



Полтавський юридичний інститут
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого



ПОЛТАВСЬКИЙ ПРАВОВИЙ ЧАСОПИС

№ 1/2021

POLTAVA LAW REVIEW

**ПОЛТАВСЬКИЙ ЮРИДИЧНИЙ ІНСТИТУТ
НАЦІОНАЛЬНОГО ЮРИДИЧНОГО УНІВЕРСИТЕТУ
ІМЕНІ ЯРОСЛАВА МУДРОГО**

**«Полтавський правовий часопис»
«Poltava Law Review»**

*електронний науковий журнал
виходить чотири рази на рік*

№ 1/2021

**Полтава
2021**

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

Головний редактор

Криницький Ігор Євгенович, доктор юридичних наук, професор, старший науковий співробітник, член-кореспондент Національної академії правових наук України, Заслужений діяч науки і техніки України, директор Полтавського юридичного інституту, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Заступники головного редактора:

Гуторова Наталія Олександрівна, доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України, Заслужений юрист України, професор кафедри кримінального права та кримінально-правових дисциплін Полтавського юридичного інституту, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Козаченко Анатолій Іванович, доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри теоретико-правових дисциплін Полтавського юридичного інституту, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Тітко Іван Андрійович, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри кримінального права та кримінально-правових дисциплін Полтавського юридичного інституту, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Відповідальний секретар

Божко Володимир Миколайович, доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри конституційного, адміністративного, екологічного та трудового права Полтавського юридичного інституту, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Редакційна колегія:

Батигіна Олена Михайлівна, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри конституційного, адміністративного, екологічного та трудового права Полтавського юридичного інституту, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Гарашук Володимир Миколайович, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, Заслужений діяч науки і техніки України, завідувач кафедри адміністративного права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Гаркуша Андрій Олександрович, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного, господарського і фінансового права Полтавського юридичного інституту, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Греков Євген Анатолійович, кандидат юридичних наук, доцент, заступник голови, Полтавська обласна державна адміністрація

Гринько Лариса Петрівна, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального права та кримінально-правових дисциплін Полтавського юридичного інституту, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Кудейкіна Інга, доктор юридичних наук, доцент, керівник навчальної програми юридичного факультету, Ризький університет імені Страдіня (Латвійська Республіка)

Кучерявенко Микола Петрович, доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України, Заслужений діяч науки і техніки України, завідувач кафедри фінансового права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Лаврик Галина Володимирівна, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри правознавства, Полтавський університет економіки і торгівлі

Лемешко Олександр Миколайович, кандидат юридичних наук, доцент, перший заступник голови, Полтавська обласна рада

Пашков Віталій Михайлович, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри цивільного, господарського і фінансового права Полтавського юридичного інституту, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Полховська Інна Костянтинівна, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри конституційного, адміністративного, екологічного та трудового права Полтавського юридичного інституту, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Пуделька Йорг, PhD, суддя адміністративного суду Берліну (Федеративна Республіка Німеччина)

Сидоренко Анна Сергіївна, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри конституційного, адміністративного, екологічного та трудового права Полтавського юридичного інституту, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Синегубов Олег Васильович, доктор юридичних наук, доцент, голова, Полтавська обласна державна адміністрація

Столітній Антон Володимирович, доктор юридичних наук, професор, керівник, Полтавська обласна прокуратура

Шевчик Олександр Сергійович, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного, господарського і фінансового права Полтавського юридичного інституту, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Адреса редакційної колегії: м. Полтава, 36000, проспект Першотравневий проспект, 5

E-mail: poltava_inst@nlu.edu.ua

ЗМІСТ

ВІТАЛЬНЕ СЛОВО РЕКТОРА НАЦІОНАЛЬНОГО ЮРИДИЧНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ЯРОСЛАВА МУДРОГО, ДОКТОРА ЮРИДИЧНИХ НАУК, ПРОФЕСОРА, АКАДЕМІКА НАПрН УКРАЇНИ А.П. ГЕТЬМАНА	6
Гуторова Наталія Олександрівна	
КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ФАЛЬСИФІКАЦІЮ МЕДИЧНОЇ ПРОДУКЦІЇ.....	8
Пашков Віталій Михайлович	
ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРІВ КЕРОВАНОГО ДОСТУПУ (MEAS) В МЕДИЧНІЙ СФЕРІ.....	21
Гаркуша Андрій Олександрович, Гаркуша Євгенія Олександрівна	
ТЕХНІЧНИЙ РЕГЛАМЕНТ ЩОДО МЕДИЧНИХ ВИРОБІВ: ПРОБЛЕМИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ В ЧАСТИНІ КВАЛІФІКАЦІЇ ПРОГРАМНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ В ЯКОСТІ МЕДИЧНОГО ВИРОБУ НА ПРИКЛАДІ ДОДАТКІВ З КОНТРОЛЮ РОДИМОК.....	33
Тітко Іван Андрійович, Скрипник Андрій Володимирович	
ПІДСТАВИ ПРОВЕДЕННЯ СЛІДЧИХ ДІЙ У ЖИТЛІ ТА ІНШОМУ ВОЛОДІННІ ОСОБИ: ПИТАННЯ ПРАВОВОЇ ВИЗНАЧЕНОСТІ.....	47
Полховська Інна Костянтинівна	
СВОБОДА СЛОВА В ДЕМОКРАТИНІЙ ДЕРЖАВІ: КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ ОГЛЯД.....	63

Козаченко Анатолій Іванович

ПОВНОВАЖЕННЯ ОРГАНІВ ЗЕМСЬКОГО САМОВРЯДУВАННЯ ЗА
ЗАКОНОДАВСТВОМ ТИМЧАСОВОГО УРЯДУ РОСІЇ 1917 РОКУ..... 75

Губанова Ольга Валеріївна

ДО ПИТАННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ДИТИНИ У ПРОЦЕДУРІ
МЕДІАЦІЇ..... 88

Zub Oleksii Yuriiiovych

COMPARATIVE REASONING IN SUPREME COURTS
JUDGMENTS..... 108

Нога Петро Петрович

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ВСТАНОВЛЕННЯ ЗАБОРОНИ
(ТИМЧАСОВОЇ ЗАБОРОНИ) ТА ПОНОВЛЕННЯ ОБІГУ
ЛІКАРСЬКИХ ЗАСОБІВ НА ТЕРИТОРІЇ УКРАЇНИ..... 123

Криницький Ігор Євгенович

ПОДАТКОВО-ПРАВОВА ПОЛІТИКА УКРАЇНИ:
ТАКСОНОМІЧНІ АСПЕКТИ..... 138

ВІДОМОСТІ ПРО АВТОРІВ..... 161



Шановні читачі!

Ви маєте можливість ознайомитися з першим номером «Полтавського правового часопису». Ідея такого видання декілька років обговорювалася в науковому співтоваристві, і можна тільки вітати рішення вченої ради Полтавського юридичного інституту Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого щодо заснування зазначеного електронного наукового журналу.

Часопис передусім покликаний стати місцем професійного спілкування правників регіону, обміну думками, досвідом, оцінками та прогнозами. Полтавщина давно потребує такого фахового дискусійного майданчика науковців і юристів-практиків, адже на її теренах працює низка провідних вчених України, до вивчення актуальної проблематики галузевих правових наук активно долучається нова генерація молодих правознавців. Розвиток правової науки на теренах області має суттєве підґрунтя. Серед її уродженців можна назвати академіка НАН України та НАПрН України В.Я.Тація, академіків НАПрН України В.Т.Нора, В.Ф.Сіренка, В.І.Шакуна, М.В.Цвіка – вчених, які зробили видатний внесок у розвиток вітчизняної юридичної науки. Водночас впевнений, що вже найближчим часом журнал стане універсальним не тільки за тематикою, але й за охопленням провідних правових шкіл України.

Символічно, що перший номер журналу виходить напередодні відзначення 30-ї річниці незалежності нашої Батьківщини. Окреслена подія спонукає до ґрунтовного аналізу провідної ролі права у забезпеченні поступального розвитку Української держави, сприяє осмисленню стратегічних напрямків творення і розвитку модерного вітчизняного державотворчого процесу. Юридична наука має стати флагманом у процесі вирішення наведених завдань, запропонувати адекватні правові механізми їх дієвого забезпечення. Сподіваюсь, що «Полтавський правовий часопис» слугуватиме консолідації зусиль вітчизняних правознавців, стане потужним ретранслятором їх пропозицій.

Від усього серця зичу вам ефективної та цілеспрямованої роботи, нових наукових звершень!

А.П. Гетьман,

доктор юридичних наук, професор,
ректор Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого, академік НАПрН України



Dear readers!

You have an opportunity to familiarize yourself with the first issue of "Poltava Law Review". The idea of such a bulletin has been discussed in the scientific community for several years, and we can only welcome the decision of the Academic Council of Poltava Law Institute of Yaroslav the Wise National Law University to establish this electronic scientific edition.

The journal is primarily intended to become a venue of professional communication for lawyers in the region where they can exchange their views, experiences, assessments and forecasts. Poltava region has long needed such a professional discussion platform for both scientists and legal practitioners since a number of prominent Ukrainian scholars work on its territory, and a new generation of young jurists is actively involved in studying topical issues of branch legal sciences. The development of legal science in the region has a significant basis. Among its natives, who have made an outstanding contribution to the growth of domestic legal science, we can name an academician of the National Academy of Sciences of Ukraine and National Academy of Legal Sciences of Ukraine V. Ya. Tatsiy, academicians of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine V. T. Nora, V. F. Sirenko, V. I. Shakun, M. V. Tsvik. At the same time, I am confident that in the nearest future the journal will become a universal one not only in terms of topics, but also in terms of coverage of the leading law schools in Ukraine.

It is symbolic that the first issue of the bulletin is issued on the eve of the 30th anniversary of the independence of our Motherland. The outlined event encourages a thorough analysis of the leading role of the law in ensuring the progressive headway of the Ukrainian state, contributes to understanding of the strategic directions of creation and evolution of the modern domestic state-building. Legal science should become a flagship in the process of solving these problems, offer adequate legal mechanisms for effective facilitating this task. I hope that "Poltava Law Review" will serve to consolidate the efforts of domestic jurists and become a powerful outlet of their proposals.

With all my heart I wish you effective and purposeful work, new scientific achievements!

A.P. Hetman,

Doctor of Legal Sciences, Professor,

Rector of the Yaroslav Mudryi National Law University,

Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine

УДК: 343.57:615.2/3 (477)
ORCID: 0000-0003-2485-0651
e-mail: navchgutorova@gmail.com

Nataliya O. Gutorova,
Professor of Criminal Law and
Criminal Law Subjects Department
(Poltava Law Institute of the
Yaroslav Mudriy National Law University)

Гуторова Наталія Олександрівна,
професор кафедри кримінального
права та кримінально правових
дисциплін (Полтавський
юридичний інститут Національного
юридичного університету імені
Ярослава Мудрого)

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ФАЛЬСИФІКАЦІЮ МЕДИЧНОЇ ПРОДУКЦІЇ¹

CRIMINAL LIABILITY FOR FALSIFICATION OF MEDICAL PRODUCTS

Анотація. У статті розглянуто кримінальну відповідальність за фальсифікацію медичної продукції в Україні. Проаналізовано чинне законодавство України, Конвенцію Ради Європи про підроблення медичної продукції та подібні злочини, що загрожують охороні здоров'я, документи Всесвітньої організації з охорони здоров'я щодо протидії фальсифікації медичної продукції, статистичну інформацію та вироки судів України, винесені ст. 321¹ Кримінального кодексу України (КК) за період з 2013 по 2020 роки.

Доведено, що кримінально-правова охорона громадського здоров'я від створення і обігу підробленої медичної продукції має суттєві вади, пов'язані з суттєвими прогалинами у кримінальному законодавстві і недостатній ефективності його застосування.

¹ Стаття підготовлена на виконання фундаментальної теми «Національна безпека у сфері громадського здоров'я: правові засоби захисту від загроз», що досліджується в НДІ вивчення проблем злочинності імені академіка В.В. Сташиса НАПрН України (номер державної реєстрації в УкрІНТЕІ 0120U105608).

Незважаючи на наявність міжнародно-правових зобов'язань, КК встановлює відповідальність лише за фальсифікацію та обіг фальсифікованих лікарських засобів для вживання людиною, залишаючи фактично безкарними такі дії з лікарськими препаратами для ветеринарного використання, медичними виробами та іншою медичною продукцією.

Передбачені ст. 321¹ КК суворі санкції за фальсифікацію лікарських засобів та обіг фальсифікованих лікарських засобів фактично не застосовуються через повсюдне звільнення засуджених від відбування покарання з випробуванням на підставі ст. 75 КК. Спостерігається вкрай низький рівень правозастосовної діяльності щодо виявлення і притягнення до відповідальності осіб, винних у вчиненні передбаченого ст. 321¹ КК злочину, про що свідчить той факт, що за останні 6 років лише 6,5% зареєстрованих правопорушень були направлені до суду з обвинувальним актом.

З метою усунення зазначених недоліків необхідно привести вітчизняне кримінальне законодавство у відповідність до положень Конвенції МЕДІКРАЙМ, а також розробити і здійснити заходи щодо підвищення професійного рівня працівників правоохоронних органів щодо протидії підробленню медичної продукції.

Ключові слова: фальсифікація лікарських засобів, підроблення медичної продукції, Конвенція МЕДІКРАЙМ, фармацевтичні злочини, кримінальна відповідальність, кримінальне покарання, громадське здоров'я.

Summary. The article is devoted to criminal liability for falsification of medical products in Ukraine. The study is based on the current legislation of Ukraine, the Council of Europe Convention on the counterfeiting of medical products and similar crimes involving threats to public health, documents of the World Health Organization on combating falsification of medical products, as well as the statistical information and sentences of the courts of Ukraine, passed under the Article 321¹ of the Criminal Code of Ukraine (CC) for the period from 2013 to 2020.

It has been proved that the criminal law protection of public health from the creation and circulation of counterfeit medical products has significant gaps in the criminal legislation and insufficient effectiveness of its application.

Despite that Ukraine has international legal obligations, the Criminal Code establishes liability only for the falsification and circulation of falsified medicines for human consumption, leaving virtually unpunished for such actions with medicines for veterinary use, medical devices, and other medical products.

Article 321¹ of CC provides severe sanctions for falsification of medicines and the circulation of falsified medicines, but this punishment is not applied due to the widespread release from imprisonment on probation based on Art. 75 of the CC. The effectiveness of law enforcement in combating the falsification of medicines is extremely low. Only 6.5 percent of the registered proceedings under Article 321¹ of the CC were sent to the courts with an indictment for 2014-2020.

It is necessary to improve the criminal legislation of Ukraine according to the MEDICRIME Convention, as well as develop and implement measures to improve the professionalism of law enforcement officers in countering falsification of medical products.

Key words: falsification of medicines, counterfeit medical products, The Medicrime Convention, pharmaceutical crimes, criminal liability, criminal punishment, public health.

Постановка проблеми. Фальсифікацію медичної продукції у світі розглядають як один із найнебезпечніших злочинів, який створює загрозу заподіяння шкоди життю і здоров'ю людей. Цей вид «торгівлі смертю» належить до найприбутковіших видів організованої злочинності, яка не знає кордонів і з легкістю розповсюджує свою діяльність на будь-який куточок світу. Навіть країни з високим рівнем економічного розвитку і міцною правоохоронною системою не можуть вважати себе повністю захищеними від цієї смертоносною діяльності. Так, в умовах початку вакцинації проти Covid-19 і дефіциту вакцин широкого розповсюдження набувають спроби реалізації відповідного

фальсифікату, які вже зараз зафіксовані у країнах ЄС, Великій Британії, США та Канаді. Так, зокрема пропозиція реалізації через мережу Інтернет вакцини Pfizer/BioNTech по \$1300 за дозу з'явилась на «чорному ринку» Великої Британії навіть до офіційного початку вакцинації [1]. Генеральний директор Європейського бюро по боротьбі з шахрайством (OLAF) Вілле Іт'яля (Ville Itälä) звернувся до урядів європейських країн з попередженням про те, що значна кількість пропозицій щодо придбання вакцин проти Covid-19 є шахрайськими і можуть мати на меті як продаж фальсифікованої продукції, так і лише заволодіння коштами, які будуть сплаченими в якості попередньої оплати, після чого злочинці зникнуть. За інформацією OLAF за такими пропозиціями стоїть організований бізнес, який використовує прагнення властей прискорити вакцинацію [2].

