень. Кримінальне процесуальне законодавство наділяє прокурора вищого рівня й іншими процесуальними правами щодо прийняття певних рішень у кожному кримінальному провадженні як під час досудового розслідування, так і під час судового розгляду, а також і на стадіях оскарження рішень суду.

Так, в абз. 3 ч. 3 ст. 17 Закону України «Про прокуратуру» визначено хто за посадою є прокурором вищого рівня стосовно відповідного прокурора. Аналіз норм КПК України дає змогу встановити, що керівник місцевої (окружної) чи обласної прокуратури, його перший заступник і заступники є прокурорами вищого рівня щодо прокурорів місцевої (окружної) чи обласної прокуратури, а Генеральний прокурор чи його перший заступник і заступники – для прокурорів Офісу Генерального прокурора. Відповідно з переліченими прокурорами кримінальний процесуальний закон потребує погодження від прокурора нижчого рівня погодження або відповідного інформування та реагування:

1) клопотання про продовження строків досудового розслідування (ст. 294 КПК України);

2) зміни обвинувачення, висунення додаткового обвинувачення, розпочинання провадження щодо юридичної особи (ст. 341 КПК України);

3) внесення апеляційної та касаційної скарги, заяви про перегляд судового рішення за нововиявленими або винятковими обставинами (ч. 4 ст. 36 КПК України);

4) розгляду скарг на недотримання розумних строків слідчим, прокурором під час досудового розслідування (ст. 308 КПК України);

5) розгляду скарг на рішення, дії чи бездіяльність прокурора (ст. ст. 312, 313 КПК України).

Але прокурор вищого рівня, крім цього, в жодному випадку не втручається у прийняття процесуальних рішень прокурором у кримінальному провадженні. Такий інститут є однією з гарантій захисту особою своїх прав та свобод від їх порушення як з боку органів, що здійснюють досудове розслідування, так і прокурора у кримінальному провадженні, який здійснює процесуальне керівництво.

Тож і погодження постанови про відмову від обвинувачення з прокурором вищого рівня не є втручанням у процесуальну самостійність прокурора, беручи до уваги те, що він свою позицію щодо підтримання обвинувачення висловлює у судовому засіданні під час оголошення клопотання про відкладення засідання для складення та погодження відповідних процесуальних документів (ч. 1 ст. 340 КПК України). Отже, факт повідомлення суду про таке клопотання варто розцінювати як відмову саме прокурора від підтримання обвинувачення, яке відбувається без будь-якого втручання у його процесуальну діяльність. У випадку ж непогодження постанови про відмову від обвинувачення прокурором вищого рівня, для підтримання обвинувачення до суду прибуде вже інший обвинувач (ч. 2 ст. 341 КПК України) з позицією подальшого підтримання обвинувачення.

Тож, попередній прокурор як обвинувач у повному обсязі виконає свій обов'язок належного підтримання обвинувачення з врахуванням свого переконання щодо непідтвердження пред'явленого особі обвинувачення. Натомість відповідальність щодо об'єктивності продовження обвинувачення переймає прокурор вищого рівня, в тому числі і ризик подальшого відшкодування шкоди, завданої незаконними діями у випадку постановлення судом виправдувального вироку.

Беручи до уваги викладене, констатуємо, що передбачена кримінальним процесуальним законом умова щодо погодження постанови про відмову від підтримання обвинувачення з прокурором вищого рівня є заходом запобігання зловживання правом на відмову від підтримання обвинувачення прокурором-обвинувачем.

Щоправда, потребує врегулювання також питання попередження зловживання таким правом спільно як обвинувачем, так і прокурором вищого рівня. Видається, що таким запобіжником слугує обов'язкове вивчення постанови обвинувача про відмову від підтримання обвинувачення прокуратурою вищого рівня та подальше її затвердження, яке повинно бути передбачене та регламентоване у відомчих нормативних актах. Зазначений алгоритм дій не може вплинути на процесуальну самостійність обвинувача, але такі вимоги будуть спрямовані на попередження незаконних і необґрунтованих постанов про відмову від підтримання обвинувачення.

Автори, які припускають, що такі дії негативно впливають на процесуальну самостійність прокурора, завчасно невинувато ставлять під сумнів об'єктивність намірів прокурора вищого рівня. Адже варто врахувати, що згідно зі Законом України «Про прокуратуру» прокуратура України становить єдину систему, яка в порядку, передбаченому цим Законом, здійснює встановлені Конституцією України функції з метою захисту прав і свобод людини, загальних інтересів суспільства та держави. Приймаючи рішення про відмову від підтримання обвинувачення прокурор (обвинувач) обстоює не власний інтерес, а діє від імені державного органу, на який покладено обов'язок виконання завдань кримінального провадження і виконує функцію саме обвинувачення (п. 19 ч. 1 ст. 3 КПК України).

У випадку прийняття прокурором незаконної постанови про відмову від підтримання обвинувачення залишається відкрити питання щодо порядку реагування на такі незаконні дії, адже вони призводять до певних негативних наслідків для обвинуваченого. Так, ч. 10 ст. 284 та п. 2 ч. 2 ст. 395 КПК України встановлено, що ухвала суду про закриття кримінального провадження може бути оскаржена в апеляційному порядку. Статтею 393 КК України таке право надається прокуророві. Таким прокурором, з урахуванням вимог ч. 5 ст. 24 Закону України «Про прокуратуру», може бути прокурор, який брав участь у судовому розгляді, а також прокурор вищого рівня.

Однак, зі змісту ч. 4 ст. 404 КПК України вбачається, що суд апеляційної інстанції не має права розглядати обвинувачення, яке не було висунуте в суді першої інстанції. Отже, прокурор, який брав участь у судовому розгляді і відмовився від підтримання обвинувачення, фактично його не висував, тобто він подавати апеляційну скаргу не уповноважений. Аналогічно, прокурор вищого рівня не може оскаржити таке рішення суду першої інстанції з урахуванням вимог ч. 4 ст. 404 КПК України. Також, якщо і потерпілий, його представник та законний представник погодилися з позицією прокурора про відмову від підтримання обвинувачення, відповідно до п. 7 ч. 1 ст. 393 КПК України, то вони також не можуть оскаржити ухвалу суду про закриття кримінального провадження із зазначених причин. Аналогічно, і обвинувачений, незважаючи на бажання реабілітуватися шляхом винесення виправдувального вироку і не бути позбавленим права на відшкодування шкоди через незаконне притягнення до кримінальної

відповідальності, з урахуванням вимог цієї ж ч. 4 ст. 404 КПК України також не може подати апеляційну скаргу на рішення суду про закриття кримінального провадження на підставі п. 2 ч. 2 ст. 284 КПК України.

Поряд з цим, ст. 409 КПК України, яка дає перелік підстав для скасування або зміни судового рішення судом апеляційної інстанції, не передбачає такої підстави, як скасування ухвали про закриття кримінального провадження, з огляду на відмову прокурора від підтримання обвинувачення.

Як слушно зазначав В. Т. Маляренко, І. В. Вернидубов, що рішення суду про закриття кримінальної справи у такому випадку не може бути переглянуте, навіть якщо його винесено за умови зловживань чи інших умисних діянь [6]. Така ситуація явно абсурдна і спонукає до спрощення судочинства, створює умови для зловживань та недбалості, тобто є надзвичайно небезпечною, а тому потребує негайного втручання законодавця для її усунення.

Як свідчить практика, неналежне регламентування процедури відмови від підтримання обвинувачення дає підстави прокуророві зловживати таким правом з метою приховання своєї недбалості чи зацікавленості, маскуючи такі дії під законні, хоча фактично такими не є. Такий стан позбавляє можливості обвинуваченого права на реабілітацію, з огляду на незаконне притягнення до кримінальної відповідальності, а також, як наслідок, відшкодування шкоди, завданої, у зв'язку із цим, відповідно із Законом України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду». Адже згідно з цим Законом (ст. 1) відшкодуванню підлягає шкода, завдана громадянину внаслідок незаконного повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення; незаконного взяття і тримання під вартою; незаконного проведення під час кримінального провадження обшуку, виїмки; незаконного накладення арешту на майно; незаконного відсторонення від роботи (посади); незаконного проведення оперативно-розшукових заходів, передбачених законами України «Про оперативно-розшукову діяльність», «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю». Перелічені оперативно-розшукові, слідчі процесуальні дії можуть проводитися в ході досудового розслідування, результатом якого є відмова в суді прокурора від підтримання обвинувачення.

Право на відшкодування шкоди в розмірах і в порядку, передбачених цим Законом (що стосується питання, яке ми досліджуємо) виникає у випадку постановлення судом виправдувального вироку або закриття кримінального провадження за відсутністю події кримінального правопорушення, відсутністю у діянні складу кримінального правопорушення або невстановленням достатніх доказів для доведення винуватості особи у суді і вичерпанням можливостей їх отримати. Як бачимо, під час закриття кримінального провадження у випадку відмови прокурора від підтримання обвинувачення право на відшкодування шкоди, завданої незаконними діями органів, в тому числі прокурора, який безпідставно здійснив таку відмову, в особи не виникає.

Водночас для прокурора факт відмови від підтримання обвинувачення прирівнюється до постановлення в майбутньому судом виправдувального вироку. Такий вирок може бути винесено, якщо в суді встановлено докази, що підтверджують відсутність події кримінального правопорушення, відсутність у діянні складу кримінального правопорушення або не встановлено достатньо доказів для доведення винуватості особи у суді. Як засвідчує вивчення судової практики, основними причинами відмови прокурора від обвинувачення є невстановлення достатньо

доказів, що підтверджують вину обвинуваченого і вичерпання можливості їх отримання. Зазначена обставина є реабілітуючою і повинна належати до обставин, які надають право на відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування та прокуратури.

Тому така ситуація дає змогу прокуророві і до певної міри спонукає його відмовитися від обвинувачення, не отримавши виправдувального вироку, завуалювавши свої дії (неналежний нагляд за досудовим розслідуванням, непрофесійність підтримання обвинувачення та інше) під правомірні, оминувши майбутню відповідальність за такі дії. Водночас, прокурор позбавляє права обвинуваченого отримати реабілітує рішення відносно нього – виправдувальний вирок, і, як наслідок, отримати відшкодування шкоди, завданої неправомірними діями органу досудового розслідування та прокурора.

Інститут відмови від обвинувачення передбачений у кримінальному процесі України з метою утвердження об'єктивності дій кожної зі сторін провадження та доведення винуватості чи невинуватості обвинуваченого перед судом. Надання права прокуророві відмовитися від підтримання обвинувачення зумовлено тим, щоб у випадку встановлення ним явних фактів, що свідчать про невинуватість особи, він як представник держави передусім зміг би, в межах закону, вільно сказати «на біле – біле, на чорне – чорне», а не акцентувати уваги лише на обвинувальному ухилі своєї процесуальної діяльності. Не можна вважати прокурора представником держави, якщо він на основі недопустимих доказів, «закриваючи на це очі», продовжує формулювати та підтримувати обвинувачення лише для того, щоб завершити свою обвинувальну діяльність., виконати кримінальну процесуальну функцію обвинувачення будь-якою ціною.

Інститут відмови прокурора від підтримання обвинувачення повинен забезпечити дотримання прав і свобод обвинуваченого не лише шляхом припинення кримінального переслідування, але й шляхом надання права на відшкодування шкоди, завданої неправомірними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування та прокуратури.

Висновки. За наслідками дослідження інституту відмови прокурора від підтримання обвинувачення виявлено певні недоліки у його правовому регулюванні, які призводять до зловживання прокурором таким правом. З метою ефективного здійснення прокурором своєї процесуальної діяльності та усунення прогалин в цій частині запропоновано певні рекомендації спрямовані на запобігання можливостям зловживання цим правом. Так, з метою об'єктивності та повноти прийняття прокурором рішення про відмову від підтримання обвинувачення необхідно вилучити можливість прокурора приймати таке рішення у підготовчому засіданні, тобто вилучити із п. 2 ч. 3 ст. 314 КПК України посилання на ч. 2 ст. 284 цього Кодексу.

Передбачена ст. 340 КПК України умова погодження постанови про відмову від обвинувачення з прокурором вищого рівня як захід запобігання зловживання обвинувачем своїм правом на відмову від підтримання обвинувачення є обгрунтованою і не є втручанням в його процесуальну діяльність.

Для цілковитого забезпечення відновлення прав та свобод особи, якій незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органам досудового розслідування, прокуратури і суду завдано шкоди, передбачити у Законі України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду» як підставу для відшкодування громадянину шкоди винесення судом ухвали про закриття кримінального про-

вадження у зв'язку із відмовою прокурора від підтримання обвинувачення, що прирівнюється до виправдувального вироку. Такий підхід з одного боку забезпечить особі гарантії матеріального характеру, а з іншого – стимулюватиме прокурора відповідальніше ставитися до формування обвинувачення та скерування обвинувального акту до суду для розгляду по суті.

Список використаних джерел

1. Альперт С. А., Бажанов М. И. Рец. на кн.: Гельперин И. М. и Лукашевич В. З. Предание суду по советскому уголовно-процессуальному праву // Правоведение. 1965. № 4. С. 159–162.
2. Богонос М. Відмова від підтримання державного обвинувачення, його зміна, висунення додаткового обвинувачення // Повноваження прокурора щодо визначення меж судового розгляду: матеріали круглого столу (22 листопада 2019 року). Київ: Національна академія прокуратури України, 2019. С. 24–27.
3. Доповідь № 512/2009 Європейською комісією «За демократію через право» «Верховенство права», схваленій Венеціанською комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 року). URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-ukr).
4. Дунас Т. О., Руденко М. В. Щодо питання про недопущення відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення у судовому провадженні: вступ до проблематики // Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. 2013. С. 281–281. (Серія «Право»; вип. № 16).
5. Карпова А. Актуальні питання відмови прокурора від обвинувачення // Повноваження прокурора щодо визначення меж судового розгляду: матеріали круглого столу (22 листопада 2019 року). Київ: Національна академія прокуратури України, 2019. С. 44–47.
6. Маляренко В. Т., Вернидубов В. І. Про відмову прокурора від підтримання державного обвинувачення в суді та її правові наслідки // Вісник Верховного Суду України. 2002. № 4. URL: [http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/4F2BD2C153EAF85BC2257AF4003A6D0F?OpenDocument](http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/4F2BD2C153EAF85BC2257AF4003A6D0F?OpenDocument).

References

1. Alpert, S. A., Bazhanov, M. I. (1965). Rec. on the book: Gelperin I. M. and Lukashevich V. Z. Surrender to the court under Soviet criminal procedure law. In: *Jurisprudence*, № 4, 159–162.
2. Bogonos, M. (2019). Refusal to support the state prosecution, its change, additional charges. In: *Powers of the prosecutor to determine the boundaries of the trial: materials of the round table (November 22, 2019)*. Kyiv: National Academy of the Prosecutor's Office of Ukraine, P. 24–27.
3. *Report № 512/2009 by the European Commission for Democracy through Law «Rule of Law», approved by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25–26 March 2011)*. Retrieved from [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-ukr).
4. Dunas, T. O., Rudenko, M. V. (2013). *On the issue of preventing the prosecutor's refusal to support the state prosecution in court proceedings: an introduction to the issue*. V. N. Karazin Kharkiv National University. Law series. Issue № 16, 281–281.
5. Karpova, A. (2019). Current issues of the prosecutor's refusal to prosecute. In: *Powers of the prosecutor to determine the boundaries of the trial: materials of the round table (November 22, 2019)*. Kyiv: National Academy of the Prosecutor's Office of Ukraine, 44–47.
6. Malyarenko, V. T., Vernydubov, V. I. (2002). On the prosecutor's refusal to support the state prosecution in court and its legal consequences. In: *Bulletin of the Supreme Court of Ukraine*. № 4. Retrieved from [http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/4F2BD2C1-53EAF85BC2257AF4003A6D0F?OpenDocument](http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/4F2BD2C1-53EAF85BC2257AF4003A6D0F?OpenDocument).

DISMISSAL OF CHARGES BY THE PROSECUTOR AS A FORM OF ABUSE OF HIS RIGHTS

H. Boreiko

*Ivan Franko National University of Lviv,
1, Universytetska Str., Lviv, Ukraine, 79000,
e-mail: gala7788@meta.ua*

The article considers certain issues on the institution of the prosecutor's dismissal of charges enshrined in the current CPC of Ukraine as a possibility of abuse of such a right. The consequences of such a dismissal for both the accused and the prosecutor are investigated. At the same time, the current legislation regulating the procedure for restoring the rights of the accused, the charges against whom the prosecutor dismissed, is analyzed.

The realities of today's life demonstrate the unpreparedness of prosecutors to take responsibility for strict compliance with the law while prosecuting in court. Therefore, such actions of the prosecutor are subject to detailed regulation in order to prevent abuse of this right, gaining de facto the lack of control over the adoption of such decisions.

The results of investigating the institute of the prosecutor's dismissal of charges reveal certain shortcomings in its legal regulation, which lead to the prosecutor's abuse of this right. In order to effectively carry out the prosecutor's procedural activities and eliminate the gaps in this part, certain recommendations are proposed aimed at preventing the possibility of abuse of this right.

Notwithstanding the above, the CPC of Ukraine provides an opportunity for the prosecutor to dismiss charges already in the course of the preparatory court hearing, thus giving him the opportunity to abuse such a right. Indeed, the institution of the dismissal of charges is necessary in itself, but its regulation in the current CPC of Ukraine does not provide sufficient procedural safeguards against the abuse of this right.

For the purpose of objectivity and completeness of the prosecutor's decision to dismiss charges, it is necessary to exclude the possibility of the prosecutor to adopt such a decision in the preparatory hearing, i.e. to exclude from Paragraph 2, Part 3, Art. 314 of the CPC of Ukraine the reference to Part 2, Art. 284 of this Code. The condition of approving a decision to dismiss charges by a higher-level prosecutor as a measure to prevent the abuse of the prosecutor's right to dismiss charges, provided by Art. 340 of the CPC of Ukraine, is justified and does not interfere with his procedural activity.

In order to fully ensure the restoration of the rights and freedoms of a person harmed by illegal actions of the bodies conducting operative-investigative activities, bodies of pre-trial investigation, prosecutor's office and court, it is necessary to amend the Law of Ukraine «On the Procedure of Compensation for Damage Caused by Illegal Actions of the Bodies Conducting Operative-Investigative Activities, Bodies of Pre-trial Investigation, Prosecutor's Office and Court» with such a ground of compensation for damage as the court's decision to close the criminal proceedings in connection with the prosecutor's dismissal of charges, which equals to the acquittal.

Keywords: evidence; prosecutor; prosecution; preparatory court hearing; approval of the resolution.