На відміну від, зокрема, країн ЄС, Великої Британії, США, Канади, Україна в багатьох випадках лишається майже незахищеною від фальсифікаторів медичної продукції. Причиною тому є суттєві прогалини у кримінальному законодавстві, недостатній рівень підготовки працівників правоохоронних органів щодо протидії цим злочинам, а також відверто лояльне ставлення судів до «торгівців смертю» при призначенні їм покарання за фальсифікацію лікарських засобів та обіг фальсифікованих лікарських засобів.

Так, зокрема, фальсифікація такої медичної продукції, як медичні маски, дезінфікуючі вироби та тести для виявлення Covid-19 за чинним Кримінальним кодексом України (далі – КК) взагалі не тягне за собою кримінальної відповідальності, що є відвертою прогалиною у кримінально- правовій охороні громадського здоров'я. За фальсифікацію та обіг фальсифікованих лікарських засобів ст. 321¹ КК хоча й передбачає сувору кримінальну відповідальність (за наявності особливо обтяжуючих обставин санкція частини 3 цієї статті встановлює навіть покарання у виді довічного позбавлення волі), але суди до таких злочинців повсюдно застосовують звільнення від відбування покарання з випробуванням на підставі ст. 75 КК.

Прикладом такої «лояльності» є вирок Шевченківського районного суду м. Києва від 15 жовтня 2020 року, яким члена транснаціональної злочинної організації, яка з 2016 по 2019 роки займалась фальсифікацією та обігом фальсифікованих лікарських засобів, що застосовуються при лікуванні онкологічних захворювань, призначене покарання за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 255 КК та ч. 2 ст. 321¹ КК, у виді 5 років позбавлення волі, від відбування якого засудженого звільнено на підставі ст. 75 КК. За ч. 2 ст. 321¹ КК, яка передбачає покарання від восьми до десяти років позбавлення волі з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років та з конфіскацією майна, суд, застосувавши ст. 69 КК, на підставі угоди призначив покарання у виді 4 років позбавлення волі. Звертає на себе увагу, що у вирокі згадується в якості потерпілого лише юридична особа MerckSharp&Dohme – виробник лікарського засобу, що фальсифікувався, але жодного разу суд не згадав про хворих на онкологію, яким призначалися ці ліки, а також можливі наслідки вживання ними такої підробки [3].

Викладене свідчить про те, що проблеми кримінально-правової охорони публічного здоров'я від негативного впливу фальсифікованої медичної продукції, незважаючи на їх важливість, належать до недостатньо вирішених у кримінальному праві, а тому тема цього дослідження є актуальною.

Стан опрацювання обраної проблематики, аналіз останніх публікацій та досліджень. Питання кримінальної відповідальності за фальсифікацію лікарських засобів та іншої медичної продукції досліджувались такими вітчизняними науковцями, як І.С.Демченко [4], О.О.Житний [5], І.А.Коваленко [6], С.О.Лебедь [7], Митрофанов І.І. [8], В.М.Пашков [9], А. М. Притула [8], О.С.Соловйов [4, 5, 9, 10], Є. Л. Стрельцов [8]. Разом із тим, основна увага дослідників була сконцентрована на протидії фальсифікації та обігу фальсифікованих лікарських засобів, тоді як фальсифікації та обігу фальсифікованих медичних виробів та іншої медичної продукції належної уваги не приділялось. Крім того ефективність застосування відповідних кримінально-правових норм та обґрунтованість застосування кримінально-правових засобів

науковцями дослідженанедостатньо.

Метою є дослідження існуючих в Україні кримінально-правових заходів протидії фальсифікації медичної продукції з точки зору відповідності міжнародно-правовим зобов'язанням та ефективності захисту публічного здоров'я від створення та обігу такої продукції; виявлення недоліків у кримінальному законодавстві та практиці його застосування; формування пропозицій щодо їх усунення.

Під час дослідження було проаналізоване чинне кримінальне законодавство України та законодавство, яке регулює обіг в Україні медичної продукції, Конвенцію Ради Європи про підроблення медичної продукції та подібні злочини, що загрожують охороні здоров'я від 28.10.2011 [11], документи Всесвітньої організації з охорони здоров'я (далі – ВООЗ) щодо протидії фальсифікації медичної продукції [12, 13, 14], статистичну інформацію Офісу Генерального прокурора України за 2013-2020 роки [15], 28 вироків судів України за період з 2013 по 2020 роки, винесених за ст. 321¹ КК. Використані такі методи наукового дослідження, як діалектичний, аналітичний, статистичні, індукції та дедукції, а також метод системно-структурного аналізу.

Виклад основного матеріалу. Кримінальне законодавство України передбачає відповідальність за фальсифікацію лікарських засобів або обіг фальсифікованих лікарських засобів у ст. 321¹ КК, яка була внесена до КК Законом від 8 вересня 2011 року, а Законами від 5 липня 2012 року та від 12 листопада 2019 року було розширене коло діянь, які визнаються злочинними, та збільшене покарання за їх вчинення.

Фальсифікація лікарських засобів та обіг фальсифікованих лікарських засобів, передбачені частинами 1 та 2 ст. 321¹ КК, є тяжкими злочинами, а передбачені ч. 3 ст. 321¹ КК – особливо тяжким злочином з санкцією у виді позбавлення волі від десяти до п'ятнадцяти років або довічного позбавлення волі з конфіскацією майна. Зауважу, що ця санкція є ідентичною до санкції п.6 ч. 2 ст. 115 КК, яка передбачає умисне вбивство з корисливих мотивів. Таке рішення законодавця важко визнати виправданим, оскільки, на відміну від умисного

убивства, ч. 3 ст. 321¹ КК передбачає відповідальність за фальсифікацію лікарських засобів і обіг фальсифікованих лікарських засобів, якщо вони спричинили смерть особи або інші тяжкі наслідки, або вчинені в особливо великих розмірах. З одного боку, конструкція цієї норми допускає якумисне, так і необережне ставлення винної особи до смерті потерпілого, з іншого, окрім смерті людини, можливе спричинення інших тяжких наслідків або навіть сам факт вчинення злочину в особливо великих розмірах. Встановлення ж покарання у виді довічного позбавлення волі за злочин, не пов'язаний з умисним убивством, є безпідставним. На суперечливість санкцій ст. 321¹ КК цілком слушно зазначалось у науковій літературі [8, с. 114-116].

В теорії кримінального права ще Чезаре Беккарія звертав увагу на те, що безпідставна жорстокість покарання є не тільки неприпустимою, а й шкідливою для стримування злочинів, оскільки така жорстокість збільшує зусилля винного будь-якою ціною уникнути покарання, що призводить до зменшення рівня його неминучості [16]. Аналіз статистичної інформації Офісу Генерального прокурора України [15], на жаль, повною мірою підтверджує цю закономірність. Так, за період з 2013 по 2020 роки було обліковано 180 кримінальних правопорушень, передбачених ст. 321¹ КК, з яких до суду з обвинувальним висновком направлено 27 (див. Рис. 1).

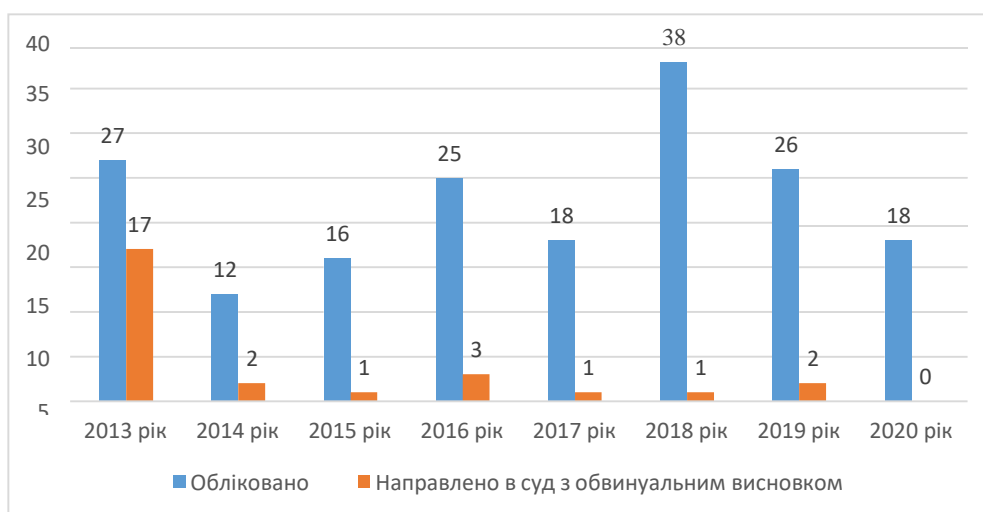


Рис. 1. Інформація про кримінальні правопорушення, передбачені ст. 321¹ КК України

Як бачимо, лише 15% кримінальних проваджень від кількості облікованих були направлені в суд з обвинувальним висновком, при цьому за період з 2014 по 2020 роки – лише 10 проваджень, що становить 6,5%. Така статистика є дещо дивною, оскільки реєстрації кримінального правопорушення, передбаченого ст. 321¹ КК, передують вилучення працівниками правоохоронних органів фальсифікованих лікарських засобів у певної особи, а тому, як мінімум, на момент такої реєстрації відомою є особа, яка їх зберігає. Причинами цього можуть бути безпідставна, у гонитві за показниками, реєстрація таких злочинів, недостатній рівень професіоналізму працівників правоохоронних органів щодо доведення фактів їх вчинення, а також вжиття особами, які вчинили злочин, передбачений ст. 321¹ КК, усіх можливих заходів для уникнення відповідальності.

Аналіз судової практики за ст. 321¹ КК також свідчить про невідповідність суворості санкцій, передбачених за фальсифікацію лікарських засобів та обіг фальсифікованих лікарських засобів, їх реальному застосуванню. Так, було проаналізовано 28 вироків, винесених за ст. 321¹ КК за період з 2013 по 2020 роки, з яких 2 – виправдувальних, 26 – обвинувальних, якими було засуджено 29 осіб. 28 особам було призначено покарання у виді позбавлення волі на строк до 5 років, від виконання якого їх було звільнено на підставі ст. 75 КК з випробуванням. Лише одним вирокком було призначено покарання у виді шести років позбавлення волі, але під час розгляду апеляційної скарги з урахуванням строку перебуванням під вартою винного було звільнено від відбування покарання на підставі Закону «Про амністію у 2016 році». Як бачимо, жодна особа в Україні, яка вчинила фальсифікацію лікарських засобів або обіг фальсифікованих лікарських засобів, не відбувала реально покарання у виді позбавлення волі. Така ситуація свідчить, з одного боку, про очевидну неефективність санкцій ст. 321¹ КК, які фактично не застосовуються, з іншого – про виключну лояльність судів до осіб, які вчинили такі злочини, що має вираз у повсюдному застосуванні звільнення від відбування покарання у виді позбавлення волі.

Наступна проблема полягає у наявності суттєвих прогалин у кримінальному законодавстві. Конвенція Ради Європи про підроблення медичної продукції та подібні злочини, що загрожують охороні здоров'я від 28.10.2011 (скорочена назва – Конвенція МЕДІКРАЙМ), ратифікована Законом № 4908-VI від 07.06.2012, яка набула чинності для України 01.01.2016, зобов'язує встановити кримінальну відповідальність за підроблення медичної продукції, що є значно ширшим ніж фальсифікація та обіг фальсифікованих лікарських засобів для використання людиною, відповідальність за які передбачені ст. 3211 КК.

Перш за все, використаний в Конвенції МЕДІКРАЙМ термін підроблена (англ. *counterfeit*) продукція відповідно до п. «j» ч. 1 ст. 4 цього документу визначається як така, що вводить в оману стосовно її дійсності та (або) джерела, а тому охоплює як фальсифіковану, так і контрафактну продукцію. Слід зазначити, що існує певна неузгодженість у вирішенні цього питання і в межах міжнародного механізму протидії загрозам публічному здоров'ю. Так, ВООЗ 29 травня 2017 року на 70-й сесії ухвалила рішення використовувати у своїх документах поняття «субстандартна і фальсифікована медична продукція» (*Substandard and Falsified (SF) medical products*), на відміну від раніше використовуваного поняття «субстандартна/підроблена/невірно маркована/фальсифікована/контрафактна» медична продукція (*Substandard /Spurious /Falsely-labelled/Falsified/Counterfeit (SSFFC) medical products*). На відміну від термінів, які використовує ВООЗ і Рада Європи, український термін «фальсифіковані лікарські засоби» є недостатньо повним, а тому, як слушно звертають увагу науковці [4, с. 11-29; 5, с. 858; 6, с. 22-38, 9; 10], потребує вдосконалення.

Свідченням неповноти виконання Україною міжнародно-правових зобов'язань є і недостатність кримінально-правової охорони публічного здоров'я від впливу такої підробленої медичної продукції, як лікарські препарати для ветеринарного використання, медичні вироби (пристрої медичного

призначення), активні речовини та ексцепієнти, що використовуються для виробництва лікарських препаратів для людського та ветеринарного використання. Окремі діяння, які полягають у виготовленні та обігу цих предметів підпадають під дію ст. 227 КК «Умисне введення в обіг на ринку України (випуск на ринок України) небезпечної продукції», але за цією нормою відповідальність настає лише за умови, що вартість такої продукції у 500 і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян (у 2021 р. – 567 500 грн.), коло суб'єктів відповідальності є обмеженим, а санкція передбачає штраф від п'ятисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, тоді як відповідно до ч. 1 ст. 12 Конвенції МЕДІКРІМ санкції за такі діяння мають передбачати покарання у виді позбавлення волі.

Певною спробою усунення вказаних недоліків був Проект Закону України про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за підроблення медичної продукції та подібні злочини, що загрожують охороні здоров'я, реєстраційний 1164-ІХ від 02.02.2021 [17]. Але поки що цей законопроект у сесійній залі навіть не розглядався.

Висновки та пропозиції. Таким чином, проведене дослідження дає підставу для наступних висновків:

1. Кримінально-правова охорона публічного здоров'я від створення і обігу підробленої медичної продукції має серйозні вади, пов'язані з суттєвими прогалинами у кримінальному законодавстві і недостатній ефективності його застосування.

2. Незважаючи на наявність міжнародно-правових зобов'язань відповідно до підписаної і ратифікованої Україною Конвенції МЕДІКРАЙМ, КК встановлює відповідальність лише за фальсифікацію та обіг фальсифікованих лікарських засобів для вживання людиною, залишаючи фактично безкарними такі дії з лікарськими препаратами для ветеринарного використання, медичними виробами та іншою медичною продукцією.

3. Передбачені ст. 321¹ КК суворі санкції за фальсифікацію лікарських засобів та обіг фальсифікованих лікарських засобів фактично не застосовуються через повсюдне звільнення засуджених від відбування покарання з випробуванням на підставі ст. 75 КК.

4. Спостерігається вкрай низький рівень правозастосовної діяльності щодо виявлення і притягнення до відповідальності осіб, винних у вчиненні передбаченого ст. 321¹ КК злочину, про що свідчить той факт, що за останні 6 років лише 6,5% зареєстрованих правопорушень були направлені до суду з обвинувальним актом.

5. З метою усунення зазначених недоліків необхідно привести кримінальне законодавство у відповідність КК до положень Конвенції МЕДІКРАЙМ, а також розробити і здійснити заходи щодо підвищення рівня професіоналізму працівників правоохоронних органів щодо протидії фальсифікації медичної продукції.

Література

1. Gavin Butler. Darknet Drug Dealers Are Now Selling ‘Pfizer COVID Vaccines’. URL: <https://www.vice.com/en/article/akdkkg/darknet-drug-dealers-are-now-selling-pfizer-covid-vaccines>. (Дата звернення: 20.03.2021).

2. OLAF warns against fraudsters offering COVID-19 vaccines. 7. 2021. URL: https://ec.europa.eu/anti-fraud/media-corner/news/15-02-2021/olaf-warns-against-fraud-sters-offering-covid-19-vaccines_en. (Дата звернення: 20.03.2021).

3. Вирок Шевченківського районного суду м. Києва від 15 жовтня 2020 року. Провадження №1-кп/761/2350/2020. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92843132#>. (Дата звернення: 20.03.2021).

4. Демченко І., Соловійов О. Попередження поширення фальсифікованих лікарських засобів на міжнародному та національному рівні. Київ: Новий друк, 2014. 128 с.