*Стаття: надійшла до редакції 14.10.2020
прийнята до друку 12.11.2020*

УДК 343.13

ЗАСАДА ВСТАНОВЛЕННЯ МАТЕРІАЛЬНОЇ ПРАВДИ (ІСТИНИ) У СВІТЛІ РЕФОРМ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩІ

Ю. Піх

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, Львів, Україна, 79000,
e-mail: yuriy.pikh@lnu.edu.ua*

Проаналізовано поняття, суть і значення засади матеріальної правди (істини) у польському кримінальному провадженні. У зв'язку з цим висвітлено основні положення чинних Конституції та Кримінального процесуального кодексу Республіки Польщі, які розкривають зміст зазначеної засади, а також відповідну судову практику. Оскільки неприпустимо прагнути встановити істину будь-якою ціною, особливу увагу було зосереджено на можливих обмеженнях засади матеріальної правди у кримінальному провадженні. Також було наголошено на реалізації польським законодавцем концепту матеріальної (об'єктивної) істини, який протиставляється істині формальній (судовій). Додатково обґрунтовано положення про те, що аналізована засада безпосередньо впливає на всю систему кримінального провадження та конститує основну і всеосяжну його мету, незалежно від стадії.

Окрім того, у статті відображено вичерпну характеристику передумов, суті та наслідків реформ кримінального процесуального законодавства Польщі 2013–2016 років у частині зазначеної вище засади, з огляду на що розглянуто особливості змін до Кримінального процесуального кодексу та деяких інших законів від 27 вересня 2013 року та від 11 березня 2016 року. За результатами дослідження зроблено висновок про те, що частково скасувавши першу реформу, другою із них польський законодавець істотно зменшив ризик ухвалення несправедливих процесуальних рішень шляхом посилення гарантій реалізації засади матеріальної правди як передумови та основи справедливості у кримінальному судочинстві.

Ключові слова: доказова ініціатива, змагальність, формальна істина, засада точної кримінально-правової реакції, справедливість.

DOI: <http://dx.doi.org/10.30970/vla.2020.71.132>

Постановка проблеми. Як відомо, у Республіці Польщі (надалі – Польщі) втілено змішану модель кримінального провадження, яка поєднує в собі елементи розшукового, так і змагального процесу. Так, на стадії досудового розслідування домінують начала розшукового процесу, який, водночас, ґрунтується на процесуальній рівності сторін. Відповідно, судове провадження побудоване на підвалинах змагальності, хоча й дещо обмеженій. Окремі обмеження змагальності в рамках судового розгляду пов'язані з реалізацією у польському кримінальному процесі засади матеріальної правди (істини), що зумовлює серед науковців та практиків численні дискусії щодо правильного «балансу» вищеперелічених засад. Останніми роками подібне питання неодноразово поставало і перед польським законодавцем, що знайшло своє відображення у відповідних змінах до кримінального процесуального законодавства. Все ж, проведені в Польщі упродовж 2013–2016 років реформи

залишають більше питань, ніж дають відповідей, – а тому їх комплексний аналіз є вкрай актуальним та заслуговує на особливу увагу.

Стан дослідження. З огляду на постійну актуальність питань, пов'язаних із законодавчим закріпленням та практичною реалізацією матеріальної правди як засади кримінального провадження, зазначену проблематику не оминула своєю увагою ціла плеяда польських вчених-процесуалістів. Зокрема, свої окремі праці їй присвятили: С. Валтось (S. Waltoś), П. Гофманський (P. Hofmański), С. Заблоцький (S. Zabłocki), Я. Йодловський (J. Jodłowski), Д. Качмарська (D. Karczmarzka), Ц. Кулеша (C. Kulesza), Я. Міхальський (J. Michalski), А. Орфін (A. Orfin), А. Рихлевська (A. Rychlewska), Л. Хойняк (Ł. Chojniak) та низка інших вчених. Натомість в українській науковій літературі, на жаль, відсутні комплексні дослідження польського кримінального процесу, предметом яких постала б як засада матеріальної правди, так і відповідні реформи кримінального процесуального законодавства Польщі.

Метою статті є комплексний аналіз засади матеріальної правди (істини) відповідно до положень чинного Кримінального процесуального кодексу Республіки Польщі (надалі – КПК Польщі), прийнятого 6 червня 1997 року (з подальшими змінами і доповненнями), а також характеристика передумов, суті та наслідків реформ кримінального процесуального законодавства Польщі 2013–2016 років у частині вищезазначеної засади кримінального провадження.

Виклад основного матеріалу. Засада матеріальної правди (*zasada prawdy materialnej*), яка також відома як «засада об'єктивної правди» (*zasada prawdy obiektywnej*) або просто «засада правди» (*zasada prawdy*) посідає чільне місце у системі засад кримінального процесу Польщі. Її вважають однією з ключових у системі принципів кримінального провадження, а окремі польські процесуалісти називають її єдиним «керівним процесуальним принципом», або ж навіть «королєвою засад» чи «засадою засад» [19]. Своєю чергою усі інші засади кримінального провадження повинні їй підпорядковуватися, і їх завдання при цьому полягає у створенні оптимальних умов, за яких у справі будуть зроблені правдиві (істинні) фактичні висновки та, як наслідок, прийняте справедливе процесуальне рішення [20, s. 112]. Наприклад, такі принципи кримінального провадження, як змагальність, об'єктивність, безпосередність дослідження доказів, а також вільна оцінка доказів є важливими процесуальними гарантіями реалізації, власне, засади матеріальної правди [1, s. 84–85].

У цьому контексті не можна не згадати позицію, висловлену у фундаментальній праці (підручнику) в галузі польського кримінального процесу «*Proces karny. Zarys systemu*», згідно з якою, якщо на певному етапі історичного розвитку процесу і в конкретних умовах культурного, суспільного і економічного життя, якась із засад не сприятиме пізнанню правди, то від неї необхідно відмовитися (в абстрактному розумінні) і прийняти цю засаду протилежно, відповідно її конкретизувавши та змодифікувавши так, аби вона виконувала відповідне завдання [31, s. 213–214].

Важливо при цьому наголосити, що судова практика також підтверджує основоположний характер засади матеріальної правди у кримінальному провадженні. До прикладу, у своєму вирокі від 18 лютого 2009 року Конституційний трибунал (*Trybunał Konstytucyjny Rzeczypospolitej Polskiej*) Польщі зазначив, що вимога швидкості провадження (вирішення справи протягом розумного строку) «не повинна негативно впливати на процесуальні гарантії прав осіб, які беруть участь у кримінальному провадженні, а також не повинна призводити до суперечності із

встановленням правди у кримінальному провадженні чи обмежувати гарантовані законом процесуальні права учасників кримінального провадження» [39].

Окрім цього, як зазначив апеляційний суд в м. Лодзі у своєму вироку від 22 січня 2001 року [35], у випадку суперечності між переліченими вище засадами, пріоритет повинен бути наданий встановленню правди за допомогою усіх доступних процесуальних засобів.

Загально визнано, що засада матеріальної правди у кримінальному провадженні є конституційною за своєю правовою природою, безпосередньо Спираючись на положення статті (надалі – арт.) 2 (принцип демократичної правової держави), арт. 42 (загальні умови кримінальної відповідальності) та арт. 45 (принцип справедливого судового розгляду) Конституції Польщі.

Більше того, на конституційно-правове підґрунтя засади матеріальної правди у кримінальному провадженні неодноразово вказував і Конституційний трибунал Польщі. Зокрема, у своїй постанові від 7 березня 2011 року [23] орган конституційної юрисдикції підкреслив, що складовим елементом права на справедливий суд і, у тому числі, обов'язком суду, що впливає з такого права, є ухвалення процесуального рішення, що ґрунтується на матеріальній правді.

З огляду на таке тлумачення права на справедливий суд органом конституційної юрисдикції Польщі, вважаємо за необхідне наголосити на нерозривному зв'язку із досягненням справедливості та реалізацією засади матеріальної правди, яка є його необхідною передумовою. У цьому контексті також досить цікавою є висловлена у польській науковій літературі теза про те, що визнання істини необхідним елементом справедливості пов'язане з латинською сентенцією «*Justitia non novit patrem nec matrem solam veritatem spectat*» («Справедливість не знає ні батька, ні матері, а лише істину») [10, с. 279–280].

Квінтесенцією засади матеріальної правди у кримінальному провадженні вважають положення § 2 арт. 2 КПК Польщі, відповідно до якого «усі рішення повинні ґрунтуватися на правдивих фактичних висновках». Інакше кажучи, зміст цієї засади передусім полягає в тому, що усі рішення процесуальних органів та їхніх посадових осіб повинні ґрунтуватися на правдивих (істинних), тобто таких, що відповідають дійсності, висновках про факти і обставини, що мають значення для правильного вирішення кримінального провадження.

Відповідно, вищенаведене положення тлумачать у судовій практиці як обов'язок усіх процесуальних органів «докласти – незалежно від волі сторін – максимум зусиль та вичерпати усі наявні засоби для встановлення правди» (див., наприклад, вирок окружного суду в м. Бидгощі від 12 грудня 2013 року [38]). Притім, це не означає, що «коло пізнання суду повинно охопити абсолютно усі можливі сценарії (версії настання події, її наслідки)» (див., наприклад, вирок апеляційного суду в м. Лодзі від 27 листопада 2014 року [36]). Своєю чергою під правдивим (істинним) фактичним висновком розуміють «твердження, яке було доведене; доведеність виникає тоді, коли, зважаючи на інші докази, твердження, протилежне тому, яке підлягає доведенню, є неможливим або вкрай мало ймовірним» (див., наприклад, вирок апеляційного суду в м. Гданську від 30 грудня 2010 року [33]).