5. Gutorova, N., Zhytnyi, O., Soloviov, O. Falsification of Medical Products: Criminal Law Mechanism Combating Threats to Public Health. *Wiadomości Lekarskie* 2019. tom LXXII, nr 5 cz I. p. 856-861.
6. Коваленко І. А. Фальсифікація та обіг фальсифікованих лікарських засобів: кримінально-правове дослідження. Одеса. Видавничий дім «Гельветика», 2018. 232 с.
7. Лебедь С. О. Історичні аспекти та сучасний стан фальсифікації лікарських засобів в Україні . Рівне: Волин. Обереги, 2018. 329 с.
8. Митрофанов І. І., Притула А. М., Стрельцов Є. Л. Злочини проти здоров'я населення, що порушують право на якісне забезпечення лікарськими засобами : монографія. Одеса : Фенікс, 2015. 158 с.
9. Pashkov V., Soloviov A., Olefir A. Legal Aspects of Counteracting the Trafficking of Falsified Medicines in the European Union. *Wiadomości Lekarskie* 2017, tom LXX, nr 4, p. 843-849.
10. Соловійов О. С. Конвенція «Медикрим» як інструмент протидії підробленню медичної продукції в Україні. *Соціальна фармація в охороні здоров'я*. 2019. Т. 5, № 3. С. 57-64.
11. Конвенція Ради Європи про підроблення медичної продукції та подібні злочини, що загрожують охороні здоров'я від 28.10.2011. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a91 (Дата звернення: 20.03.2021).
12. WHO Global Surveillance and Monitoring System for substandard and falsified medical products. Geneva: World Health Organization; 2017. Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO. URL: <https://www.who.int/medicines/regulation/ssffc/publications/GSMSreport>. (Дата звернення: 20.03.2021).
13. WHO Fact Sheet 31 January 2018 Substandard and falsified medical products. URL: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/substandard-and-falsified-medical-products>. (Дата звернення: 20.03.2021).
14. WHO. Definitions of Substandard and Falsified (SF) Medical Products. Working Definition Document Approved by the Seventieth World Health

Assembly, 29 May 2017. URL: <https://www.who.int/medicines/regulation/ssffc/definitions/en/>. (Дата звернення: 20.03.2021).

15. Офіс Генерального прокурора України. Про зареєстровані кримінальні правопорушення та результати їх досудового розслідування. URL: https://www.gp.gov.ua/ua/stat_n_st?dir_id=114368&libid=100820&c=edit&. (Дата звернення: 20.03.2021).

16. Чезаре Б. О преступлениях и наказаниях : пер. с итал. К. : Ин Юре, 2014. 240 с.

17. Проект Закону України про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за підроблення медичної продукції та подібні злочини, що загрожують охороні здоров'я, реєстраційний 1164-IX від 02.02.2021. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70657 (Дата звернення: 20.03.2021).

18. Карапетов А. Г. Борьба за признание судебного правосудия в европейском и американском праве. М.: Статут, 2011. 308 с.

УДК: 346: 613/614

ORCID: 0000-0001-9489-7768

E-mail: v.pashkov26.06@ukr.net

Vitalii M. Pashkov,
Professor of the Department of Civil,
Commercial and Financial Law
(Poltava Law Institute of the Yaroslav
Mudryi National Law University)

Пашков Віталій Михайлович,
професор кафедри цивільного,
господарського і фінансового права
(Полтавський юридичний інститут
Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого)

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРІВ КЕРОВАНОГО ДОСТУПУ (MEAs) В МЕДИЧНІЙ СФЕРІ¹

NATURE LAWS GUIDED ENTRY AGREEMENTS (MAPs) IN THE MEDICAL SPHERE

Анотація. Праця присвячена дослідженню правової природи договорів керованого доступу які використовують в фармацевтичній діяльності на прикладі тлумачення законодавства України, країн Європейського союзу та Сполучених Штатів Америки. Це дослідження було проведено шляхом широкого огляду літератури, аналізу нормативних актів України, ЄС, США, наукових досліджень та думки науковців як правознавців, так і представників медичної і фармацевтичної діяльності. В роботі проаналізовано сутність поняття «умовного дозволу на маркетинг лікарських засобів», «права на екстрене використання лікарських засобів» та особливостей спрощеної реєстрації ліків при виникненні надзвичайної ситуації. Проаналізована мета використання в медичній діяльності договорів керованого доступу і зв'язок між правовою

¹ Робота виконана в рамках дослідження Науково-дослідного інституту академіка Сташиса з вивчення проблем злочинності Національної академії юридичних наук України "Національна безпека в галузі охорони здоров'я: правові засоби захисту від загроз" , номер державної реєстрації 0120U105608

природою цих договорів та використанням лікарських засобів не за призначенням.

У рамках роботи був застосований діалектичний, порівняльний, аналітичний та комплексний методи.

З точки зору ідеї наукової праці, вона торкається двох аспектів порівняльних досліджень щодо забезпечення права на доступ до ефективних, інноваційних та якісних лікарських засобів, в першу чергу експериментальних але лише за умови, що їх загальні переваги переважають ризики.

Досліджені права спеціально уповноважених органів, а саме Європейської Медичної Агенції (ЄС) та Управління з санітарного нагляду за якістю продуктів харчування та медикаментами (США) в частині допуску експериментальних лікарських засобів.

Ключові слова: договори керованого доступу, умовний маркетинг лікарських засобів, екстрене використання лікарських засобів, спрощена реєстрація ліків.

Summary. The work is devoted to the study of the legal nature of controlled access agreements used in pharmaceutical activities, on the example of the interpretation of the legislation of Ukraine, the European Union and the United States of America. This study was conducted through a broad review of the literature, analysis of regulations of Ukraine, the EU, the US, research and opinions of scientists, both lawyers and medical and pharmaceutical activities. The paper analyzes the essence of the concept of "conditional permit for the sale of medicines", "the right to emergency use of medicines" and the features of simplified registration of medicines in case of emergency. The purpose of using agreements with controlled access in medical activities and the relationship between the legal nature of these agreements and the use of non-registered drugs are analyzed.

Dialectical, comparative, analytical and complex methods were used in the work.

From the point of view of the idea of scientific work, it touches on two aspects of comparative research on ensuring the right to access effective, innovative and high-quality medicines, primarily experimental, but only if their general advantages outweigh the risks.

The rights of specially authorized bodies, namely the European Medical Agency (EU) and the Office for Sanitary Supervision of Food and Drug Administration (USA) in terms of admission of experimental drugs have been studied.

Key words: managed entry agreements, conditional marketing of medicines, emergency use of medicines, simplified registration of medicines.

Постановка проблеми. В умовах пандемії на Covid – 19 в Україні все частіше стали вести мову про нормативно-правове створення умов задля запровадження інноваційних способів та методів лікування, які вже давно використовують розвинути країни. Мова йде про використання інноваційних лікарських засобів та способів лікування, які хоча і є оригінальними проте можуть бути такими, що не пройшли всі необхідні випробування і ефективність яких може бути сумнівною. Зрозуміло, що дозвіл на маркетинг лікарських засобів та медичних технологій, встановлення цін і відшкодування вартості цієї продукції повинні забезпечувати її максимальну доступність, безпечність та ефективність. В цьому контексті використання договорів керованого доступу (MEAs) досить поширений спосіб фармацевтичного забезпечення як у країнах Європи так і США. При цьому у більшості країн під цим видом угод розуміється домовленість між виробником фармацевтичної продукції та платником, яка забезпечує доступ до інноваційних лікарських засобів та/або медичних технологій. Метою таких угод є збільшення доступності та ефективності фармацевтичної продукції та/або медичних технологій у поєднанні зі зменшенням навантаження на бюджет [1]. В Україні використання MEAs до оголошення пандемії на коронавірусну хворобу не отримало поширення і навіть після внесення доповнень до Основ законодавства України про охорону здоров'я

щодо MEAs можливість їх використання було мінімізовано. Хоча необхідно визнати, що в Україні достатньо досліджень щодо ціноутворення інноваційних лікарських засобів [2, с. 582 – 586].

Стан опрацювання обраної проблематики, аналіз останніх публікацій та досліджень. Теоретично, методологія договорів керованого доступу дозволяє укладати законодавчо регламентовані угоди між фармацевтичним виробником (постачальником) та платником медичних послуг (державний бюджет, страховий фонд), з несенням відповідальності, в тому числі і з боку виробника (постачальника) продукції або технології. Мова йде про спеціальні угоди між фармацевтичним виробником, постачальником та платником медичних послуг – державою, страховим фондом, які застосовуються з метою забезпечення доступності для пацієнтів інноваційних лікарських засобів, що не пройшли всі стадії клінічних випробувань, а також інноваційних медичних технологій – схем діагностики, профілактики, лікування. Ця доступність є необхідною саме для препаратів та технологій з недоказаною ефективністю [3, с. 1275]. Особливістю такого виду угод є те, що у випадку відсутності терапевтичного ефекту або неповноти такого ефекту, виробник відшкодовує повністю витрати на лікування або зменшує її вартість [4, с. 11]. Укладаються вони в разі необхідності, коли не накопичено достатньо доказів про доведену ефективність інноваційних ліків та/або медичних технологій, їх клінічних переваг і коли відсутня оцінка їх впливу на якість життя тощо [5, с. 12]. Фактично, використання MEAs споріднене з використанням лікарських засобів off-label. Але є і різниця, при використанні лікарських засобів off-label мова йде, у більшості випадків про зареєстровані лікарські засоби за іншим призначенням, згідно з інструкцією. До оголошення пандемії на Covid – 19, перш за все, таке використання передбачалося у випадку орфанних захворювань, окремих видів онкологічних тощо. При використанні MEAs мова йде про використання лікарських засобів, для яких не проведенні повністю клінічні випробування та не доведена їх ефективність. Хоча при використанні лікарських засобів off-label (не за

призначенням) також мова йде про доступ пацієнтів до експериментальних лікарських засобів з недоказаною ефективністю. В обох випадках, після того, як наукова оцінка продемонструє, що їх загальні переваги переважають ризики.

При цьому, у більшості країн MEAs є невід'ємною частиною політики ціноутворення лікарських засобів і медичних технологій, а також реїмбурсації лікарських засобів та відшкодування медичних витрат [6, с. 36].

Необхідно відзначити, що українські правознавці, враховуючи новизну цієї тематики, саме цьому виду договірних відносин, що притаманній сфері фармацевтичної та медичної діяльності приділяли недостатньо уваги, більш того, на законодавчому рівні, взагалі невірно розтлумачили окремі його положення. Так, серед вітчизняних науковців, в теоретичному контексті досліджували окремі правознавці, зокрема, О.Ю. Кашинцева, М.М. Трофименко [7, с. 35], І.С. Демченко [8, с. 76], в тому числі організатори фармацевтичної справи, зокрема, О.М. Заліська, Х.Я. Стасів [5, с. 12] тощо. Серед науковців країн ЄС та США зазначену тему досліджували Christiane Maskineh, Soumana C. Nasser [6, с. 33 – 38], François Lucas [4, с. 10 – 12], Marianne Klemp, Katrine Fronsdal, Karen Facey [1] та інші. На жаль вітчизняні правознавці досліджували правову природу MEAs в контексті власної концепції українських розробників, більш того окремі з цих правознавців і були ідеологами помилкової концепції щодо цього виду договорів у вітчизняному законодавстві.

Метою статті є дослідження правової природи договорів керованого доступу в медичній сфері, наявності спільних рис між використанням MEAs та лікарських засобів off-label, а також хибності уявлень у законодавстві України про правову природу MEAs.

У рамках роботи був застосований діалектичний, порівняльний, аналітичний та комплексний методи.

З точки зору ідеї наукової праці, вона торкається двох аспектів порівняльних досліджень щодо забезпечення права на доступ до ефективних,

інноваційних та якісних лікарських засобів, в першу чергу експериментальних але лише за умови, що їх загальні переваги переважають ризики.

Досліджені права спеціально уповноважених органів, а саме Європейської Медичної Агенції (ЄС) та Управління з санітарного нагляду за якістю продуктів харчування та медикаментами (США) в частині допуску експериментальних лікарських засобів.

Виклад основного матеріалу. Законом України «Про внесення змін до деяких законів України, спрямованих на підвищення доступності лікарських засобів, медичних виробів та допоміжних засобів до них, які закупаються особою, уповноваженою на здійснення закупівель у сфері охорони здоров'я» від 17.03.2020 року були внесені доповнення до Основ законодавства України про охорону здоров'я, зокрема в ст. 79-1 (Договори керованого доступу). І хоча судячи зі змісту пояснювальної записки, метою цієї статті була повна імплементація законодавства ЄС та США щодо договорів керованого доступу, українські законотворці перекрутили зміст цієї статті, виклавши її в такий редакції, що там навіть не може йти мова про закупівлю інноваційних лікарських які знаходяться на стадії клінічних випробувань та новітніх та медичних технологій.

Нагадаємо, що у випадку придбання замовником лікарських засобів які не пройшли повні клінічні випробування, відповідальність за несення ризиків несе все ж такі виробник (постачальник) такої продукції і такі лікарські засоби допускаються до використання, наприклад в країнах ЄС, після надання тимчасового дозволу на маркетинг з боку спеціально уповноваженого органу – Європейської Медичної Агенції (ЕМА) а його власник повинен виконати певні зобов'язання в установлені строки, що можуть включати завершення поточних або нових досліджень або збір додаткових даних для підтвердження того, що баланс користі і ризику залишається позитивним [9]. Тобто, фармацевтичне законодавство ЄС гарантує, що лікарські засоби можуть бути допущенні до використання лише тільки після того, як наукова оцінка продемонструє, що їх

загальні переваги переважають ризики. Наприклад, якщо мова йде про вакцинацію населення від COVID-19, то переваги використання таких вакцин для захисту громадян повинні бути набагато більше, ніж будь-які побічні ефекти або потенційні ризики [10].

В США, механізм вирішення питання щодо надання дозволу на екстрене використання лікарських засобів або медичних технологій забезпечується з боку Управління з санітарного нагляду за якістю продуктів харчування та медикаментами (FDA) шляхом полегшення доступності та використання необхідних лікарських засобів, під час надзвичайних ситуацій. Так, відповідно до розділу 564 Федерального закону США про харчові продукти, ліки та косметику, комісар FDA може дозволити використання незатверджених (тобто незареєстрованих) лікарських засобів за MEAs або off-label (по незатвердженим показаннями) в екстрених випадках для діагностики, лікування або запобігання серйозних або життєво важливих захворювань або станів, коли немає адекватних, схвалених і доступних альтернатив лікування [11].

Важливим є те, що в країнах ЄС та США при використанні Managed entry agreements (MEAs) мова йде про умовний дозвіл на маркетинг (ЄС) та використання в екстрених випадках (США), саме незареєстрованих інноваційних лікарських засобів, коли переваги від використання таких лікарських засобів для захисту громадян повинні бути набагато більше, ніж будь-які побічні ефекти або потенційні ризики, коли немає адекватних, схвалених і доступних альтернатив лікування. Managed entry agreements (MEAs) – це домовленості між фармацевтичними виробниками (постачальниками) та платниками охорони здоров'я, які передбачають можливість використання нових лікарських засобів з урахуванням невизначеності щодо їх ефективності та фінансових витрат.

В Україні зовсім інша ситуація з незрозумілих причин і складається враження, що посадовці від сфери охорони здоров'я не зовсім розуміють неадекватність вітчизняного законодавства щодо цього виду договорів. Хоча

ознайомлення з працями науковців фармації та медицини свідчить про розуміння проблеми. З іншого боку, науковці з медичного права або не розуміють правової природи цього виду договорів, або умисно лобіюють інтереси окремих суб'єктів зі сфери медичних закупівель. Принаймні таке враження складається при дослідженні повноважень ДП «Медичні закупівлі України» опосередковано викладених в Законі України «Про лікарські засоби» (ч. 12 ст. 19), Основах законодавства України про охорону здоров'я (ч. 1 ст. 79-1), а також уточнених в постановах КМУ від 27.11.2019 року № 1172 «Деякі питання забезпечення ефективного функціонування системи закупівель лікарських засобів, медичних виробів, допоміжних засобів та інших товарів медичного призначення» та від 27.01.2021 року № 61 «Деякі питання щодо договорів керованого доступу та зупинення дії абзацу першого пункту 1⁻² постанови Кабінету Міністрів України від 25 березня 2009 р. № 333».