На реалізацію засади матеріальної правди у кримінальному провадженні польський кримінальний процесуальний закон уповноважує суди збирати докази *ex officio*, тобто за власною (офіційною) ініціативою (арт. 167 КПК Польщі). Так, згідно із судовою практикою Верховного суду Польщі (*Sąd Najwyższy Rzeczypospolitej Polskiej*), цей обов'язок, який повинен неодмінно тлумачитися у взаємозв'язку із

засадою матеріальної правди, закріпленою в § 2 арт. 2 КПК Польщі, означає, що суд зобов'язаний встановити усі матеріальні обставини справи, навіть якщо сторони у провадженні залишаються бездіяльними. Більше того, Верховний суд Польщі у своєму вирокі від 10 липня 2008 року підкреслив, що «той факт, що сторони провадження були пасивними та не вимагали в ході тривалого судового розгляду отримання конкретних доказів, не звільняє суд від відповідної доказової ініціативи. Відсутність достатньої активності сторін у поданні клопотань про допущення доказів до справи породжувало конкретно реальну загрозу постановлення несправедливої ухвали, і саме це зобов'язувало процесуальний орган проявити ініціативу про допущення доказів до справи» [37]. На практиці, однак, це нерідко призводило до ситуації, коли суд фактично брав на себе весь тягар доведення винуватості обвинуваченого, тоді як прокурор залишався бездіяльним під час провадження у справі [9, р. 5–6].

Зміст засади матеріальної правди червоною ниткою проявляється й у низці інших положень польського кримінального процесуального закону. Зокрема, суд також має право брати активну участь у збиранні доказів сторонами кримінального провадження, наприклад, ставити питання свідкам в ході допиту (§ 3 арт. 370 КПК Польщі). Крім того, суд уповноважений зачитати протоколи слідчих (розшукових) дій, проведених під час досудового розслідування (наприклад, протоколи допиту свідків), для зіставлення їх із показаннями, наданими на стадії судового розгляду (арт. 389 та 391 КПК Польщі). Заслугує на особливу увагу й положення § 1 арт. 366 КПК Польщі, яке зобов'язує головуєчого суддю забезпечити встановлення усіх суттєвих обставин справи [9, р. 5].

Важливо наголосити, що засада матеріальної правди поширює свою дію на усі без винятку стадії кримінального провадження, і при цьому кожне процесуальне рішення, навіть проміжне [32, s. 428], повинне ґрунтуватися на правдивих (істинних), тобто таких, що відповідають дійсності, фактичних висновках. З огляду на це, аналізована засада адресована усім процесуальним органам, на які покладається два основні види обов'язків щодо її забезпечення, а саме: а) процесуальні органи зобов'язані докладати усіх зусиль для того, щоб їх фактичні висновки, покладені в основу відповідних рішень, були правдивими (істинними), тобто такими, що відповідають дійсності; б) процесуальний орган, який здійснює судовий контроль, зобов'язаний перевірити, чи орган, який ухвалив оскаржуване рішення, поклав в основу останнього правдиві (істинні) фактичні висновки [20, s. 113].

При цьому зазначимо, що серед процесуальних органів у кримінальному провадженні основний тягар доказування лежить на стороні обвинувачення. Це стосується як обов'язку встановлення фактів та обставин, що підлягають доказуванню, та підтвердження їх доказами (так званий формальний тягар доказування), так і наслідків відмови від доказування (так званий матеріальний тягар доказування), що безпосередньо пов'язаний із презумпцією невинуватості, закріпленою в арт. 5 КПК Польщі. Водночас тягар доказування також несе і суд, який не може ухвалити рішення, не встановивши істину, як цього потребує § 2 арт. 2 КПК Польщі. З огляду на це суд уповноважений на самостійне збирання (отримання) доказів (§ 2 арт. 9 та арт. 167 КПК Польщі). Своєю чергою слухним є висновок про те, що польська модель змагальності є змішаною, поєднуючи у собі доказову ініціативу сторін та доказову діяльність суду *ex officio* [3, s. 7].

Варте уваги також твердження, згідно з яким значення засади матеріальної правди полягає у створенні умов, що уможливають отримання дійсних фактичних висновків у кримінальному провадженні [26, s. 15]. Натомість констатація

відповідності результатів доказування дійсності не є самоціллю кримінального провадження, а лише умовою ухвалення законного, обґрунтованого та справедливого судового рішення. Більше того, засада матеріальної правди також не є абсолютною.

З огляду на вищезазначене, незважаючи на поставлене перед процесуальними органами завдання щодо встановлення матеріальної правди у кримінальному провадженні, певні способи чи засоби досягнення дійсних фактичних висновків можуть бути обмежені самим процесуальним законом. Цим законодавець конститує, що істину не можна ставити вище окремих охоронюваних законом благ (наприклад, відносин довіри обвинуваченого до свого захисника або права журналіста зберігати конфіденційність відомостей про особу, яка надає йому інформацію) [11, s. 232]. Зокрема, такі обмеження можуть безпосередньо впливати із: принципу визначеності та сталості остаточних судових рішень; принципу гуманізму, який проявляється, серед іншого, в правилах про недопустимість доказів (т. зв. «доказових заборонах»: § 7 арт. 171, арт. 178 та 178а КПК Польщі) та в забезпеченні правової охорони сімейних відносин (арт. 182 КПК Польщі); необхідності захисту секретної інформації, а також офіційної та професійної таємниць (арт. 179–180 КПК Польщі); заборони *reformationis in peius*, яка, за умови розгляду судом апеляційної скарги, поданої винятково в інтересах обвинуваченого, не допускає негативних наслідків подальших фактичних висновків щодо нього в апеляційному провадженні; необхідності вирішення справи у розумний строк (п. 4 § 1 арт. 2 КПК Польщі, п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод) [17, s. 21].

Отже, неприпустимо прагнути встановити істину будь-якою ціною передусім – використовуючи доказову інформацію, отриману незаконним шляхом, у тому числі шляхом порушення основоположних прав та свобод людини.

Системне тлумачення положень кримінального процесуального закону, а також аналіз відповідної судової практики дають підстави зробити висновок про те, що у кримінальному процесі Польщі на сьогодні втілено концепт матеріальної (об'єктивної) істини, що ґрунтується на теорії кореспонденції, ототожнюваної з класичним розумінням істини як відповідності встановлених у кримінальному провадженні фактів та обставин щодо певної дійсності. Як слушно зазначає Т. Гізберт-Студніцкий (*T. Gizbert-Studnicki*), у понятті «матеріальна правда» означення «матеріальна» відіграє функцію конфірмації (підтвердження), а не детермінації, а тому між поняттями «матеріальна правда» та «правда» існує співвідношення еквівалентності [5, s. 7].

Проте означення правди (істини) у кримінальному процесі Польщі як «матеріальної» також підкреслює категоричний відхід від конструкції «судової істини», згідно з якою «істинність» висновків суб'єкта доказування пов'язана з їх відповідністю формальним критеріям, що ґрунтуються на передбаченій законом процедурі.

Все ж низка польських учених-процесуалістів стверджує, що у зв'язку з реформуванням кримінального процесуального законодавства у 2015 році, принцип матеріальної правди в польському кримінальному процесі був маргіналізований, ба навіть прийняв форму принципу формальної (судової) правди [18, s. 89], хоча й тимчасово. Тож на передумовах, суті та наслідках згаданих реформ у частині засади матеріальної правди зосередимо свою увагу детальніше.

Ще наприкінці 2009 року при Міністерстві справедливості (*Ministerstwo Sprawiedliwości*) Республіки Польщі була створена Комісія з питань кодифікації кримінального права, одним із завдань якої постала підготовка суттєвих змін та

доповнень до положень кримінального процесуального закону. Результатом її роботи став проєкт Закону про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу та деяких інших законів [28], який був прийнятий 27 вересня 2013 року та набув чинності 1 липня 2015 року.

Як було зазначено в обґрунтуванні до згаданого проєкту, діюча на той час модель кримінального провадження повільно вичерпувала свої можливості. Зокрема, однією з вагомих передумов реформи було констатовано тенденцію до відходу від змагальних начал судового розгляду на користь так званого «інквізиційного» встановлення фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження, і, як наслідок, неправильний розподіл тягаря відповідальності за результат судового розгляду [29, с. 1].

Суттєвим недоліком моделі кримінального провадження, яка діяла до реформи, вважалося те, що, з одного боку, метою досудового розслідування є максимально всебічне встановлення фактичних обставин справи та забезпечення якнайбільшої кількості доказів для суду, а, з іншого боку, в ході судового розгляду доказування практично дублюється. Найбільш ефективним для усунення цієї, як було зазначено, «непотрібної двоколіїної процедури» став підхід, спрямований на зменшення ваги самого процесу доказування на стадії досудового розслідування і його результатів та, водночас, на збільшення ролі змагального встановлення фактів та обставин справи перед судом [29, с. 4].

Як наслідок, запропонована реформою модель кримінального провадження ґрунтувалася на ідеї, що доказування на досудовому розслідуванні, як правило, є лише основою для обвинувачення, і лише винятково – настільки, наскільки отримання доказів у суді буде неможливим – його результати можуть використовуватися судом для встановлення фактів та обставин, що мають значення для справи. Вищевикладене призводить до перенесення відповідальності за результат провадження з суду на сторін, і в першу чергу – в силу обов'язкової дії презумпції невинуватості – на прокурора. Натомість, на погляд законодавця, суд повинен грати роль доволі пасивного арбітра, який після того, як сторони представляють йому докази, попередньо допущені до провадження на підставі відповідних клопотань сторін, ухвалить справедливе рішення [29, с. 4–5], що, як зазначено у спеціальній літературі, наближує польське кримінальне провадження до американської моделі [24, р. 1].

Квінтесенцією законодавчих змін, впроваджених аналізованою реформою, стала нова редакція арт. 167 КПК Польщі. Зміни передусім торкнулися регулювання ініціативи щодо допущення доказів до провадження (т. зв. доказової ініціативи), яка формується по-різному на досудовому розслідуванні та у судовому розгляді, а також з урахуванням того, чи провадження розпочато за ініціативою сторони або *ex officio*; та способу отримання доказів, що також відбувається по-різному, залежно від вищеперелічених чинників [29, с. 5].

По-перше, у новій редакції § 1 арт. 167 КПК Польщі було передбачено, що у судовому провадженні, розпочатому за ініціативою сторони (що охоплює як провадження у справах публічного, так і приватного обвинувачення, а також провадження за скаргами та клопотаннями), «сторона подає докази судові на дослідження після їх допущення головою суду, головуючим або судом». Відповідно, спершу сторона подає клопотання про допущення доказу до провадження, в якому їй необхідно вказати на обставини, що повинні бути підтвержені відповідним доказом, а згодом самостійно представляє допущені докази перед судом (наприклад, шляхом допиту свідка). При цьому роль суду, як правило,

обмежується формальною оцінкою допустимості та належності доказів, зазначених у клопотанні. Водночас, нова редакція § 1 арт. 167 КПК Польщі встановлювала два винятки із цього загального правила: суд може самостійно дослідити докази, допущені ним за клопотанням сторони судового провадження, у разі неприбуття відповідної сторони на судові засідання або у виняткових випадках, обґрунтованих особливими обставинами.

Відповідно, внаслідок прийнятих змін саме на сторони було покладено відповідальність за допущення та представлення доказів. Доволі яскраво це проявляється у новому процесуальному порядку здійснення допиту під час судового розгляду. Так, якщо сторона заявила клопотання про допит особи, саме вона завжди спочатку ставить питання допитуваному, а члени складу суду мають таке право лише як виняток, і можуть ставити питання останніми за порядком (§§ 1, 2 арт. 370 КПК Польщі). Натомість у здійснюваній сторонами допит суд має право втрутитися лише у виняткових випадках, коли він вважає, що відповідний прояв ініціативи є особливо виправданим і сприятиме ефективнішому досягненню цілей провадження [29, s. 6–7].

По-друге, суд все ж мав право допустити та дослідити докази *ex officio*, але лише у виняткових випадках, обґрунтованих особливими обставинами. Це фактично знівелювало існуючу практику Верховного Суду, згідно з якою суд зобов'язаний встановити усі фактичні обставини справи незалежно від того, чи активно сторони представляють якісь докази в цьому відношенні. Зазначене правило істотно обмежило доказову ініціативу суду, зобов'язуючи суддів щоразу мотивувати рішення про дослідження доказів, які не подавали сторони [9, p. 6–7].

Інакше кажучи аналізована законодавча новела звільнила суд від необхідності «пошуку» доказів винуватості обвинуваченого в ситуації, коли прокурор, припустимо, не бажає їх надати. З іншого боку, з огляду на законодавчі зміни, суд меншою мірою, ніж раніше, мав би виконувати роль «поручителя» для обвинуваченого, який – як повноцінний учасник судового розгляду – буде більше обтяжений тягарем доказування (у матеріальному розумінні) [29, s. 6]. Своєю чергою ці зміни спричинили зростання процесуальної ролі обвинуваченого та його захисника в судовому розгляді, а також потенційні несприятливі наслідки в апеляційному провадженні у разі їх пасивності (наприклад, зважаючи на положення § 3 арт. 427 КПК Польщі, нові факти чи докази можуть бути прийняті судом апеляційної інстанції лише у тому випадку, коли вони не могли бути подані у провадженні перед судом першої інстанції) [16, p. 187].

Проте не можемо не погодитися із твердженням про те, що подібний пріоритет змагальності означає фактичне переосмислення засади матеріальної істини поза межами її природних закономірностей [24, p. 9]. Імовірно, що докази, подані сторонами судові, будуть у своїй сукупності неповними та, отже, недостатніми для побудови повноцінної фактичної основи судового рішення, яка б відповідала вимогам § 2 арт. 2 КПК Польщі. Більше того, дослідження певних доказів може бути обов'язковим у конкретному кримінальному провадженні (наприклад, отримання висновку експерта-психіатра у разі сумнівів щодо неосудності обвинуваченого). У таких ситуаціях суд все ж не може бути позбавлений можливості збирати докази, якщо сторони при цьому пасивні. А тому за цих умов суд мав би визнати, що якраз має місце винятковий випадок, обґрунтований особливими обставинами [29, s. 6].

Аналізуючи наслідки впровадження «великої реформи польського кримінального провадження», як її часто іменують у спеціальній літературі [16, p. 187], досить

складно оцінити, чи було реалізовано усі заплановані законодавцем наміри, враховуючи те, що окремі зміни, запроваджені у 2015 році, діяли лише трохи більше 9-ти місяців. Так, на цілком слушний погляд Ц. Кулеші, такий короткий період їх дії все ж не дає змоги зробити однозначні висновки щодо ефективності законодавчих змін чи досягнення поставленої перед ними мети. Більше того, для отримання конструктивних висновків щодо наслідків реформи було занадто мало «чисто змагальних» проваджень (у яких обвинувальний акт було подано до суду до 1 липня 2015 року, а остаточне рішення було прийнято до 15 квітня 2016 року) [16, р. 209].

Проте «велика» реформа викликає й «великі» обґрунтовані сумніви з погляду відповідності її окремим процесуальним засадам, передусім – засаді матеріальної правди.

На перший погляд, законодавець визнав безпідставними побоювання про те, що суд – який спирається на докази, подані сторонами – іноді може ухвалити рішення у ситуації, коли він не переконаний, чи відповідає картина подій, яка складається на тлі таких доказів, дійсності. Зокрема, на думку Комісії з питань кодифікації кримінального права, не викликає сумнівів, що доказування в умовах змагальності перед неупередженим судом створює найкращі умови для встановлення істини, оскільки сторони змушені докладати зусиль, щоб переконати суд у своїх позиціях. Ба більше, навіть було констатовано, що якраз попередня модель не сприяла встановленню матеріальної істини як умови справедливості, оскільки за відсутності будь-якої діяльності з боку прокурора суд змушений «шукати» докази, які б лягли в основу судового рішення. Окрім цього, нова редакція § 1 арт. 167 КПК Польщі все ж залишила «браму» у вигляді можливості отримання судом доказів *ex officio* (у виняткових випадках, обґрунтованих особливими обставинами), щоб уникнути необхідності ухвалювати рішення за умови наявності внутрішнього переконання, що факти та обставини, встановлені на підставі доказів, поданих сторонами, не відповідають дійсності. Після довгих дебатів ця «брама» була визнана необхідною, оскільки законом неможливо визначити необхідний матеріальний рівень учасників кримінального провадження або їх очікувану участь у спорі перед судом [29, s. 10].

Небезпідставною є критика реформи й у тій частині, що нею на сторону захисту покладаються нові обов'язки, обтяжуючи її спільною відповідальністю за результат провадження. Тому існували обґрунтовані побоювання, чи не перекреслять фінансові обставини, пов'язані з широкою участю захисників у кримінальному провадженні, ідеї широкого доступу обвинувачених до правового захисту [15, с. 152].

При цьому не можемо погодитися із висловленою в одному із науково-практичних коментарів до КПК Польщі позицією, відповідно до якої найкращі умови для встановлення матеріальної істини створюються шляхом повного змагального збирання доказів перед неупередженим судом, оскільки це змушує учасників судового провадження докладати усіх зусиль, щоб переконати суд у своїх процесуальних позиціях [26, s. 16]. На наш погляд, умови «чистої» змагальності не завжди слугують встановленню матеріальної істини, оскільки самі сторони часто можуть не бути в ній зацікавлені. Своєю чергою з огляду на обмеження доказової ініціативи суду, у такій моделі просто зникає процесуальний орган, зобов'язаний забезпечити повне та всебічне дослідження усіх фактів та обставин, що мають значення для правильного вирішення кримінального провадження.

Керуючись вищезазначеним, варто підсумувати, що після набуття чинності законодавчих змін у рамках реформи 2013–2015 років, хоча й зміст § 2 арт. 2 КПК

Польщі текстуально не змінився, польський кримінальний процес з 1 липня 2015 року все ж допустив реалізацію принципу формальної (судової) істини.

З огляду на це, закономірним є висновок, що реформа кримінального процесуального законодавства Польщі, запроваджена 1 липня 2015 року, надає перевагу засаді змагальності над засадою матеріальної правди, фактично нівелюючи активну роль суду, який, беручи до уваги неупередженість, може і повинен виступати у справі гарантом як забезпечення прав та законних інтересів учасників кримінального провадження, так і ефективності самого провадження у призмі досягнення його цілей, зокрема й реалізації засади точної кримінально-правової реакції (*zasada trafnej reakcji karnej*). На наше глибоке переконання, можливість суду допускати та досліджувати докази *ex officio* лише у виняткових випадках, обґрунтованих особливими обставинами, явно суперечить засаді матеріальної правди. Безперечно, у багатьох випадках після вичерпання клопотань сторін щодо допущення доказів з метою реалізації завдання, закріпленого у § 2 арт. 2 КПК Польщі, суд все ж повинен проявити доказову ініціативу більш значною мірою, аніж це впливає із обмежено сформульованих положень § 1 арт. 167 КПК Польщі. Окрім того, подібна ситуація сприяє порушенню системної послідовності існуючої моделі кримінального провадження [30, s. 2].