Так, доповнення до Основ законодавства України про охорону здоров'я (ст. 79-1 Договори керованого доступу) передбачають закупівлю та ввезення в Україну оригінальних (інноваційних) лікарських засобів, за замовчуванням саме таких, що відповідають ст.ст. 9, 9-1, 9-2 Закону України «Про лікарські засоби», мова йде лише про зареєстровані лікарські засоби. І не має значення, що окремі групи лікарських засобів реєструються за спрощеною процедурою саме тих ліків які використовуються в розвинутих країнах за спеціальним списком. Справа в правовому статусі лікарських засобів які дозволені до використання відповідно до умовного дозволу на маркетинг (ЄС) та їх використання в екстрених випадках (США), що носить по-перше, тимчасовий характер, по-друге, саме незареєстрованих лікарських засобів. А це означає, що за допомогою MEAs, мова йде про придбання замовником лікарських засобів які не пройшли повні клінічні випробування, відповідальність за несення ризиків несе все ж такі виробник (постачальник) такої продукції.

В Україні у випадку реєстрації лікарських засобів, які не пройшли клінічні випробування і не мають повноцінні досьє, держава штучно змінює правовий

режим такої категорії лікарських засобів і бере на себе зобов'язання за несення ризиків від використання таких ліків. Крім того, дивує той факт, що згідно з Переліком лікарських засобів (медичних імунобіологічних препаратів) які рекомендовані до реєстрації [12], замовником на реєстрацію, наприклад, вакцини CoviShield виступає ТОВ «Грейс оф год» з статутним капіталом 28000 грн та видами діяльності: Основний: 46.46 Оптова торгівля фармацевтичними товарами; Інші: 46.31 Оптова торгівля фруктами й овочами; 46.32 Оптова торгівля м'ясом і м'ясними продуктами; 46.33 Оптова торгівля молочними продуктами, яйцями, харчовими оліями та жирами [13]. Зрозуміло, що зазначений заявник буде не в змозі нести відповідальність за можливі ризики від використання вакцини CoviShield, яка навіть не зареєстрована в жодній країні світу, крім України.

Більш того, 19.03.2021 року в ВРУ був прийнятий Закон України «Про внесення зміни до статті 9-2 Закону України “Про лікарські засоби” щодо державної реєстрації вакцин або інших медичних імунобіологічних препаратів під зобов'язання», цим документом передбачено звільнення від відповідальності виробника та/або власника реєстраційного посвідчення, включаючи їх працівників, медичних працівників, та інших осіб, які залучені до здійснення заходів пов'язаних із вакцинацією, за будь-які наслідки, спричинені застосуванням таких вакцин або інших медичних імунобіологічних препаратів для специфічної профілактики коронавірусної хвороби (COVID-19).

Висновки та пропозиції. Вищенаведений аналіз законодавства України, а також дослідження правової природи договорів керованого доступу MEAs які застосовуються в країнах ЄС та США свідчить про невірну імплементацію законодавства розвинутих країн, що ускладнює доступність інноваційних лікарських засобів для пацієнтів України. З іншого боку, помилки щодо імплементації законодавства в частині використання MEAs порушують право громадян не лише на ефективні та доступні лікарські засоби але і порушують

право громадян на відшкодування витрат в результаті нанесення шкоди здоров'ю.

Як наслідок, пропонуємо внести зміни до ст. 79-1 Основ законодавства України про охорону здоров'я та ст.ст. 9, 9-1, 9-2 Закону України «Про лікарські засоби», передбачивши можливість умовного маркетингу або екстреного використання лікарських засобів без їх державної реєстрації до завершення повного циклу клінічних випробувань та накопичення доказів про доведену ефективність інноваційних ліків та медичних технологій. А також доцільно скасувати норми, що порушують право пацієнтів на відшкодування шкоди пов'язаної з використанням неефективних та неякісних лікарських засобів.

Література

1. Marianne Klemp, Katrine Fronsdal, Karen Facey. What principles should govern the use of managed entry agreements? URL: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/21262072/>. (Дата звернення: 20.03.2021).
2. Pashkov V. M., Golovanova I. A., Olefir A. A. The impact of the legal regime of intellectual property protection in the pharmaceutical market. *Wiadomosci Lekarskie*. 2016. 3. P. 582–586.
3. Alessandra Ferrario, Diana Araja, Tomasz Bochenek, Tarik Catic, David Danko, Maria Dimitrova, Jurij Furst, Ieva Greicute Kuprijanov, Iris Hoxha, Arianit Jakupi, Erki Laidmae, Olga Loblova, Ileana Mardare, Vanda Markovic-Pekovic, Dmitry Meshkov, Tanja Novakovic, Guenka Petrova, Maciej Pomorski, Dominik Tomek, Luka Voncina, Alan Haycox, Panos Kanavos, Patricia Vella Bonanno, Brian Godman. The Implementation of Managed Entry Agreements in Central and Eastern Europe: Findings and Implications. *PharmacoEconomics*. (2017). 35. P. 1271 – 1285.
4. François Lucas. Performance-Based Managed Entry Agreements for Medicines: Much Needed, but Not Feasible? *Health Policy*. 2016. 11 – 12. P. 10 – 12.

5. Заліська О.М., Стасів Х.Я. Угоди керованого доступу до інновацій у системі оцінки медичних технологій: досвід використання у Європі. *Щотижневик АПТЕКА*. 2019. №4 (1175). С. 12-15.
6. Christiane Maskineh, Soumana C. Nasser. Managed Entry Agreements for Pharmaceutical Products in Middle East and North African countries: Payer and Manufacturer Experience and Outlook. *Value in Health Regional Issues*. 2018. №16. P. 33 – 38.
7. Кашинцева О.Ю. Трофименко М.М. Правові механізми розширення доступу до лікування за умов пандемії в Україні та світі. *Медичне право*. 2020. №2 (26). С. 34 – 48.
8. Демченко І.С. Договори керованого доступу: загальна характеристика. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. №8. С. 76 – 81.
9. Human regulatory. Conditional marketing authorisation. URL: [https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/marketing-authorisation/conditional-marketing-authorisation#use-during-covid-19-pandemic-\(new\)-section](https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/marketing-authorisation/conditional-marketing-authorisation#use-during-covid-19-pandemic-(new)-section) (Дата звернення: 20.03.2021).
10. European Medicines Agency. Human regulatory. Robust regulatory framework and scientific expertise in the EU. URL: <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/overview/public-health-threats/coronavirus-disease-covid-19/treatments-vaccines/covid-19-vaccines-development-evaluation-approval-monitoring#scientific-evaluation-and-approval-section>. (Дата звернення: 20.03.2021).
11. Emergency Use Authorization. About Emergency Use Authorizations (EUAs). URL: https://www.fda.gov/emergency-preparedness-and-response/mcm-legal-regulatory-and-policy-framework/emergency-use-authorization?fbclid=IwAR3EBrAELMmTeUI_IPtmHZNI_veTMN6tL2-CUJcrz0nS6AOxjAvBktKICy8. (Дата звернення: 20.03.2021).
12. Державний експертний центр МОЗ України. Перелік лікарських засобів (медичних імунобіологічних препаратів) для екстреного медичного

застосування (22.02.2021). URL: <https://www.dec.gov.ua/materials/perelik-likarskyh-zasobiv-medychnyh-imunobiologichnyh-preparativ-dlya-ekstrenogo-medychnogo-astosuvannya-22-02-2021-2/> (Дата звернення: 20.03.2021).

13. Грейс О. Г. Анкета. URL: https://youcontrol.com.ua/catalog/company_details/43899896/. (Дата звернення: 20.03.2021).

УДК: [34:61](477)

Гаркуша А.О.

ORCID: 0000-0001-5266-3007

e-mail: andreigarkusha@gmail.com

Гаркуша Є.О.

ORCID: 0000-0002-9932-8756

e-mail: harkusha.evheniia@gmail.com

Andrii O. Harkusha,

Acting head of the Department Civil, Commercial and Financial Law (Poltava Law Institute of the Yaroslav Mudryi National Law University), Leading Researcher the Laboratory for the Study of National Security Problems in the Field of Public Health of Academician Stashis Scientific Research Institute for the Study of Crime Problems NALS of Ukraine

Гаркуша Андрій Олександрович,

в.о. завідувача кафедри цивільного, господарського і фінансового права (Полтавський юридичний інститут Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого) провідний науковий співробітник Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В.В. Сташиса НАПрН України

Yevheniia O. Harkusha,

Junior Researcher of the Laboratory for the Study of National Security Problems in the Field of Public Health of Academician Stashis Scientific Research Institute for the Study of Crime Problems NALS of Ukraine, head of Legal and Compliance, Clario Tech Limited

Гаркуша Євгенія Олександрівна,

молодший науковий співробітник Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В.В. Сташиса НАПрН України, керівник юридичного департаменту Clario Tech Limited

**ТЕХНІЧНИЙ РЕГЛАМЕНТ ЩОДО МЕДИЧНИХ ВИРОБІВ:
ПРОБЛЕМИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ В ЧАСТИНІ
КВАЛІФІКАЦІЇ ПРОГРАМНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ В ЯКОСТІ
МЕДИЧНОГО ВИРОБУ НА ПРИКЛАДІ ДОДАТКІВ З
КОНТРОЛЮ РОДИМОК²
TECHNICAL REGULATIONS ON MEDICAL DEVICES:**

² Стаття підготовлена на виконання фундаментальної теми «Національна безпека у сфері громадського здоров'я: правові засоби захисту від загроз», що досліджується в НДІ вивчення проблем злочинності імені академіка В.В. Сташиса НАПрН України (номер державної реєстрації в УкрІНТЕІ 0120U105608).

LAW ENFORCEMENT ISSUES IN TERMS OF SOFTWARE AS A MEDICAL DEVICE QUALIFICATION ON THE EXAMPLE OF MOLES CONTROL APPLICATIONS

Анотація. Сьогодні новітні технології, мобільні телефони, гаджети та різноманітні програми, мобільні додатки настільки глибоко увійшли у життя сучасних людей. За статистикою середньостатичний користувач проводить в мережі Інтернет 6 годин 43 хвилини кожного дня, використовуючи при цьому безліч різноманітних додатків, в тому числі тих, що мають медичну мету (наприклад, сервіси для отримання консультації лікаря, розшифровування аналізів онлайн, фітнес-додатки для схуднення та контролю ваги, «жіночі» додатки з планування вагітності тощо). Кожен користувач мобільного телефону або персонального комп'ютеру вже має можливість встановити та користуватися широким спектром таких додатків через GooglePlay, Microsoft Store, AppStore та інші онлайн магазини. На перший погляд, подібні додатки сприймаються користувачами здебільшого як розважальні та нібито незагрозливі для людини. Проте, з цим важко погодитися, оскільки розвиток сучасних апаратних можливостей як мобільних телефонів (наявність датчиків пульсу, фотокамер високої роздільної здатності, оксиметрів тощо), так і персональних комп'ютерів, а також відповідного програмного забезпечення до них дозволяє наблизити їх можливості впритул до медичних виробів, виробів медичного призначення. При цьому, саме по собі використання подібних технологій, що мають медичне призначення, може становити ризик для користувача, особливо якщо ми говоримо про програмне забезпечення, яке є медичним виробом згідно з Технічним регламентом щодо медичних виробів. Проведене дослідження демонструє, що ринок програмного забезпечення, яке має медичне призначення, розвивається дуже стрімко та пропонує користувачам безліч варіантів. При цьому, серед проаналізованих є додатки, які відповідно до законодавства беззаперечно є медичними виробами та реально можуть мати ризики для життя

та здоров'я людини, але при цьому не пройшли відповідних процедур з оцінки відповідності щодо безпечності та ефективності їх використання. Це свідчить про відсутність належного контролю з боку відповідних органів, що здійснюють нагляд за виведенням цієї категорії товарів на ринок.

Відтак, враховуючи стан «сірої зони» в межах досліджуваних правовідносин, пропонується забезпечити правове регулювання вищевказаних додатків (як на передринковій, так і на постринковій стадіях) за аналогією із медичними виробами згідно із рівнем ризику, поклавши відповідні зобов'язання на розробників таких додатків та уповноважені органи моніторингу.

Ключові слова: програми, програмне забезпечення, медичні вироби, директива про медичні вироби, регулювання медичних виробів.

Summary. Today, the latest technologies, mobile phones, gadgets, and various software, mobile applications have become so deeply ingrained in daily lives of modern people. According to statistics, the average user spends 6 hours and 43 minutes every day on the Internet, using many different applications, including those that have a medical purpose (for example, services for a doctor's consultation, decoding tests online, fitness applications for weight loss and weight control, "female" pregnancy planning applications, etc.). Every user of a mobile phone or personal computer already has the opportunity to install and use a wide range of such applications through GooglePlay, Microsoft Store, AppStore, and other online stores. At first glance, such applications are perceived by users mostly as entertaining and supposedly nonthreatening to humans. However, it is difficult to agree with that because the development of modern hardware capabilities of both mobile phones (heart rate sensors, high-resolution cameras, oximeters, etc.) and personal computers, as well as 35 the appropriate software, make it possible to bring them closer to medical products, medical devices. At the same time, the use of such technologies for medical purposes may in itself pose a risk to the user, especially if we are talking about software that is a medical device under the Technical Regulations for Medical Devices. The study

shows that the market for medical software is developing very rapidly and offers users many options. However, among the analyzed are applications that, according to the law, are undoubtedly medical devices and may actually pose risks to human life and health but have not undergone appropriate procedures to assess compliance with the safety and effectiveness of their use. It indicates a lack of proper control by the relevant authorities supervising the placing on the market of this category of goods. Therefore, given the "gray zone" state within the studied legal relationship, it is proposed to ensure the legal regulation of the above applications (both pre-market and post-market stages) by analogy with medical devices according to the level of risk, placing appropriate obligations on developers of such applications and authorized monitoring bodies.

Keywords: applications, software, medical devices, the Directive on medical devices, regulation of medical devices.

Постановка проблеми. Сучасні технології, мобільні телефони, гаджети, різноманітні програми та мобільні додатки настільки глибоко увійшли в життя сучасних людей, що складно собі навіть уявити як ми могли обходитися без усього цього раніше. За статистикою середньостатистичний користувач проводить в мережі Інтернет 6 годин 43 хвилини кожного дня [1]. Аналогічна тенденція прослідковується також щодо програмного забезпечення, яке використовується з певною медичною або навколomedичною метою, наприклад сервіси, які допомагають отримати консультацію лікаря/розшифровку аналізів онлайн [2], різноманітні фітнес-додатки для схуднення та контролю ваги [3], жіночі додатки з контролю менструального циклу та планування вагітності [4] та багато інших. Кожен користувач мобільного телефону або персонального комп'ютеру отримує можливість придбати або навіть безкоштовно встановити та користуватися дуже широким спектром таких програм через GooglePlay, Microsoft Store, AppStore та інші онлайн магазини.

На перший погляд, подібні додатки сприймаються користувачами здебільшого як розважальні та нібито незагрозливі для людини. Проте, з цим

важко погодитися, оскільки розвиток сучасних апаратних можливостей як мобільних телефонів (наявність датчиків пульсу, фотокамер високої роздільної здатності, оксиметрів тощо), так і персональних комп'ютерів, а також відповідного програмного забезпечення до них дозволяє наблизити їх можливості впритул до медичних виробів, виробів медичного призначення. При цьому, саме по собі використання подібних технологій, що мають медичне призначення, може становити ризик для користувача, особливо якщо ми говоримо про програмне забезпечення, яке є медичним виробом згідно з Технічним регламентом щодо медичних виробів, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 02.10.2013 року (надалі – Технічний регламент) [4].

Стан опрацювання обраної проблематики, аналіз останніх публікацій та досліджень. Можемо констатувати, що на сьогодні дослідження доступних додатків з контролю родимок з позицій кваліфікації останніх як медичних виробів не проводилися вітчизняними науковцями. Дослідження спирається на досвід зарубіжних країн (Великобританії, країн-членів ЄС, США та ін.), положення вітчизняного законодавства.

Мета дослідження полягає в аналізі частини доступних додатків з контролю родимок на предмет їх функціонального призначення, зауважень щодо застосування, визначених виробником, та, на підставі визначення медичних виробів, передбаченого українським законодавством та на підставі цього надання висновків щодо того чи можна конкретне програмне забезпечення кваліфікувати в якості медичного виробу.

Виклад основного матеріалу. Так, відповідно до технічного регламенту щодо медичних виробів, медичним виробом є – «... програмне забезпечення, ..., призначені виробником для застосування з метою: 1) забезпечення діагностики, профілактики, моніторингу, лікування або полегшення перебігу хвороби пацієнта в разі захворювання, 2) діагностики, моніторингу, лікування, полегшення стану пацієнта в разі травми чи інвалідності або їх компенсації,

дослідження, заміни, видозмінювання або підтримування анатомії чи фізіологічного процесу, 3) контролю процесу запліднення та основна передбачувана дія яких в організмі або на організм людини не досягається за допомогою фармакологічних, імунологічних або метаболічних засобів, але функціонуванню яких такі засоби можуть сприяти» [5]. Пункт 28 Розділу II Технічного регламенту також встановлює, що якщо медичні вироби містять програмне забезпечення або самі є медичним програмним забезпеченням, програмне забезпечення таких виробів розробляється відповідно до поточного рівня знань з урахуванням принципів циклу розробки, управління ризиками, валідації та перевірки. Підпункт 1 пункту 1 Додатку 2 до Технічного регламенту закріплює, що самостійне програмне забезпечення вважається активним медичним виробом [5]. Методичні рекомендації щодо застосування Технічного регламенту щодо медичних виробів, затвердженого Наказом Міністерства Охорони Здоров'я України від 22.01.2020 р. № 142, додаткових роз'яснень чи коментарів щодо правильної кваліфікації програмного забезпечення в якості медичного виробу не містять [6]. Жодні інші керівництва або офіційні чи неофіційні тлумачення, які містили б додаткові до Технічного регламенту пояснення для виробників програмного забезпечення з цього питання, відсутні.

На відміну від України ряд європейських держав та США ухвалили низку керівництв (guidelines) з конкретними прикладами та покроковими схемами, які допомагають виробникам програмного забезпечення визначились з тим, чи є таке програмне забезпечення медичним виробом чи ні, та, відповідно, чи підпадає його виробництво під вимоги, що регулюють виробництво та обіг медичних виробів, зокрема: MEDICAL DEVICES: Guidance document; Qualification and Classification of stand-alone software, видані Європейською Комісією [7]; Policy for Device Software Functions and Mobile Medical Applications; Guidance for Industry and Food and Drug Administration Staff, підготовлені Департаментом Здоров'я та Соціальних служб FDA США [8]; Guidance: Medical device stand-alone software including apps (including IVDs), видані Міністерством

Здоров'я, Соціального захисту та Спорту Нідерландів [9]; Guidance: Medical device stand-alone software including apps (including IVDMDs) v1.05, видані Агенством з регулювання лікарських засобів та медичних виробів Великобританії [10]; Guide to Placing Medical Device Standalone Software on the Market, видані Органом з регулювання сфери охорони здоров'я Ірландії [11]; Guidance on "Medical Apps", видані Федеральним інститутом лікарських засобів та медичних виробів Німеччини [12] та інші.

Визначившись з тим, що національне законодавство розуміє під медичним виробом та встановивши, що інших додаткових рекомендацій з застосування Технічного регламенту в частині кваліфікації програмного забезпечення в якості медичного виробу немає, звертаємось до одного з найбільш популярних онлайн магазинів, де можна придбати собі або навіть безкоштовно завантажити програмне забезпечення, а саме до Google Play Store, для того щоб з'ясувати, чи працює Технічний регламент на практиці у застосуванні до програмного забезпечення, яке має медичну мету. Для звуження наукового дослідження у фокус нашого інтересу ставимо програмне забезпечення, яке має на меті контроль родимок користувачів та оцінку щодо ризику наявності онкозахворювання.

За пошуковим запитом «контроль родимок» знаходимо низку (більше 100) пропозицій додатків з контролю родимок, зокрема: Skin Vision, DermIA – Analyze Skin Cancer with your camera A.I; DermoScanner; SpotMole; Smart Skin Cancer Detection; Sklip та інші [13]. Ми проаналізували частину з доступних додатків на предмет їх функціонального призначення, зауважень щодо застосування, визначених виробником, та, на підставі визначення медичних виробів, передбаченого українським законодавством, зробили висновок щодо того чи можна конкретне програмне забезпечення кваліфікувати в якості медичного виробу.

1. SkinVision.

Функціонал/алгоритм роботи. Користувач робить фотографію на свій смартфон; фотографія аналізується програмою та протягом 30 секунд видається результат з оцінки ризику щодо сфотографованої родимки/плями. Також фотографії можуть зберігатися для відслідковування динаміки зміни родимки/плями або для демонстрації зображення лікарю.

Застереження щодо застосування. В описовій частині в розділі «Disclaimer» виробником зазначається, що SkinVision не призначений замінити традиційні методи оцінки рівня ризику раку шкіри, результат не є діагнозом і не замінює відвідування медичного працівника. SkinVision не призначений для використання дітьми [14].

Медичний виріб чи ні? Програма призначена для проведення діагностики родимки/плями з метою оцінки ризику наявності ракового захворювання, а отже є медичним виробом в розумінні Технічного регламенту.

Варто зауважити, що Skin Vision – єдиний з аналізованих додатків був кваліфікований виробником як медичний виріб згідно європейської Директиви щодо медичних виробів та пройшов процедуру оцінки відповідності як медичний виріб класу I.

2. DermIA - Analyze Skin Cancer with your camera A.I.

Функціонал/алгоритм роботи. Користувач робить фотографію на свій смартфон; фотографія аналізується за допомогою методів штучного інтелекту та видає аналіз ризику наявності ракового захворювання. Виробник зазначає, що точність результату складає 98,550%. Також, фотографії можуть зберігатися для відслідковування динаміки зміни родимки/плями або для демонстрації зображення лікарю.

Застереження щодо застосування. Відсутні [15].

Медичний виріб чи ні? Програма призначена для проведення діагностики родимки/плями з метою оцінки ризику наявності ракового захворювання, а отже є медичним виробом в розумінні Технічного регламенту.

3. DermoScanner

Функціонал/алгоритм роботи. Користувач робить фотографію на свій смартфон; фотографія аналізується за допомогою методів штучного інтелекту та видає аналіз ризику наявності ракового захворювання.

Застереження щодо застосування. Відсутні [16].

Медичний виріб чи ні? Програма призначена для проведення діагностики родимки/плями з метою оцінки ризику наявності ракового захворювання, а отже є медичним виробом в розумінні Технічного регламенту.

4. Smart Skin Cancer Detection

Функціонал/алгоритм роботи. Користувач робить фотографію на свій смартфон; після цього фотографію потрібно розмістити в одній з категорій захворювань, на наявність якого користувач бажає продіагностувати свою родимку (меланома, невус та себорейний кератоз). Після цього користувач отримує свій індивідуальний прогноз щодо ризику наявності захворювання. Для отримання прогнозу Інтернет-підключення не потрібне.

Застереження щодо застосування. В описовій частині в розділі виробником зазначається, що цей додаток не замінює візит дерматолога, а результат не може розглядатися як правильний діагноз, однак додаток підвищить обізнаність користувача про стан шкіри та призведе до поліпшення здоров'я [17].

Медичний виріб чи ні? Програма призначена для проведення діагностики родимки/плями з метою оцінки ризику наявності ракового захворювання, а отже є медичним виробом в розумінні Технічного регламенту.

5. Miiskin - Skin Cancer eHealth. Track & Check Moles

Функціонал/алгоритм роботи. Цей мобільний додаток пропонує 2 пакети для користувачі з різним набором функцій: 1 – базовий; 2 – преміальний. Базовий пакет дає можливість зробити фото 3 родимок, здійснювати порівняння стану родимок через деякий час та отримувати регулярні нагадування щодо подальших дій. Преміум пакет дає користувачу можливість здійснювати контроль необмеженої кількості родимок; створювати резервні копії фотографій родимок, які відокремлюються від галереї телефону; слідкувати за новими родимками з

фотографіями більш широкої площі; мати автоматичне зображення шкіри для виділення родимок та встановлення міток; передавати фотографії на новий мобільний телефон та встановлювати додатковий захист фотографій за допомогою 4-значного пін-коду.

Застереження щодо застосування. В описовій частині додатку в Google Play Store зазначається, що виробник не вважає, що завдяки сучасним технологіям можна здійснювати автоматичне оцінювання ризику розвитку меланоми або раку шкіри, та що Miiskin не може замінити будь-яке дерматоскопічне обстеження досвідченим дерматологом або лікарем. На сайті самого додатку також окремо визначається, що програма Miiskin не намагається діагностувати користувача на основі його фотографій. Це просто власний інструмент людини, щоб задокументувати зміни на шкірі під час її регулярної перевірки [18].

Медичний виріб чи ні? Програма не призначена для проведення діагностики родимки/плями з метою оцінки ризику наявності ракового захворювання, а отже не є медичним виробом в розумінні Технічного регламенту. Втім, цікаво зазначити, що згідно з інформацією, наданою виробником, зазначена програма є першим додатком на основі штучного інтелекту, дерматологічно акредитованим британським органом з акредитації дерматологів, Skin Health Alliance [19], а також пройшов перевірку на дотримання вимог HIPAA (The Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996) [20].

Висновки та пропозиції. Підводячи підсумки проведеного дослідження, видається можливим зробити наступні висновки:

- В онлайн магазині виявилось більш ніж 20 варіантів програмного забезпечення, за допомогою якого можна проаналізувати родимки/плями на тілі на предмет наявності ризику ракового захворювання;
- 4 з проаналізованих нами 5 додатків мають медичну мету, а саме – призначені для проведення діагностики раку, а тому нами були кваліфіковані як

медичні вироби на підставі визначення, що міститься у Технічному регламенту щодо медичних виробів;

- Лише 1 з 5 додатків був кваліфікований як медичний виріб самим виробником згідно з європейською директивою та пройшов належну процедуру оцінки відповідності. При цьому окремо наголосимо, що механізм роботи усіх 4 додатків, які були нами кваліфіковані в якості медичного виробу, є однаковим – діагностика фото за допомогою штучного інтелекту з наданням користувачу індивідуального прогнозу щодо наявності захворювання;

- Лише 3 з 5 додатків містили застереження щодо застосування та зазначали, що використання цих додатків не замінює відвідування медичного спеціаліста;

- Єдиний додаток, який нами не був кваліфікований в якості медичного виробу, втім пройшов акредитацію національним органом з акредитації дерматологів Великобританії (країна походження даного програмного забезпечення);

- Усі зазначені додатки доступні для користувачів з України (за геолокаційними обмеженнями онлайн-платформи), а тому мають відповідати чинним в Україні нормативним вимогам.

Проведене дослідження демонструє, що ринок програмного забезпечення, яке має медичне призначення, розвивається дуже стрімко та пропонує користувачам безліч варіантів. При цьому подібна «стрімкість» поєднується із безконтрольністю, оскільки серед проаналізованих є додатки, які відповідно до законодавства беззаперечно є медичними виробами та реально можуть мати ризики для життя та здоров'я людини, але при цьому не пройшли відповідних процедур з оцінки відповідності щодо безпечності та ефективності їх використання. Це безумовно свідчить про відсутність належного контролю з боку відповідних органів, що здійснюють нагляд за виведенням цієї категорії товарів на ринок. Відтак, враховуючи стан «сірої зони» в межах досліджуваних правовідносин, пропонується забезпечити правове регулювання вищевказаних

додатків (як на передринковій, так і на постринковій стадіях) за аналогією із медичними виробами згідно із рівнем ризику, поклавши відповідні зобов'язання на розробників таких додатків та уповноважені органи моніторингу.

Література

1. Вся статистика інтернета на 2020 год — цифри и тренды в мире и в России. URL: <https://www.web-canape.ru/business/internet-2020-globalnaya-statistika-i-trendy/>. (дата звернення 20.02.2021).

2. Офіційна інтернет-сторінка «Медкіт». URL: <https://medikit.ua/>. (дата звернення 19.02.2021).

3. GooglePlayStore, категорія «Здоров'я та фітнес». URL: https://play.google.com/store/apps/category/HEALTH_AND_FITNESS?hl=ru&gl=US. (дата звернення 19.02.2021).

4. Flo Health & Period tracker. My Ovulation Calendar. URL: <https://play.google.com/store/apps/details?id=org.iggymedia.periodtracker&hl=uk&gl=US>. (дата звернення 19.02.2021).

5. Постанова Кабінету Міністрів України від 2 жовтня 2013 р. № 753 «Про затвердження Технічного регламенту щодо медичних виробів». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/753-2013-%D0%BF#Text>. (дата звернення 01.03.2021).

6. Наказ МОЗ України від 22.01.2020 р. № 142 «Про затвердження методичних рекомендацій із застосування Технічного регламенту щодо медичних виробів, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 02 жовтня 2013 року № 753. URL: <https://www.apteka.ua/article/531551> (дата звернення 19.02.2021).

7. European Commission, DG Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, Medical devices: Guidance document; Qualification and Classification of stand-alone software, MEDDEV 2.1/6, July 2016.

8. Policy for Device Software Functions and Mobile Medical Applications Guidance for Industry and Food and Drug Administration Staff. URL: <https://www.fda.gov/media/80958/download>. (дата звернення 19.02.2021).

9. MHRA. Guidance: Medical device stand-alone software including apps (including IVDs). Version 1.04, September 2017. URL: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/890025/Software_flow_chart_Ed_1-06_FINAL.pdf. (дата звернення 19.02.2021).

10. Guidance: Medical device stand-alone software including apps (including IVDMDs) v1.05, issued by Medicines & Health care products Regulatory Agency, UK. URL: <https://www.gov.uk/government/publications/medical-devices-software-applications-apps> (дата звернення 19.02.2021).

11. Guide to Placing Medical Device Standalone Software on the Market, issued by Health Products Regulatory Authority, Ireland. URL: <https://www.hpra.ie/docs/default-source/publications-forms/guidance-documents/surg0040-guide-to-placing-medical-device-standalone-software-on-the-market-v1.pdf>. (дата звернення 19.02.2021).

12. BfArM. Guidance on "Medical Apps". URL: https://www.bfarm.de/EN/MedicalDevices/Differentiation/MedicalApps/_artikel.html. (дата звернення 19.02.2021).

13. Результати пошуку за запитом «контроль родимок» у GooglePlayStore. URL: <https://play.google.com/store/search?>. (дата звернення 01.02.2021).

14. Офіційна інтернет-сторінка додатку SkinVision. URL: <https://www.skinvision.com/>. (дата звернення 19.02.2021).

15. Додаток DermIA - Analyze Skin Cancer with your camera A.I. URL: <https://play.google.com/store/apps/details?id=com.genialabs.medicable&hl=en&gl=US>. (дата звернення 19.02.2021).

16. Додаток DermoScanner. URL: <https://play.google.com/store/apps/details?id=com.jd.dermoscanner&hl=en&gl=US>. (дата звернення 19.02.2021).

17. Додаток Smart Skin Cancer Detection. URL: <https://play.google.com/store/apps/details?id=com.martinlocher.smartskin&hl=en&gl=US>. (дата звернення 19.02.2021).

18. Додаток Miiskin App. URL: <https://miiskin.com/app/>. (дата звернення 19.02.2021).

19. Miiskin becomes first app to receive accreditation from the Skin Health Alliance. URL: <https://skinhealthalliance.org/news/miiskin-becomes-first-app-receive-accreditation-skin-health-alliance/>. (дата звернення 19.02.2021).

20. Додаток Miiskin - Skin Cancer eHealth. Track & Check Moles. URL: <https://play.google.com/store/apps/details?id=com.miiskin.android&hl=en&gl=US> (дата звернення 19.02.2021).