Враховуючи вищеперелічені міркування, законодавець вирішив за доцільне відновити змішану змагально-інквізиційну модель судового провадження, що діяла до 1 липня 2015 року, та розшукний характер функціонально пов'язаного з ним досудового розслідування, забезпечуючи консолідацію доказів [30, s. 2], прийнявши 11 березня 2016 року Закон про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу та деяких інших законів [27], який набув чинності 15 квітня 2015 року. При цьому нова реформа все ж не є повним відкатом змін, внесених згідно із аналізованим Законом від 27 вересня 2013 року.

Метою нової реформи було задекларовано модифікацію моделі кримінального провадження з вектором на відновлення більш активної ролі суду в ході судового розгляду, спрямованою на забезпечення максимальної відповідності фактичних висновків у справі з погляду засади матеріальної правди, а також підвищення ефективності обвинувачення. Інакше кажучи, було вирішено повернутися до попередньої моделі кримінального процесу зі збереженням пріоритету засади матеріальної правди, в якій змагальність є одним із принципів процесу, що сприяє встановленню істини [30, s. 1], а не перешкоджає їй.

Відтак, новий закон відновлює пріоритет засади матеріальної правди, яка безпосередньо пов'язана з обов'язком процесуальних органів покладати в основу своїх процесуальних рішень істинні фактичні висновки. Незважаючи на те, що реформа від 27 вересня 2013 року залишила положення § 2 арт. 2 КПК Польщі, який фактично закріплює засаду матеріальної правди, в незміненому вигляді, про що вже йшлося раніше, нормативно-правове середовище цього положення – через перевагу змагальності на стадії судового розгляду – все ж суттєво змінилося.

Тим не менше, зміна пріоритетів кримінального процесуального регулювання спричинила необхідність повернення до попередньої формули засади *in dubio pro reo* (§ 2 арт. 5 КПК Польщі). Її попередня редакція фактично не передбачала обов'язку процесуального органу – у разі недостатньої доказової діяльності сторін – визначити усі обставини справи, що мають значення для її правильного вирішення («Сумніви, які не були усунені в доказовому провадженні, вирішуються на користь обвинуваченого»). Відповідно, законодавець повернувся до чинної раніше редакції цієї норми, згідно з якою необхідно вичерпати усі можливі заходи для цілковитого

становлення відповідних фактів та обставин справи, і лише якщо наявні розумні сумніви усунути неможливо – врегулювати їх на користь обвинуваченого («Сумніви, які неможливо усунути, вирішуються на користь обвинуваченого») [30, s. 2–3].

Особливе значення засади матеріальної правди в кримінальному процесуальному доказуванні також підкреслюється ключовою зміною, яка стосується доказової ініціативи. Йдеться про відновлення попередньої редакції арт. 167 КПК Польщі, яка доручала судові доповнювати доказову ініціативу сторін шляхом отримання доказів *ex officio* у кожному випадку, коли необхідно встановити істотні для справи факти та обставини.

Відтак, підсумуємо, що 15 квітня 2016 року відбулося повернення до такої моделі судового розгляду, що ґрунтується на домінуючій ролі суду під час дослідження доказів, але без одночасного обмеження доказової ініціативи сторін. Однак відхід від моделі «чистої» змагальності, запровадженої 1 липня 2015 року, все ж не означає, що сторони не повинні проявляти активності. Зовсім навпаки, суд зобов'язаний допустити доказ *ex officio* лише тоді, коли визначить, що доказове провадження є незавершеним і викликає сумніви щодо відповідності його результатів дійсності [16, p. 209–210].

Інакше кажучи, підтримуючи активність сторін судового провадження у представленні в ході судового розгляду усіх аргументів на користь власної процесуальної позиції, новий закон передбачає обов'язок суду проявити доказову ініціативу, якщо є ризик ухвалення істотно несправедливого рішення, зокрема, якщо це може призвести до засудження невинуватого, виправдання винуватого або грубої несправедливості під час визначення ступеня вини та розміру покарання [30, s. 29]. При цьому необхідно вкрай критично оцінити позицію, відповідно до якої обов'язок суду встановити матеріальну істину *ex officio* ознаменовує відновлення його патерналістичного ставлення до обвинуваченого [17, s. 24].

Висновки. Засада матеріальної правди, яка спирається на Конституцію Польщі та знайшла своє відображення у низці положень кримінального процесуального закону, безпосередньо впливає на всю систему кримінального провадження та конститує основну і всеосяжну його мету незалежно від стадії останнього.

Останніми роками ця засада стала об'єктом особливої уваги польського законодавця, який поставив перед собою завдання кардинального оновлення кримінального процесуального законодавства у бік посилення гарантій змагальності в ході судового розгляду.

Проте реформа, запроваджена Законом про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу та деяких інших законів від 27 вересня 2013 року не лише не сприяла, але й перешкоджала встановленню матеріальної істини. Обмеження доказової ініціативи та активності суду створило реальну загрозу невідповідності між фактичними висновками, зробленими в ході судового провадження, та об'єктивною дійсністю. Своєю чергою, така невідповідність може призвести до ухвалення несправедливих процесуальних рішень, і, отже, є несумісною із засадою точної кримінально-правової реакції.

Натомість Закон про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу та деяких інших законів від 11 березня 2016 року, частково скасувавши попередню реформу, суттєво зменшує ризик ухвалення несправедливих процесуальних рішень шляхом посилення гарантій реалізації засади матеріальної правди як передумови та основи справедливості у кримінальному судочинстві.

Відтак, констатуємо, що польському законодавцеві знадобилося менше року, аби усвідомити і визнати свою помилку, а також, що найважливіше, виправити її

шляхом відновлення вже існуючих у КПК Польщі положень, спрямованих на всебічне та цілковите встановлення судом усіх обставин кримінального провадження. Без сумніву, польський досвід з цього питання може бути корисним для інших держав, в тому числі й України, оскільки він досить яскраво ілюструє фактичні наслідки та приховані загрози відмови від концепту матеріальної істини у кримінальному провадженні. Він може бути вагомим аргументом у тривалій дискусії між прихильниками «чистої» змагальності та, як наслідку, концепту формальної (судової) істини і істини матеріальної (об'єктивної), яка досягається не лише змагальністю сторін, а й активністю суду у її пошуку.

Список використаних джерел

1. *Bieñkowska B., & Kruszyński P.* Wykład prawa karnego procesowego. Białystok: Temida 2, Wydawnictwo Stowarzyszenia Absolwentów Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, 2012.
2. *Chojniak Ł.* O zasadzie prawdy materialnej w procesie karnym w świetle Konstytucji RP // Państwo i Prawo. 2013. (9). S. 18–29.
3. *Gardocka T., & Jagiello D.* Zagadnienie dowodowe w procesie karnym. Warszawa: C. H. Beck, 2017.
4. *Gil D.* Z problematyki zbyt częstych nowelizacji Kodeksu postępowania karnego: w poszukiwaniu ratio ostatnich zmian w polskim procesie karnym // Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ. 2016. 2(24). S. 5–19.
5. *Gizbert-Studnicki T.* Prawda sądowa w postępowaniu cywilnym // Państwo i Prawo. 2009. (7). S. 5–19.
6. *Grzegorzczak T., & Tylman J.* Polskie postępowanie karne. (Wydanie 8). Warszawa: Lexis-Nexis, 2011
7. *Grzeszczuk M.* Zasada prawdy obiektywnej jako zasada stosowania prawa // Studia Iuridica Lublinensia. 2016. XXV(1). S. 269–290.
8. *Janusz-Pohl B.* Uwagi na marginesie książki Jana Jodłowskiego «Zasady prawdy materialnej w postępowaniu karnym. Analiza w perspektywie funkcji prawa karnego» // Ius Novum. 2016. (3). S. 147–162.
9. *Jasiński W.* Polish Criminal Process after the Reform. Warszawa: Helsińska Fundacja Praw Człowieka, 2015.
10. *Jodłowski J.* Zasada prawdy materialnej w postępowaniu karnym. Analiza w perspektywie funkcji prawa karnego. Warszawa: Wolters Kluwer, 2015.
11. *Karczmarzka D.* Zasada prawdy materialnej po nowelizacji k.p.k. na tle innych zasad prawa karnego procesowego // Studia Iuridica Lublinensia. 2016. 25(1). S. 223–238.
12. Kodeks Postępowania Karnego – Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 89, poz. 555 ze zmianami). URL: <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU199708-90555> (dostęp 30.08.2020).
13. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78, poz. 483 ze zmianami). URL: <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19970780483> (dostęp 30.08.2020).
14. *Kowalczyk-Ludzia M.* Instytucja uniewinnienia w polskim procesie karnym. Olsztyn: Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, 2014.
15. *Kulesza C.* Проектируемая новеллизация процедуры польского уголовного судопроизводства с перспективы некоторых принципов уголовно-процессуального права // Białostockie Studia Prawnicze. 2012. 11. S. 141–153. 10.15290/bsp.2012.11.09.
16. *Kulesza C.* Fairness of the New Model of Polish Criminal Appeal Proceedings in the Context of Delivered Research. Białystok: Temida2, 2019.