УДК: 343.13

Скрипник Андрій Володимирович

ORCID: 0000-0003-4979-2152

e-mail: antey.pl@gmail.com

Andrii V. Skrypnyk,

Postgraduate Student of the
Department of Criminal Procedure
(Yaroslav Mudryi National Law
University)

Ivan A. Titko,

Head of the Department of Criminal
Law and Criminal Law Disciplines
(Poltava Law Institute of The Yaroslav
Mudryi National Law University)

Тітко Іван Андрійович

ORCID: 0000-0003-4126-6967

e-mail: titko.iv@gmail.com

Скрипник Андрій Володимирович,

аспірант кафедри кримінального
процесу
(Національний юридичний
університет імені Ярослава Мудрого)

Тітко Іван Андрійович,

завідувач кафедри кримінального права
та кримінально-правових дисциплін
(Полтавський юридичний інститут
Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого)

ПІДСТАВИ ПРОВЕДЕННЯ СЛІДЧИХ ДІЙ У ЖИТЛІ ТА ІНШОМУ ВОЛОДІННІ ОСОБИ: ПИТАННЯ ПРАВОВОЇ ВИЗНАЧЕНОСТІ

GROUNDS FOR CONDUCTING INVESTIGATIVE ACTIONS IN A DWELLING AND OTHER POSSESSION OF A PERSON: ISSUES OF LEGAL CERTAINTY

Анотація. Стаття розкриває особливості визначення підстав для проведення слідчих дій у житлі чи іншому володінні особи, зокрема огляду чи обшуку. На підставі дослідження матеріалів національної судової практики встановлено наявність двох діаметрально протилежних підходів до вирішення питання правомірності проведення огляду житла чи іншого володіння без ухвали слідчого судді. Визначено, що: а) сутність першого зводиться до визнання таких слідчих дій законними, а доказів, отриманих в результаті їхнього проведення,

допустимими; б) основним аргументом на користь такої думки слугує надання добровільної згоди особи, яка свідчить про відсутність порушення її прав під час проведеного обшуку чи огляду. Встановлено, що зміст протилежної позиції полягає у визнанні: а) єдиною підставою для проведення обшуку або огляду житла чи іншого володіння особи ухвали слідчого судді; б) доказів, отриманих в результаті вказаних слідчих дій, що проведені без ухвали слідчого судді, недопустимими.

Критичне осмислення емпіричного матеріалу і нормативних конструкцій, а також звернення до практики Європейського суду з прав людини дозволило авторам дійти висновку про те, що: а) з урахуванням якості законодавчого врегулювання добровільна згода особи та невідкладні випадки, перелічені у ч.3 ст.233 Кримінального процесуального кодексу, можуть бути підставою лише для проникнення до житла чи іншого володіння особи, але не для проведення в них огляду чи обшуку; б) з огляду на потребу у проведенні вузькофокусного обшуку – пошукових дій, спрямованих на досягнення мети невідкладного проникнення, яка нерозривно пов'язана з невідкладними випадками, доцільно внести зміни до процесуального закону, якими прямо передбачити можливість проведення обшуку і огляду житла чи іншого володіння особи у невідкладних випадках до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань.

Ключові слова: обшук, огляд, проникнення до житла чи іншого володіння особи, невідкладні випадки.

Summary. The article reveals the peculiarities of determining the grounds for conducting investigative actions in a dwelling or other possession of a person, in particular, an inspection or search. Based on the study of materials from the national judicial practice, it is established that there are two diametrically opposite approaches to solving the issue of the legality of conducting an inspection of a dwelling or other property without a decision of the investigating judge. It is determined that: a) the essence of the first one is reduced to the recognition of such investigative actions as

legal, and the evidence obtained as a result of their conduct, admissible; b) the main argument in favor of such an opinion is the granting of voluntary consent of the person who testifies to the absence of violation of their rights during the search or inspection. It is established that the content of the opposite position lies in the recognition of: a) the only basis for conducting a search or inspection of a dwelling or other possession of a person is the decision of an investigating judge; b) the evidence obtained as a result of the specified investigative actions, carried out without the decision of the investigating judge, is inadmissible. A critical understanding of the empirical material and normative constructions, as well as an appeal to the practice of the European Court of Human Rights, allowed the authors to conclude that: of the procedural code, may be the basis only for entering a dwelling or other possession of a person, but not for conducting an inspection or search in them; b) taking into account the need for a narrow-focus search – search actions aimed at achieving the goal of urgent penetration, which is inextricably linked with urgent cases, it is advisable to amend the procedural law, which directly provide for the possibility of conducting a search and inspection of a dwelling or other possession of a person in urgent cases before entering information into the Unified Register of Pre-trial Investigations.

Keywords: search, inspection, entry into a dwelling or other possession of a person, urgent cases.

Постановка проблеми. Кримінальна юстиція – це та сфера юриспруденції, де питання пошуку балансу між, з одного боку, дотриманням прав і свобод людини та, з іншого боку, ефективністю боротьби зі злочинністю постає вкрай гостро. Найбільш яскравим прикладом цього можна вважати слідчі дії у житлі чи іншому володінні особи, зокрема – обшук й огляд. Правозахисну функцію щодо згаданих слідчих дій виконує загальне правило про ухвалу слідчого судді як підставу для їхнього проведення, у той час як з метою досягнення результативності процесуальних пізнавальних дій запроваджено виключення із загального правила, пов'язане із можливістю проникнення до

житла чи іншого володіння особи без попереднього судового дозволу (у невідкладних випадках або за згодою особи). Утім, як і будь-яке творіння рук людських, кримінальний процесуальний закон не є ідеальним, через що у правозастосуванні виникає низка проблемних питань, вирішення яких не відрізняється однозначністю. Спробі комплексного осмислення найбільш яскравих з них і присвячено наше дослідження.

Стан опрацювання обраної проблематики, аналіз останніх публікацій та досліджень. Правові аспекти слідчих дій у житлі (обшуку, огляду) ставали предметом наукових пошуків багатьох вітчизняних вчених, серед яких Ю.П. Алєнін, Є.М. Блажівський, В.В. Вапнярчук, І.В. Вєгєра-Іжєвська, В.Г. Гончарєкно, Ю.М. Грошєвий, О.Л. Дульський, О.В. Каплїна, О.Б. Комарницька, М.В. Комарова, Л.М. Лобойко, В.Т. Малярєнко, М.М. Михєєнко, В.Т. Нор, М.А. Погорєцький, Л.Д. Удалова, Ю.М. Чорноус та інші. Водночас проведення практично орієнтованого дослідження одного з ключових питань – правової підстави проведення слідчих дій у житлі, зокрема обшуку і огляду, своєї актуальності не втрачає, передусім, через динамічність судової практики.

Мєтою статті є визначення належних правових підстав проведення обшуку й огляду житла та іншого володіння особи крізь призму принципу правової визначеності.

Виклад основного матеріалу. Проведєне нами вивчєння судової практики надало можливість виявити наявність принаймні двох діаметрально протилєжних підходів до вирїшення питання правомірності проведення огляду житла чи іншого володіння без ухвали слідчого судді.

Так, у першому з виявлєних підходів, отримані внаслідок проведення таких оглядів докази визнавалися допустимими, оскільки «хоча проникнення до житла і проводилося без ухвали слідчого судді, однак за згоди особи, яка ним володіла і не заперєчувала з приводу проведення огляду, при цьому, права нікого не були порушені» [1]. Аналогїчний підхід, з дещо іншою авторською аргументацією, зустрїчався й у низці інших судових рїшень [2; 3; 4; 5]. Так, у

вироку Чернігівського районного суду Чернігівської області від 20 березня 2017 року (справа № 748/2651/15-к) суд зазначив: «При вирішенні допустимості доказів отриманих в результаті огляду житла чи володіння особи, слід керуватися ст.233 КПК, яка регламентує порядок проникнення до житла чи іншого володіння особи, і ч.1 якої дозволяє таке проникнення за добровільною згодою особи, яка ним володіє без ухвали слідчого судді чи отримання в подальшому такої ухвали» [6]. Відмітимо, що позиції щодо окресленого вище питання висловлювалися не лише під час судового чи апеляційного проваджень – у судовій практиці можна віднайти відповідні міркування і слідчих суддів. Так, слідчий суддя Зінківського районного суду Полтавської області в ухвалі від 09 січня 2014 року (справа № 530/2/14-к), вирішуючи питання щодо легалізації вже проведеного з дозволу власника огляду господарського приміщення, дійшов висновків про те, що, по-перше, «дана дія легалізації слідчим суддею не потребує, оскільки згідно ч. 3 ст.233 КПК України, це може бути застосовано у разі проникнення до житла чи іншого володіння особи слідчого, прокурора у невідкладних випадках пов'язаних із врятуванням життя людей та майна, чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину», по-друге, сам огляд було проведено законно, оскільки «в кримінальному праві дане визначення незаконного проникнення в житло чи інше володіння особи, тобто це проникнення без добровільної згоди власника на таку дію. В судовому засіданні встановлено, що на проведення огляду приміщення господарчого сараю власником дозвіл було надано добровільно, без застосування зі сторони працівників міліції насильства і погроз» [7]. Більше того, на можливості огляду житла чи іншого володіння особи без ухвали слідчого судді, проте за добровільної згоди володільця, наголошувалося і в листі Головного слідчого управління Національної поліції України від 13 грудня 2017 року № 23893/24/314-2017, присвяченому роз'ясненню процесуальних новел щодо фіксування обшуку. Фахівці органу досудового розслідування, аналізуючи зв'язок загальних та спеціальних норм КПК, дійшли такого комплексного

висновку: «В контексті статті 233 (Проникнення до житла чи іншого володіння особи) КПК України здійснення огляду за умови наявності добровільної згоди на це особи не потребує обов'язкової звуко- та відеофіксації, крім випадків наявності клопотання учасників цієї процесуальної дії про застосування такої фіксації, оскільки це не потребує виконання ухвали слідчого судді, суду, що передбачено частиною другою статті 107 КПК України» [8]. Варто зауважити, що підтримку наведеному вище підходу було неодноразово висловлено і Верховним Судом, який дійшов такого висновку: «Виходячи із аналізу кримінальних процесуальних норм, які містяться у ст.233 ч.1, ст.234 ч.2 та ст.237 ч.2 КПК України, огляд житла чи іншого володіння особи може бути проведено за добровільною згодою особи, яка ним володіє, за умови, що були наявні процесуальні гарантії, які захищали здатність особи висловлювати свою справжню думку при наданні такої згоди» [9; 10; 11].

Водночас варто звернути увагу на те, що добровільна згода володільця, поперше, відповідно до назви статті 233 КПК та буквального змісту її першої частини дозволяє лише проникнути до житла чи іншого володіння особи; подруге, сама по собі не є підставою для проведення обшуку (ч.2 ст.234 КПК) чи огляду житла чи іншого володіння особи (ч.2 ст.237 КПК), на відміну, наприклад, від слідчого експерименту у житлі чи іншому володінні особи (ч.5 ст.240 КПК). Вбачається, що саме з огляду на цю правову нечіткість, у судовій практиці знайшла місце і протилежна (до викладеної вище) позиція щодо проведення огляду житла чи іншого володіння без ухвали слідчого судді, проте за добровільною згодою особи. Так, найбільш яскраво її було відображено в ухвалі Балаклійського районного суду Харківської області від 16 грудня 2013 року (справа № 610/4830/13-к), де зазначено: «Відповідно до ч.1 ст.233 КПК України, проникнення до житла чи іншого володіння особи може бути здійснено за добровільної згоди особи, яка ним володіє. Однак усі пошукові дії у цих приміщеннях можуть здійснюватися лише за правилами проведення обшуку і на визначених для нього правових підставах» [12]. Зазначена логіка міркувань

відбилась і в низці інших судових рішень, де зустрічаємо таку позицію: «Єдиною підставою для проведення обшуку, і відповідно огляду, є винесена в порядку, встановленому КПК України, ухвала слідчого судді, а відповідно, порядок проведення обшуку та огляду, на підставі дозволу (згоди) будь-яких осіб, не передбачено» [13; 14; 15]. В основу таких міркувань покладено розуміння ст.233 КПК (з положень якої, до речі, виходили й автори судових рішень першої групи) як норми закону, що не регламентує проведення слідчих дій у житлі або іншому володінні, а встановлює винятки із загального правила (недоторканність житла та іншого володіння особи) – можливість проникнення в житло тільки на підставі ухвали слідчого судді чи за добровільною згодою особи, яка ним володіє, або у невідкладних випадках, зазначених у ч. 3 ст. 233 цього Кодексу [16; 17]. Аналогічна логіка прослідковується і у практиці суду касаційної інстанції [18].

Міркування над порушеним судовою практикою вузьким питанням привели нас до висновку, що його «коріння» сягає більш об'ємної та складної проблеми – проблеми правової визначеності кримінального процесуального закону в частині встановлення підстав для проведення слідчих дій в житлі та іншому володінні особи.

Відповідно до положень ст.233 КПК проникнення до житла чи іншого володіння особи з будь-якою метою за загальним правилом допускається лише: а) за добровільної згоди особи, яка ним володіє; б) на підставі ухвали слідчого судді. Винятком із загального правила є передбачені ч. 3 ст. 233 КПК невідкладні випадки, які надають слідчому та прокурору «право до постановлення ухвали слідчого судді увійти до житла чи іншого володіння особи». Такими є випадки, пов'язані із: врятуванням життя людей та майна; безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину (ч.3 ст.233 КПК). Проте навіть за таких екстраординарних умов зберігає свою дію і загальне правило, що знаходить свій вияв у такому – після вчинення відповідних дій вимагається невідкладне звернення до слідчого судді з клопотанням про проведення обшуку

з тим, щоб легалізувати відповідну процесуальну дію. Хоча від результатів розгляду відповідного клопотання слідчим суддею і залежить доказове значення отриманих доказів та їх фізичне існування взагалі, все ж вважаємо, що правовою підставою для проникнення у такому разі буде не ухвала слідчого судді, постановлена *post factum*, а вже сама по собі наявність невідкладних випадків, оскільки саме вони відповідно до першого речення ч.3 ст.233 КПК уповноважують слідчого та прокурора увійти до житла чи іншого володіння.

Окремо хотілося б звернути увагу на такому аспекті описуваної проблематики. Хоча встановлені у ст.233 КПК правові підстави проникнення до житла чи іншого володіння і є втіленням у процесуальному законі відповідної конституційної гарантії – права на недоторканність житла (ст.30 Основного Закону), проте остання до підстави правомірного проникнення відносить «вмотивоване рішення суду», та передбачає можливість іншого встановленого законом порядку проникнення у невідкладних випадках, не згадуючи, при цьому, про добровільну згоду особи. На наш погляд, окремої уваги потребують два аспекти. По-перше, враховуючи особливості конституційно-правової нормативної техніки та високий ступінь загальності використовуваних формулювань, категорію «рішення суду», на наш погляд, варто тлумачити не буквально, а телеологічно, вкладаючи у його зміст ширшу за обсягом категорію – «судове рішення», до якої належить, зокрема, й ухвала слідчого судді. По-друге, видається, що проникнення до житла чи іншого володіння особи за добровільною згодою володільця не можна вважати порушенням конституційного права особи, оскільки таке за своїм змістом встановлює міру можливої поведінки, реалізація якої залежить, в першу чергу, від волевиявлення суб'єкта правовідносин. Тому вважаємо, що норми процесуального закону у контексті проникнення до житла чи іншого володіння особи повною мірою узгоджуються з положеннями Основного Закону.

Отже, правовими підставами для правомірного проникнення до житла чи іншого володіння особи є: а) добровільна згода особи, яка ним володіє; б) ухвала

слідчого судді; в) невідкладні випадки, пов'язані із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, що підозрюються у вчиненні злочину.

Водночас виявлені незбіги позицій у судовій практиці (що була наведена на початку), зобов'язують також знайти відповідь на питання якими є правові підстави для проведення обшуку/огляду у житлі чи іншому володінні особи. Відповідно до ч. 2 ст. 237 КПК огляд житла чи іншого володіння особи здійснюється згідно з правилами КПК, передбаченими для обшуку житла чи іншого володіння. У свою чергу, ч. 2 ст. 234 КПК встановлює, що обшук проводиться на підставі ухвали слідчого судді місцевого загального суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться орган досудового розслідування, а у кримінальних провадженнях щодо злочинів, віднесених до підсудності Вищого антикорупційного суду, – на підставі ухвали слідчого судді Вищого антикорупційного суду. Вбачається, що саме таке формулювання давало підстави для висловлення категоричних висновків, що були відображені у другій групі судових рішень. Проте аналіз положень частини третьої статті 233 КПК дає підстави дійти висновку про те, що зазначене вище правило, будучи загальним, не є абсолютним.

Як зазначалося вище, положення ч. 3 ст. 233 КПК надають слідчому, прокурору право «увійти до житла чи іншого володіння особи» у невідкладних випадках (перше речення). Проте використовувані далі у тексті згаданої норми нормативі конструкції свідчать про те, що у даному випадку буква закону не повною мірою змогла відобразити дух, який законодавець прагнув у неї вкласти. Про це, на наш погляд, свідчать такі закріплені у ч. 3 ст. 233 КПК нормативні конструкції і правила:

- згадуючи у першому реченні лише про одну дію – входження (проникнення) до житла чи іншого володіння особи, у другому реченні законодавець встановлює обов'язок невідкладного звернення до слідчого судді, використовуючи формулювання «після здійснення таких дій»;

- клопотання, що подається post factum, іменується клопотанням про проведення обшуку та має відповідати вимогам статті 234 КПК без будь-яких застережень чи особливостей;

- предмет розгляду слідчим суддею такого клопотання не обмежується лише дослідженням наявності чи відсутності підстав для проникнення, оскільки такі обставини підлягають перевірці «крім іншого»;

- прямо не надаючи дізнавачу, слідчому, прокурору право провести обшук у невідкладному випадку, законодавець несподівано у четвертому реченні закріплює таку кримінально-процесуальну санкцію: «Якщо прокурор відмовиться погодити клопотання слідчого, дізнавача про обшук або слідчий суддя відмовить у задоволенні клопотання про обшук, встановлені внаслідок такого обшуку докази є недопустимими, а отримана інформація підлягає знищенню в порядку, передбаченому статтею 255 цього Кодексу».

Як бачимо, викладене надає можливість припустити, що законодавцем в ч. 3 ст. 233 КПК закладено модель, яка передбачає, що проникнення до житла чи іншого володіння особи у невідкладних випадках поступово переростає в обшук, внаслідок якого можуть «встановлюватися докази» та «отримуватися інформація». На неузгодженості та непослідовності використаних у ч.3 ст.233 КПК нормативних конструкцій наголошували і експерти Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України, зазначивши у своїх Зауваженнях до проекту Кримінального процесуального кодексу України (реєстраційний № 9700) від 22.03.2012 року таке: «У частині третій, поряд з положеннями щодо проникнення до житла та іншого володіння особи, йдеться і про обшук. Однак з огляду на назву статті 233 проекту, а також зміст статті 234 проекту питання обшуку мають бути предметом регулювання саме статті 234 проекту. Крім того, зазначена норма проекту містить внутрішні неузгодженості між її реченнями та не узгоджується із статтею 234 проекту, згідно з якою обшук проводиться виключно на підставі рішення слідчого судді» [19].

Через це і в теорії, і на практиці постає питання – чи може сама наявність передбачених у ч.3 ст.233 КПК невідкладних випадків бути підставою для проведення обшуку житла чи іншого володіння особи? На наш погляд, відповідь на нього є такою: відповідно до духу закону – так, відповідно до його букви у нинішньому вигляді – ні. Спробуємо обґрунтувати кожен з позицій.

Як зазначалося вище, логіка викладу нормативного матеріалу у ч.3 ст.233 КПК начебто свідчить про наявність права на проведення обшуку у невідкладних випадках. Видається, що така процесуальна модель:

- а) є цілком логічною;
- б) не суперечить конституційним та європейським стандартам.

Задум алгоритму дій за згаданих вище невідкладних випадків виглядає цілком раціонально – дізнавач, слідчий або прокурор можуть проникнути до житла чи іншого володіння особи без ухвали слідчого судді з тим, щоб досягти невідкладної мети – врятувати життя людей та майно, затримати безпосередньо переслідувану особу, яка підозрюється у вчиненні злочину.

Очевидно, що у процесі досягнення невідкладної цілі відповідні суб'єкти мають вчинити певні пошукові або розшукові дії, які за формою являють собою вузькофокусний (тобто лише в обсязі, необхідному для досягнення невідкладної мети) обшук. Зрозуміло, що покладати за таких умов обов'язок попередньо отримувати ухвалу слідчого судді було б щонайменше нераціонально.

Такий підхід цілком узгоджується зі змістом згадуваної вище конституційної гарантії (ч.3 ст.30 Конституції України) та динамічним тлумаченням конвенційних стандартів Європейським судом з прав людини (далі - ЄСПЛ). Останній у своєму рішенні у справі «Функе проти Франції» визнав можливим наділення повноваженнями «державних органів згідно з національним законодавством держав-учасниць виносити рішення про обшук і проводити обшук без судового ордеру», наголосивши при цьому: «Захист громадян від свавільного втручання властей у гарантовані статтею 8 права

потребує відповідної нормативно-правової бази і жорстких обмежень на зазначені вище повноваження» [20, с.118].

Проте враховуючи те, що на нормативному рівні право на проведення обшуку у невідкладних випадках, порядок його реалізації, а також межі втручання у право на недоторканність житла детально не врегульовані, стверджувати про правову визначеність в частині здійснення такого повноваження на даний час зарано. Такий висновок випливає з того рівня якості закону, який має врегульовувати межі втручання держави у права людини. На цьому неодноразово наголошувалося у рішеннях ЄСПЛ, зокрема – у справі «Головань проти України» (рішення від 05.07.2012 року, заява № 41716/06). Розглядаючи скаргу заявника про порушення передбаченого ст.8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, ЄСПЛ розтлумачив використовувану у статті 8 в контексті правомірного втручання у право категорію «згідно із законом». ЄСПЛ зазначив: «Вираз «згідно із законом» вимагає, по-перше, щоб оскаржуваний захід мав певне підґрунтя у національному законодавстві, і, по-друге, стосується якості законодавства, що розглядається, вимагаючи від нього доступності для зацікавленої особи, яка, окрім того, повинна мати можливість передбачити його наслідки, та відповідності принципу верховенства права (див., по-між інших, *Kopp v. Switzerland*, 25 March 1998, § 55, Reports of Judgments and Decisions 1998 II)» [21, § 56]. Окрім того, Суд зазначив: «Таким чином, цей вираз передбачає, зокрема, що національне законодавство повинно бути достатньо передбачуваним у своєму формулюванні, щоб надати зацікавленим особам адекватні вказівки на обставини та умови, за яких державні органи мають право застосувати заходи, що зачіпають їх права відповідно до Конвенції (див. *S. G. and Others v. Bulgaria*, no. 1365/07, § 39, 24 April 2008). Закон має забезпечувати певний ступінь правового захисту від свавільного втручання зі сторони держави. Наявність спеціальних процесуальних гарантій є істотною у даному контексті. Спосіб застосування цих гарантій залежатиме, принаймні у деякій мірі, від характеру та

ступеня оскаржуваного втручання (див. P. G. and J. H. v. the United Kingdom, no. 44787/98, § 46, ECHR 2001 IX)» [21, § 57]. На наш погляд, нормативне врегулювання «невідкладного» обшуку не досягає належного рівня захисту прав людини від свавілля. Про це свідчить, зокрема, те, що «закріплене» в процесуальному законі право на обшук у невідкладних випадках доводиться «відшукувати» серед низки нормативних «натяків».

Висновки та пропозиції. Проведене дослідження дозволяє сформулювати такі висновки і пропозиції: 1) правовими підставами для правомірного проникнення до житла чи іншого володіння особи є: а) добровільна згода особи, яка ним володіє; б) ухвала слідчого судді; в) невідкладні випадки, пов'язані із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, що підозрюються у вчиненні злочину; 2) правовою підставою для проведення обшуку або огляду житла чи іншого володіння особи є ухвала слідчого судді; на даний час наявність невідкладних випадків складно вважати підставою для проведення обшуку, яка відповідає вимозі правової визначеності; 3) з огляду на наявність раціональної складової в алгоритмі проведення згаданих вище слідчих дій у невідкладних випадках пропонуємо привести у відповідність до духу закону його букву шляхом внесення змін: - до ч. 3 ст. 233 КПК, виклавши її перше речення у такій редакції: «Слідчий, прокурор має право до постановлення ухвали слідчого судді увійти до житла чи іншого володіння особи лише у невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину, та провести обшук лише в обсязі, необхідному для врятування життя людей та майна чи затримання безпосередньо переслідуваних осіб, які підозрюються у вчиненні злочину»; - до ч. 3 ст. 214 КПК, виклавши друге речення у такій редакції: «Огляд місця події у невідкладних випадках та обшук житла чи іншого володіння особи у випадках, передбачених частиною третьою статті 233 цього Кодексу, можуть бути проведені до внесення відомостей до Єдиного реєстру

досудових розслідувань, що здійснюється негайно після завершення відповідного огляду та/або обшуку».

Література

1. Ухвала Апеляційного суду Львівської області від 25 вересня 2015 р., судова справа № 438/119/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/51725294>. (Дата звернення: 20.03.2021).

2. Ухвала Апеляційного суду Запорізької області від 26 серпня 2015 р., судова справа № 333/1629/14-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/49675648>. (Дата звернення: 20.03.2021).

3. Вирок Артемівського міськрайонного суду Донецької області від 23 листопада 2015 р., справа № 219/5566/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53703094>. (Дата звернення: 20.03.2021).

4. Ухвала Апеляційного суду Харківської області від 12 жовтня 2017 р., справа № 640/16687/16-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/69603909>. (Дата звернення: 20.03.2021).

5. Ухвала Апеляційного суду Дніпропетровської області від 26 листопада 2013 р., справа № 175/1297/13. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/35990813>. (Дата звернення: 20.03.2021).

6. Вирок Чернігівського районного суду Чернігівської області від 20 березня 2017 р., справа № 748/2651/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/65396540>. (Дата звернення: 20.03.2021).

7. Ухвала Зіньківського районного суду Полтавської області від 09 січня 2014 р., справа № 530/2/14-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/36574696>. (Дата звернення: 20.03.2021).

8. Лист Головного слідчого управління Національної поліції України «Про роз'яснення окремих положень Закону України» від 13.12.2017 року № 23893/24/314-2017. URL: http://kafedr.at.ua/publ/novini_prava/policija_pridumala

_sposib_jak_obijti_vimogu_shhodo_videofiksaciji_obshukiv/1-1-0-382. (Дата звернення: 20.03.2021).

9. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 07 червня 2018 року, судова справа № 727/4350/16-к. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/74598902> (Дата звернення: 20.03.2021).

10. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 21 травня 2019 року, судова справа № 220/298/16-к. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/82120702> (Дата звернення: 20.03.2021).

11. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 19 березня 2020 року, судова справа № 390/2268/15-к. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/88376145> (Дата звернення: 20.03.2021).

12. Ухвала Балаклійського районного суду Харківської області від 16 грудня 2013 р., судова справа № 610/4830/13-к. URL: <http://reustr.court.gov.ua/Review/36074431> (Дата звернення: 20.03.2021).

13. Ухвала Ленінського районного суду м. Дніпропетровська від 18 грудня 2013 р., справа № 205/6671/13-к. URL: <http://reustr.court.gov.ua/Review/38775488> (Дата звернення: 20.03.2021).

14. Вирок Краснокутського районного суду Харківської області від 13 липня 2015 р., справа № 627/1031/13-к. URL: <http://reustr.court.gov.ua/Review/48198793> (Дата звернення: 20.03.2021).

15. Вирок Шевченківського районного суду м. Києва від 25 травня 2017 р., справа № 761/27126/16-к. URL: <http://reustr.court.gov.ua/Review/66719894>. (Дата звернення: 20.03.2021).

16. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 21 жовтня 2015 р., справа № 5-1944км15. URL: <http://reustr.court.gov.ua/Review/52933925>. (Дата звернення: 20.03.2021).

17. Ухвала Софіївського районного суду Дніпропетровської області від 25 лютого 2014 р., справа № 193/144/14-к. URL: <http://reustr.court.gov.ua/Review/37339595>. (Дата звернення: 20.03.2021).

18. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 25 вересня 2018 року, судова справа № 623/4131/15-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/76812124>. (Дата звернення: 20.03.2021).

19. Зауваження до проекту Кримінального процесуального кодексу України № 9700 від 22.03.2012 року. URL: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webprос34?id=&pf3511=42312&pf35401=217983> (Дата звернення: 20.03.2021).

20. Ахтирська Н., Філатов В., Фулей Т., Хембах Х. Стаття 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: стандарти застосування при здійсненні правосуддя. Київ: Істина, 2011. 200 с.

21. Case of Golovan v. Ukraine (Application no. 41716/06): Judgment European Court of Human Rights, 5 July 2012. HUDOC: database. European Court of Human Rights. Electronic data. Strasbourg, 1999–2021. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112021> (Дата звернення: 20.03.2021).

УДК: 342.727

ORCID: 0000-0003-0998-4686

e-mail: polkhovska.inna@ukr.net

Inna K. Polkhovska,
Associated Professor of the Department
Constitutional, Administrative,
Environmental and Labour Law
(Poltava Law Institute of the Yaroslav
Mudriy National Law University)

Полховська Інна Костянтинівна,
доцент кафедри конституційного,
адміністративного, екологічного та
трудового права
(Полтавський юридичний інститут
Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого)

СВОБОДА СЛОВА В ДЕМОКРАТИЧНІЙ ДЕРЖАВІ: КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ ОГЛЯД

FREEDOM OF SPEECH IN A DEMOCRATIC STATE: A CONSTITUTIONAL AND LEGAL REVIEW

Анотація. У статті здійснено конституційно-правовий огляд свободи слова в Україні та країнах розвиненої демократії. Проаналізовано позиції вітчизняних і зарубіжних науковців з окресленої проблематики, міжнародно-правові акти, норми чинного законодавства України, рішення Конституційного Суду України та Європейського Суду з прав людини. Наголошено на відмінностях розуміння і правового регулювання свободи слова в традиції європейського й американського конституціоналізму.

Зазначено, що сучасні держави гарантують широкий каталог прав і свобод особи. Беззаперечною ознакою саме демократичної держави є гарантування права на свободу думки і слова, вільного вираження своїх поглядів і переконань, зокрема свобода преси. Його розвиток відбувався з утвердженням конституціоналізму в світі, адже вже перші конституції й декларації з прав людини закріпили його в якості стандарту демократії. Повною мірою дослідження змісту права на свободу думки і слова вітчизняними вченими стало

можливим після здобуття незалежності й прийняття Конституції України. Наразі це право закріплено на рівні основних міжнародно-правових актів з прав людини, проголошено Основним Законом України.

Зауважено, що розвиток суспільних відносин, утвердження четвертого покоління прав людини в аспекті розширення меж індивідуальної свободи, міждержавне й міжкультурне спілкування, а також спілкування завдяки всесвітній мережі інтернет, зумовлюють необхідність подальшого наукового пошуку змісту цього права, а також можливих підстав його обмеження. Так, багатонаціональним демократичним державам, якою є Україна, притаманні розмаїття культур, релігій та способу життя. За таких умов виникає потреба узгодження свободи вираження поглядів з іншими правами, такими як свобода думки, слова, совісті та релігії, або з правом не бути підданими дискримінації. Баланс інтересів і мирне співіснування у багатокультурному суспільстві можливі завдяки належному рівню толерантності, а також правовим обмеженням, які є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб.

Ключові слова: демократія, права людини, свобода слова, толерантність, обмеження свободи слова.

Summary. A universally recognized feature of a democratic state is the guarantee of the right to freedom of thought and speech, the free expression of one's views and beliefs, particularly the freedom of the press. The realities of Ukraine's membership in various, primarily absolute monarchies, and then the strict standards of the Soviet Union's censorship made it impossible to properly develop freedom of speech, despite its enshrinement in that time's constitutions. A complete study of the right to freedom of thought and speech content by domestic scholars became possible after independence and the adoption of the Constitution of Ukraine. Currently, the right to

freedom of opinion is enshrined in the main international human rights instruments and guaranteed by the Basic Law of Ukraine.

However, the development of public relations, interstate, and intercultural communication, as well as communication through the World Wide Web, necessitates further scientific research into the content of this right and the grounds for its restriction. Thus, multinational democracies such as Ukraine are characterized by a diversity of cultures, religions, and lifestyles. Under such conditions, there is a need to reconcile freedom of expression with other rights, such as freedom of thought, speech, conscience, religion, or the right not to be discriminated against. Balance of interests and peaceful coexistence in a multicultural society are possible through an appropriate level of tolerance, as well as legal restrictions that are necessary for a democratic society in the interests of national or public security, to prevent riots or crimes, to protect health or morals, to maintain dignity or the rights of others.

The article analyzes domestic and foreign scholars' position on the researched issues, current legislation of Ukraine, decisions of the European Court of Human Rights, and decisions of the Constitutional Court of Ukraine. The differences in the approaches to understanding and legal regulation of freedom of speech in the tradition of European and American constitutionalism are emphasized.