17. *Kulesza C., & Starzyński P.* Postępowanie karne. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2020.
18. *Michalski J.* Zasada prawdy w polskim procesie karnym – uwagi na tle zmian k.p.k. // *Acta Iuris Stetinensis*. 2016. 3(15). S. 87–100.
19. *Misztal P.* Wybrane naczelné zasady procesu karnego. URL: https://www.wpia.uni.lodz.pl/files/profiles/699/wybrane_zasady.pdf (dostęp 30.08.2020).
20. *Niegierewicz A.* Kontrola odwoławcza nieprawomocnego wyroku sądu pierwszej instancji jako gwarancja zasady prawdy materialnej // *Białostockie Studia Prawnicze*. 2018. 23. S. 111–121. 10.15290/bsp.2018.23.01.07.
21. *Nita B.* The Adversarial System in Polish Criminal Proceedings – An Analysis of the Amendments of 1 July 2015 // *OER Osteuropa Recht*. 2015. 61(4). S. 421–428.
22. *Orfin A.* Sprawność postępowania karnego w świetle zasady prawdy materialnej i zasady bezpośredniości // *Ius Novum*. 2012. 3. S. 71–83.
23. Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 marca 2011 r. Sygn. akt P 3/09, 13/2/A/2011.
24. *Rocławska M., & Bulat A.* Towards an American Model of Criminal Process: The Reform of the Polish Code of Criminal Procedure // *Baltic Journal of Law & Politics*. 2014. 7(1). S. 1–11. 10.2478/bjlp-2014-0001.
25. *Rychlewska A.* Kontradiktoryjny model postępowania karnego z perspektywy zasady prawdy materialnej. Rozważania na tle nowelizacji ustawy karnoprocesowej // *Forum Prawnicze*. 2015. (1). S. 52–61.
26. *Skorupka J.* (Red.). Kodeks postępowania karnego: komentarz. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2020.
27. Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 437). URL: <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20160000437> (dostęp 30.08.2020).
28. Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r., poz. 1247). URL: <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20130001247> (dostęp 30.08.2020).
29. Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Druk sejmowy nr 870). URL: <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7-ka.nsf/0/96832B0ED113D8FBC1257AB4004F3B04/%24File/870-uzasadnienie.doc> (dostęp 30.08.2020).
30. Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Druk sejmowy nr 207). URL: <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/0DCDFB-C92E81FB4CC1257F47004B0C7D/%24File/207-uzasadnienie.docx> (dostęp 30.08.2020).
31. *Waltoś S., & Hofmański P.* Proces karny. Zarys systemu (11 wydanie). Warszawa: LexisNexis, 2013.
32. *Woźniowski K.* Zasada trafnej reakcji karnej – art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k. po nowelizacji z dnia 27 września 2013 roku // *Gdańskie Studia Prawnicze*. 2015. (XXXIII). S. 425–434.
33. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 30 grudnia 2010 r., II AKa 280/10, LEX nr 936530.
34. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 13 czerwca 2013 r., II AKa 156/13, LEX nr 1349898.
35. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 22 stycznia 2001 r., II AKa 249/00, LEX nr 55375.
36. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 listopada 2014 r., II AKa 112/14, LEX nr 1649259.
37. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lipca 2008 r., II KK 33/08, LEX nr 448967.
38. Wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 12 grudnia 2013 r., IV Ka 1002/13, LEX nr 1719344.

39. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 lutego 2009 r. Sygn. akt Kp 3/08, 9/2/A/2009.
40. *Zablocki S.* Art. 167 k.p.k. po nowelizacji – wstępne nakreślenie problemów // *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*. 2015. XIX (2). S. 83–111.

References

1. Bieńkowska, B., & Kruszyński, P. (2012). *Wykład prawa karnego procesowego*. Białystok: Temida 2, Wydawnictwo Stowarzyszenia Absolwentów Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku.
2. Chojniak, Ł. (2013). O zasadzie prawdy materialnej w procesie karnym w świetle Konstytucji RP. *Państwo i Prawo*, (9), 18–29.
3. Gardocka, T., & Jagiełło, D. (2017). *Zagadnienie dowodowe w procesie karnym*. Warszawa: C. H. Beck.
4. Gil, D. (2016). Z problematyki zbyt częstych nowelizacji Kodeksu postępowania karnego: w poszukiwaniu ratio ostatnich zmian w polskim procesie karnym. *Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ*, 2(24), 5–19.
5. Gizbert-Studnicki, T. (2009). Prawda sądowa w postępowaniu cywilnym. *Państwo i Prawo*, (7), 5–19.
6. Grzegorzczak, T., & Tylman, J. (2011). *Polskie postępowanie karne* (Wydanie 8). Warszawa: LexisNexis.
7. Grzeszczuk, M. (2016). Zasada prawdy obiektywnej jako zasada stosowania prawa. *Studia Iuridica Lublinensia*, XXV(1), 269–290.
8. Janusz-Pohl, B. (2016). Uwagi na marginesie książki Jana Jodłowskiego «Zasady prawdy materialnej w postępowaniu karnym. Analiza w perspektywie funkcji prawa karnego». *Ius Novum*, (3), 147–162.
9. Jasiński, W. (2015). *Polish Criminal Process after the Reform*. Warszawa: Helsińska Fundacja Praw Człowieka.
10. Jodłowski, J. (2015). *Zasada prawdy materialnej w postępowaniu karnym. Analiza w perspektywie funkcji prawa karnego*. Warszawa: Wolters Kluwer.
11. Karczmarska, D. (2016). Zasada prawdy materialnej po nowelizacji k.p.k. na tle innych zasad prawa karnego procesowego. *Studia Iuridica Lublinensia*, 25(1), 223–238.
12. Kodeks Postępowania Karnego – Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 89, poz. 555 ze zmianami). Retrieved August 30, 2020, from <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19970890555> (dostęp 30.07.2020).
13. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78, poz. 483 ze zmianami). Retrieved August 30, 2020, from <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19970780483>
14. Kowalczyk-Ludzia, M. (2014). *Instytucja uniewinnienia w polskim procesie karnym*. Olsztyn: Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego.
15. Kulesza, C. (2012). Proektiruemaja novellizacija procedury pol'skogo ugovol'nogo sudoproduktstva s perspektivy nekotorykh principov ugovol'no-processual'nogo prava. *Bialostockie Studia Prawnicze*, 11, 141–153. 10.15290/bsp.2012.11.09.
16. Kulesza, C. (2019). *Fairness of the New Model of Polish Criminal Appeal Proceedings in the Context of Delivered Research*. Białystok: Temida2.
17. Kulesza, C., & Starzyński, P. (2020). *Postępowanie karne*. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck.
18. Michalski, J. (2016). Zasada prawdy w polskim procesie karnym – uwagi na tle zmian k.p.k. *Acta Iuris Stetinensis*, 3(15), 87–100.
19. Misztal, P. *Wybrane naczelné zasady procesu karnego*. Retrieved August 30, 2020, from https://www.wpia.uni.lodz.pl/files/profiles/699/wybrane_zasady.pdf

20. Niegierewicz, A. (2018). Kontrola odwoławcza nieprawomocnego wyroku sądu pierwszej instancji jako gwarancja zasady prawdy materialnej. *Białostockie Studia Prawnicze*, 23, 111–121. 10.15290/bsp.2018.23.01.07.
21. Nita, B. (2015). The Adversarial System in Polish Criminal Proceedings – An Analysis of the Amendments of 1 July 2015. *OER Osteuropa Recht*, 61(4), 421–428.
22. Orfin, A. (2012). Sprawność postępowania karnego w świetle zasady prawdy materialnej i zasady bezpośredniości. *Ius Novum*, 3, 71–83.
23. Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 marca 2011 r. Sygn. akt P 3/09, 13/2/A/2011.
24. Roclawska, M., & Bulat, A. (2014). Towards an American Model of Criminal Process: The Reform of the Polish Code of Criminal Procedure. *Baltic Journal of Law & Politics*, 7(1), 1–11. 10.2478/bjlp-2014-0001.
25. Rychlewska, A. (2015). Kontraduktoryjny model postępowania karnego z perspektywy zasady prawdy materialnej. Rozważania na tle nowelizacji ustawy karnoprocesowej. *Forum Prawnicze*, (1), 52–61.
26. Skorupka, J. (Red.). (2020). *Kodeks postępowania karnego: komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck.
27. *Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw* (Dz.U. z 2016 r., poz. 437). Retrieved August 30, 2020, from <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20160000437>
28. *Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw* (Dz.U. z 2013 r., poz. 1247). Retrieved August 30, 2020, from <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20130001247>
29. *Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw* (Druk sejmowy nr 870). Retrieved August 30, 2020, from <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/96832B0ED113D8FBC1257AB4004F3B04/%24File/870-uzasadnienie.doc>
30. *Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw* (Druk sejmowy nr 207). Retrieved August 30, 2020, from <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/0DCDFBC92E81FB4CC1257F47004B0C7D/%24File/207-uzasadnienie.docx>
31. Waltoś, S., & Hofmański, P. (2013). *Proces karny. Zarys systemu* (11 wydanie). Warszawa: LexisNexis.
32. Woźniewski, K. (2015). Zasada trafnej reakcji karnej – art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k. po nowelizacji z dnia 27 września 2013 roku. *Gdańskie Studia Prawnicze*, (XXXIII), 425–434.
33. *Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 30 grudnia 2010 r., II AKa 280/10, LEX nr 936530*.
34. *Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 13 czerwca 2013 r., II AKa 156/13, LEX nr 1349898*.
35. *Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 22 stycznia 2001 r., II AKa 249/00, LEX nr 55375*.
36. *Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 listopada 2014 r., II AKa 112/14, LEX nr 1649259*.
37. *Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lipca 2008 r., II KK 33/08, LEX nr 448967*.
38. *Wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 12 grudnia 2013 r., IV Ka 1002/13, LEX nr 1719344*.
39. *Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 lutego 2009 r. Sygn. akt Kp 3/08, 9/2/A/2009*.
40. Zabłocki, S. (2015). Art. 167 k.p.k. po nowelizacji – wstępne nakreślenie problemów. *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, XIX (2), 83–111.

**THE PRINCIPLE OF MATERIAL TRUTH
IN THE LIGHT OF THE CRIMINAL PROCEDURAL REFORMS
IN THE REPUBLIC OF POLAND**

Y. Pikh

*Ivan Franko National University of Lviv,
1, Universytetska Str., Lviv, Ukraine, 79000,
e-mail: yuriy.pikh@lnu.edu.ua*

The article analyzes the concept, essence and significance of the principle of material truth in the Polish criminal proceedings. In this regard, the main provisions of the current Constitution and the Criminal Procedural Code of the Republic of Poland, highlighting the content of such a principle, as well as the relevant case law are characterized. Since it is unacceptable to seek to establish truth at any cost, particular attention is paid to possible limitations of the principle of material truth in criminal proceedings.

Special emphasis is also placed on the implementation of the concept of material (objective) truth by the Polish legislator, opposed to formal (judicial) truth. Moreover, it is substantiated that the principle under analysis directly affects the entire system of the criminal procedure and constitutes its main and comprehensive purpose, regardless of the stage of the proceedings.

In addition, it is highlighted that in recent years, the above-mentioned principle has become the object of special attention of the Polish legislator, who has set himself the aim of radically updating criminal procedural legislation in the direction of strengthening the guarantees of adversariality in the proceedings. Consequently, the article focuses on a comprehensive examination of the preconditions, essence and consequences of reforming criminal procedural legislation of Poland in 2013–2016 on the above-mentioned principle. In connection with it, the features of amendments to the Criminal Procedural Code and certain other laws of September 27, 2013 as well as of March 11, 2016 are considered. In this connection, it is stated that the first reform not only does not promote, but also hinders the establishment of material truth, as the limitation of the evidentiary initiative and activity of the court created a real threat of inconsistency between the factual conclusions made during the court proceedings and the objective reality.

As a result, the research concludes that by the second reform, partially repealing the first one, Polish legislator significantly reduced the risk of making unjust procedural decisions by strengthening the guarantees of material truth as a prerequisite and basis for fairness in the criminal proceedings. Therefore, it is noted that it took the Polish legislator less than a year to realize and admit his own mistake, and most importantly, to correct it by restoring the previously existing provisions of the Criminal Procedural Code of Poland, aimed at comprehensive and full establishment of all circumstances of the case.

Polish experience on this issue is considered to be important and useful for other states, including Ukraine, illustrating quite clearly the actual consequences and hidden threats of abandoning the concept of material truth in the criminal proceedings.

Keywords: evidentiary initiative, adversariality, formal truth, the principle of accurate criminal response, fairness.

*Стаття: надійшла до редакції 17.10.2020
прийнята до друку 12.11.2020*

ЗМІСТ

ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Нончаров В.

PROHIBITION OF DISCRIMINATION IN UKRAINE:
THE LEGAL FRAMEWORK AND APPLICATION 3

Камінська І.

ФУНКЦІОНАЛЬНІ ПРИНЦИПИ ПРАВА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ
У ПРАВОЗАСТОСОВНІЙ ПРАКТИЦІ СУДУ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ 11

Стецик Н.

ПРЕЦЕДЕНТНА СУДОВА ПРАКТИКА:
ДО ПИТАННЯ ПРО СПІВВІДНОШЕННЯ ІЗ СУМІЖНИМИ ПОНЯТТЯМИ 24

ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Кольбенко А.

ПЕРЕДУМОВИ ПРИЙНЯТТЯ ТА ХАРАКТЕРИСТИКА ПЕРШОЇ
КОНСТИТУЦІЇ ПОЛЬЩІ 1791 РОКУ (ДО 230-РІЧЧЯ ВІД РОКУ ПРИЙНЯТТЯ)..... 33

Липитчук О.

СУДДЯ У МІЖВОЄННІЙ ПОЛЬЩІ:
ПРАВОВІ ТА МОРАЛЬНО-ПСИХОЛОГІЧНІ ВИМОГИ (1918–1939 РОКИ)..... 42

ІНТЕЛЕКТУАЛЬНА ВЛАСНІСТЬ, ІНФОРМАЦІЙНЕ ТА КОРПОРАТИВНЕ ПРАВО

Тарасенко Л.

ПРАВО НА ДОСТУП ДО ІНТЕРНЕТУ 53

Юрків Р.

ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ ТА АДАПТАЦІЇ ДО СТАНДАРТІВ
ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ
ЩОДО ПРИМУСОВОГО ЛІЦЕНЗУВАННЯ ПРАВ
НА ВИНАХОДИ (КОРИСНІ МОДЕЛІ) 62

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Камінська М.

ОБ'ЄДНАННЯ КОМУН ЯК КОМПОНЕНТ
ФРАНЦУЗЬКОЇ СИСТЕМИ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ..... 71

АДМІНІСТРАТИВНЕ І ФІНАНСОВЕ ПРАВО

Янюк Н.

ПРАВО НА ЗВЕРНЕННЯ ДО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ:
ДОСВІД ПОЛЬЩІ ТА НІМЕЧЧИНИ ДЛЯ УКРАЇНИ 80

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ

Детчук Р.

LEGALITY AND LEGAL CERTAINTY
IN CRIMINAL LAW: THE ISSUES OF DIFFERENTIATION 89

Франчук В.

НАУКОВІ КОНЦЕПЦІЇ РОЗУМІННЯ КОРУПЦІЇ
ТА ЇХ РЕАЛІЗАЦІЯ В ЗАКОНІ УКРАЇНИ «ПРО ЗАПОБІГАННЯ КОРУПЦІЇ» 100

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА**Басиста І.**

ЗАКРИТТЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ
НА ПІДСТАВІ НАБУТТЯ ЧИННОСТІ ЗАКОНУ,
ЯКИМ СКАСОВАНО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ДІЯННЯ,
ВЧИНЕНЕ ОСОБОЮ: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ 108

Борейко Г.

ВІДМОВА ВІД ПІДТРИМАННЯ ОБВИНУВАЧЕННЯ
ЯК ФОРМА ЗЛОВЖИВАННЯ ПРОКУРОРОМ СВОЇМ ПРАВОМ..... 122

Піх Ю.

ЗАСАДА ВСТАНОВЛЕННЯ МАТЕРІАЛЬНОЇ ПРАВДИ (ІСТИНИ)
У СВІТЛІ РЕФОРМ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО
ЗАКОНОДАВСТВА РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩІ..... 132

CONTENTS

GENERAL THEORY OF LAW AND THE STATE

Goncharov B.

ЗАБОРОНА ДИСКРИМІНАЦІЇ В УКРАЇНІ:
ЗАКОНОДАВЧЕ ЗАКРІПЛЕННЯ ТА ЗАСТОСУВАННЯ 3

Kaminska I.

FUNCTIONAL PRINCIPLES OF EU LAW
IN THE LAW ENFORCEMENT PRACTICE OF THE COURT OF JUSTICE 11

Stetsyk N.

CASE-LAW PRACTICE: ON THE ISSUES
OF CORRELATION WITH RELATED NOTIONS 24

HISTORY OF THE STATE AND LAW

Kolbenko A.

PREREQUISITES FOR ADOPTION AND CHARACTERISTICS
OF THE FIRST CONSTITUTION OF POLAND OF 1791
(TO THE 230TH ANNIVERSARY FROM THE YEAR OF ADOPTION)..... 33

Lypytchuk O.

A JUDGE IN THE INTERWAR POLAND:
LEGAL AND MORAL-PSYCHOLOGICAL REQUIREMENTS (1918–1939)..... 42

INTELLECTUAL PROPERTY, INFORMATION AND CORPORATE LAW

Tarasenko L.

THE RIGHT TO ACCESS THE INTERNET 53

Yurkiv R.

THE PROSPECTS FOR DEVELOPMENT
AND ADAPTATION OF UKRAINIAN LEGISLATION
ON COMPULSORY LICENSING OF THE RIGHTS
TO INVENTIONS (UTILITY MODELS) TO THE EU STANDARDS 62

CONSTITUTIONAL LAW

Kaminska M.

ASSOCIATION OF COMMUNES AS A COMPONENT
OF THE FRENCH SYSTEM OF LOCAL SELF-GOVERNMENT 71

ADMINISTRATIVE AND FINANCIAL LAW

Yaniuk N.

THE RIGHT TO APPEAL TO THE ADMINISTRATIVE COURT:
THE EXPERIENCE OF POLAND AND GERMANY FOR UKRAINE 80

CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY

Демчук П.

ЗАКОННІСТЬ ТА ПРАВОВА ВИЗНАЧЕНІСТЬ
У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ: ПИТАННЯ РОЗМЕЖУВАННЯ 89

Franchuk V.

SCIENTIFIC CONCEPTS OF UNDERSTANDING CORRUPTION
AND THEIR IMPLEMENTATION IN THE LAW OF UKRAINE
«ON PREVENTION OF CORRUPTION» 100

LAW OF CRIMINAL PROCEDURE AND CRIMINALISTICS

Basysta I.

ON CLOSING OF THE CRIMINAL PROCEEDINGS ON THE GROUND
OF THE ENACTMENT OF THE LAW CANCELLING CRIMINAL LIABILITY
FOR THE ACT COMMITTED BY A PERSON: SELECTED ISSUES 108

Boreiko H.

DISMISSAL OF CHARGES BY THE PROSECUTOR
AS A FORM OF ABUSE OF HIS RIGHTS 122

Pikh Y.

THE PRINCIPLE OF MATERIAL TRUTH IN THE LIGHT
OF THE CRIMINAL PROCEDURAL REFORMS IN THE REPUBLIC OF POLAND.... 132