Keywords: democracy, human rights, freedom of speech, tolerance, restriction of freedom of speech.

Постановка проблеми. Загальновизнаною ознакою демократичної держави є гарантування права на свободу думки і слова, вільного вираження своїх поглядів і переконань, зокрема свобода преси. Як пише В. Речицький, свобода є першою з аксіом конституціоналізму, оскільки саме вона виступає критично необхідною умовою диверсифікованого пошуку цінностей, розмаїття в інвестуванні людських здібностей і талантів. Інакше кажучи, чим більша кількість автономних суб'єктів – індивідів та організацій – матиме свободу в задоволенні своїх життєвих планів, амбіцій та інтересів, тим кращим обіцяє бути

сумарний (національний) ефект [1, с.38]. Так, ще у французькій Декларації прав людини і громадянина 1789 року це право проголошувалось одним з «найбільш дорогоцінних прав людини: тому кожен громадянин може вільно висловлюватись, писати і друкуватися, але відповідати за зловживання цією свободою у випадках, встановлених законом». А вже перша поправка до Конституції США 1791 року заборонила Конгресу обмежувати свободу слова чи преси, тим самим підтверджувався проголошений у преамбулі намір забезпечити собі і нащадкам «благо свободи». Так утверджувався європейський і американський конституціоналізм.

Реалії перебування України у складі різних, переважно абсолютних монархій, а потім жорсткі стандарти цензури Радянського Союзу унеможлилювали належний розвиток свободи слова попри закріплення її у тодішніх конституціях. Повною мірою дослідження змісту права на свободу думки і слова вітчизняними вченими стало можливим після здобуття незалежності й прийняття Конституції, у ст.1 якої Україну було проголошено демократичною державою. Основний Закон заборонив цензуру (ст.15) і закріпив свободу у широкому значенні – як право на вільний розвиток своєї особистості (ст. 23), так і конкретизував, що кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність (ст. 29), ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України (ст. 32), кожному, хто на законних підставах перебуває на території України, гарантується свобода пересування (ст. 33), кожному гарантується право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань (ст. 34) тощо.

Стан опрацювання обраної проблематики, аналіз останніх публікацій та досліджень. Дослідженню останнього присвятили свої наукові праці В. Речицький, Т. Слінько, Д. Лук'янов, Д. Вовк, Д. Бойчук, О. Нестеренко та інші. Однак, це питання не втрачає своєї актуальності. Навпаки, розвиток суспільних відносин, міждержавне й міжкультурне спілкування, спілкування завдяки

всесвітній мережі інтернет, а також життєдіяльність в умовах збройного конфлікту зумовлюють необхідність подальшого наукового пошуку змісту цього права та можливих підстав його обмеження.

Виклад основного матеріалу. За нашого часу право на свободу думки і слова в широкому його значенні є стандартом демократії, який закріплений на рівні основних міжнародних актів з прав людини та гарантований національними конституціями. До прикладу, Європейська Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод закріплює право на свободу думки і свободу вираження поглядів на рівні різних статей. При цьому право на свободу слова чітко не закріплено, а свобода вираження поглядів включає свободу дотримуватися своїх поглядів, одержувати і передавати інформацію та ідеї без втручання органів державної влади і незалежно від кордонів (ст. 10). Натомість у Конституції України з-поміж свободи думки і вільного вираження переконань закріплено і свободу слова. Спільним для Конвенції і Основного Закону України є зазначення одразу і про можливі обмеження цих прав. Так, Конвенція передбачає, що це право може підлягати таким формальностям, умовам, обмеженням або санкціям, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або 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 або для підтримання авторитету і безсторонності суду. У свою чергу ч. 3 ст. 34 Конституції України закріплює, що здійснення цих прав може бути обмежене законом в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя. До слова, ст. 34 не входить до переліку так званих захищених від обмежень статей, передбачених ч. 2 ст. 64 Конституції України.

Конституційний Суд України неодноразово зазначав, що право на свободу є одним з визначальних та фундаментальних конституційних прав людини. Наявність свободи у особи є однією з передумов її розвитку та соціалізації; право на свободу передбачає можливість вибору своєї поведінки з метою вільного та всебічного розвитку, самостійно діяти відповідно до власних рішень і задумів, визначати пріоритети, робити все, що не заборонено законом, право на свободу означає, що особа є вільною у своїй діяльності від зовнішнього втручання, за винятком обмежень, які встановлюються Конституцією та законами України (Рішення Конституційного Суду України від 11 жовтня 2011 року № 10-рп/2011; від 1 червня 2016 року № 2-рп/2016). Разом з цим, орган конституційної юрисдикції застеріг, що право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань не є абсолютним, а його здійснення може бути обмежене законом в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам та в інших випадках, передбачених ч.3 ст. 34 Конституції України (Рішення від 16 липня 2019 року № 9-р/2019).

Багатонаціональним демократичним державам, якою є Україна, притаманні розмаїття культур, релігій та способу життя. За таких умов виникає потреба узгодження свободи вираження поглядів з іншими правами, такими як свобода думки, слова, совісті та релігії, або з правом не бути підданими дискримінації. Подекуди віднайти баланс складно, адже функціонування демократичного суспільства пов'язане з варіативністю у всіх сферах життєдіяльності з одного боку, а з іншого – необхідним усвідомленням відповідальності кожного і добровільним обмеженням своєї свободи самовираження задля суспільного блага. Для стабільності демократичного конституційного ладу держава може здійснювати конкретні заходи з метою його захисту. Європейський суд з прав людини наголосив на прийнятності концепції «демократії, здатної захистити себе» (рішення у справі «Фогт проти Німеччини») та зазначив, що плюралізм і демократія ґрунтуються на компромісі, що вимагає

певних поступок з боку осіб, які мають у деяких випадках сприймати обмеження певних наявних у них свобод для того, щоб забезпечити більшу стабільність країни в цілому («Партія добробуту та інші проти Туреччини»). Потрібна певна рівновага між вимогами захисту демократичного суспільства і вимогами охорони прав особи (справа «Об'єднана комуністична партія Туреччини та інші проти Туреччини»).

Ф. Фукуяма зауважує, що конфлікти окремого індивіда із суспільством відбувалися протягом усієї історії людства. Але тільки в наші часи утвердилася думка, що справжнє внутрішнє «я» цінне саме по собі, а зовнішнє суспільство систематично його недооцінює. Не внутрішнє «я» потрібно змушувати відповідати суспільним правилам, змінюватися повинно саме суспільство [2, с.23]. І сучасне суспільство невпинно змінюється. Так, у країнах розвиненої демократії продовжується утвердження четвертого покоління прав людини, зокрема й щодо питань гендерної ідентичності, правового врегулювання одностатевих шлюбів тощо. Уявлення про межі особистої автономії надзвичайно розширилися, що зумовило кристалізацію явища, яке інколи називають експресивним індивідуалізмом або індивідуалізмом самовираження [2, с. 61]. Боротьба за свободу самовираження, право бути собою і не боятися показати це, відбувається завдяки й активній позиції ЛГБТ спільнот, проведення публічних акцій і парадів. Але при цьому продовжуються злочини на ґрунті расової, національної чи релігійної нетерпимості.

Не можна не згадати один з останніх таких злочинів, що сколихнув у жовтні 2020 року не тільки Францію, а й увесь цивілізований світ – вбивство шкільного вчителя через нібито демонстрацію на уроці карикатури на пророка Мухаммеда. За місяць до цього – у вересні 2020 року, французький сатиричний щотижневик Charlie Hebdo вирішив знову оприлюднити карикатури на пророка Мухаммеда з підписом «Усе це – за це», аби тим самим відзначити початок суду над підозрюваними в організації терактів 2015 року як розправу над редакцією за демонстрацію карикатур подібного змісту. Д. Лукашов пояснює, що ісламська

концепція свободи думки і вираження поглядів має суттєві відмінності від європейської, що викликає нерозуміння і конфронтацію між представниками відповідних культур. Для більшості мусульман зображення Мухаммеда і всіх інших пророків в ісламі, безумовно, заборонені і вважаються ідолопоклонством. Вони розглядаються як ідеальні і безгрішні фігури, а тому не можуть піддаватися ніякому художньому осмисленню, особливо, якщо воно може призвести до неповаги або образи пророка [3, с. 70].

У цьому контексті важливо також вказати на відмінності традицій американського та європейського конституціоналізму щодо розуміння свободи слова і підстав її обмеження. За словами В. Речицького, в США цензура в гуманітарній сфері перестала існувати приблизно в 30-ті роки ХХ століття. Сучасна ж конституційна доктрина США взагалі не визнає існування «хибних ідей». Якість і ефективність будь-якого символічного продукту чи зразка тут має встановлюватися (визнаватися/заперечуватися) виключно в конкурентній атмосфері ринку [4]. Суддя Верховного Суду США В. Ренквіст у справі «Hustler Magazine проти Фолвела» зазначив, що право висловлювати свої погляди – це не лише один із аспектів індивідуальної свободи (а відтак благо само по собі), а й важлива умова спільного пошуку істини та життєздатності суспільства назагал. Тобто, той факт, що суспільство може вважати якесь висловлювання за образливе, не є підставою для його заборони. Щоправда, «вульгарні», «образливі» й «шокуючі» висловлювання не мають права на абсолютний конституційний захист за будь-яких обставин [5, с. 119]. Щодо висловлювань, зокрема і з боку публічних осіб, то, якщо між символічною демонстрацією (висловлюванням) й фізичною реакцією на неї пролягає помітний проміжок часу (люфт, розрив причинного ланцюга), тоді ці висловлювання не повинні вважатися перформативними (аналогом дії) й не можуть переслідуватися в судовому порядку [4].

Європейський конституціоналізм традиційно вважають більш поміркованим, зокрема і щодо врегулювання свободи слова та спроби зробити

чіткими її межі. До прикладу, у Резолюції 1165 Парламентської Асамблеї Ради Європи наголошено, що часто через односторонню інтерпретацію права на свободу слова і самовираження, яке гарантоване статтею 10 Європейської конвенції з прав людини, медіа порушують приватність людей, посилаючись на те, що їхні читачі мають право знати все про публічних осіб (п. 8). ЄСПЛ напрацьовано значну практику в аспекті ст. 10 Конвенції. За загальним правилом втручання у свободу вираження поглядів (обмеження) є допустимим, якщо воно встановлене законом та є необхідним в демократичному суспільстві. Так, предмет п. 2 ст. 10 застосовується не тільки до «інформації» чи «ідей», які були отримані зі згоди чи розглядаються як необразливі чи як малозначущі, але й до тих, які можуть образити, шокувати чи непокоїти. Такими є вимоги плюралізму, толерантності та відкритості думок, без чого неможливе «демократичне суспільство». Як передбачено в статті 10, ця свобода має винятки, які, проте, повинні чітко тлумачитись, та потреба в таких обмеженнях має бути переконливо встановлена (справи «Джерсільд проти Данії», «Яновський проти Польщі», «Фуентес Бобо проти Іспанії» та ін.) [6].

7 лютого 2019 року Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору)» була підтверджена європейська ідентичність Українського народу. В Україні окрім конституційних обмежень свободи слова, окремі застороги проти мови ворожнечі (hate speech) і моральності передбачені Кримінальним кодексом України, Законом України «Про захист суспільної моралі», «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні», інформаційним законодавством. Також доречно нагадати про норми п. 9 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про санкції» щодо обмеження або припинення надання телекомунікаційних послуг і використання телекомунікаційних мереж загального користування задля захисту державного суверенітету, територіальної цілісності та недоторканності державних кордонів, недопущення втручання у внутрішні

справи України. На підставі норм зазначеного Закону Указом Президента України від від 2 лютого 2021 року було введено в дію Рішення РНБО України Про застосування персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій), у якому з-поміж інших обмежень було зазначено про заборону окремим телерадіокомпаніям користуватися радіочастотним ресурсом України; припинення надання послуг з ретрансляції/розповсюдження телепрограм/надання телекомунікаційних послуг і використання телекомунікаційних мереж загального користування.

Загалом, реалізація права на свободу думки і слова в Україні в 2020 році була обумовлена як новими загрозами, спричиненими пандемією респіраторної хвороби COVID-19, так і збройною агресією Російської Федерації, що продовжує тривати на сході України, та тимчасовою окупацією територій Автономної Республіки Крим, Донецької та Луганської областей. У щорічній доповіді Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини зазначено, що протягом 2020 року до Уповноваженого надійшло 14 повідомлень про порушення прав громадян на свободу думки і слова [7, с. 63]. У свою чергу експертами Інституту масової інформації було зафіксовано 229 випадків порушень свободи слова (у 2019 році – 243), з них 171 випадок стосувався фізичної агресії проти журналістів. Зокрема, стабільно високим залишається рівень фізичної агресії проти жінок-журналістів. Кількість перешкоджань законній професійній діяльності журналістів у 2020 році зросла на 26% порівняно з 2019 роком [8]. За даними дослідження міжнародної організації «Репортери без кордонів», відповідно до всесвітнього Індексу свободи слова у 2020 році Україна посіла 96-те місце (зі 180 країн) [9]. У 2019 році вона обіймала 102-ге місце.

Варто зазначити, що викликами для сучасних демократій є неконтрольованість інформаційних потоків, цифрова пропаганда та маніпуляція громадською думкою. Тож медіаграмотність є невід'ємним елементом культури в епоху диджиталізації, який сприяє критичному ставленню до інформаційних ресурсів та дотриманню цифрової безпеки. Наразі у Верховній Раді України

zareєстровано проект Закону України «Про медіа» (реєстр. № 2693 від 27.12.2019 р.), який спрямований на врегулювання питань функціонування ЗМІ з урахуванням європейських стандартів діяльності медіа-ресурсів та розвитку цифрових технологій. На думку Уповноваженого, його прийняття Верховною Радою України сприятиме реалізації прав людини на свободу вираження поглядів та отримання масової інформації [7, с. 67]. Також варто зазначити, що з метою забезпечення дотримання конституційного права на свободу слова, налагодження ефективної взаємодії державних органів, засобів масової інформації, інститутів громадянського суспільства, зокрема щодо запобігання перешкоджанню законній професійній діяльності журналістів, Указом Президента України від 6 листопада 2019 року було утворено Раду з питань свободи слова та захисту журналістів як консультативно-дорадчий орган при Президентові України.

Висновки та пропозиції. У підсумку зазначимо, що право на свободу думки і слова є надзвичайно багатоаспектним. У процесі його реалізації потенційно можуть виникати різні види конституційно-правових відносин як в публічній, так і приватній площині. Демократія сприяє максимальній реалізації прав і свобод особи. Але це є можливим виключно завдяки свідомому виконанню обов'язків. Звідси абсолютно справедливим видається висновок, що спільні цінності виконують важливу функцію – роблять можливим суспільне життя. Якщо ми не домовимося про мінімальну спільну культуру, то не зможемо разом працювати над одними завданнями і вважатимемо легітимними різні інституції, навіть не зможемо спілкуватися, якщо не буде спільної, взаємозрозумілої мови [2, с. 62]. Саме тому сучасне демократичне інформаційне суспільство має бути відповідальним і взаємно толерантним, це не тільки моральний обов'язок, а й політична та правова потреба сьогодення.

Література

1. Речицький В. Імператив толерантності – витоки і становлення. *Філософія права і загальна теорія права*. 2016. № 1 – 2. С.37 – 52.

2. Фукуяма Ф. Ідентичність. Потреба в гідності й політика скривдженості (пер. з англ. Т. Сахно). К.: Наш Формат, 2020. 192 с.

3. Лук'янов Д. Свобода слова vs релігійні свободи: пошук нових кордонів толерантності. *Філософія права і загальна теорія права*. 2016. № 1 – 2. С. 67 – 76.

4. Речицький В. Про цензуру (з приводу перевірки на відповідність Конституції України окремих положень законів України «Про кінематографію» та «Про телебачення і радіомовлення»). URL:<http://khp.org/1550672973> (Дата звернення: 20.03.2021).

5. Свобода преси: Рішення Верховного Суду США: пер. з англ. / під ред.: М. Гаррісон, С. Гілберт. Київ: Оптима, 2004. 276 с.

6. Свобода вираження поглядів у практиці Європейського Суду з прав людини. URL:<https://cedem.org.ua/articles/svoboda-vyrazhennya-poglyadiv-u-praktytsi-yeuropejskogo-sudu-z-prav-lyudyny/> (Дата звернення: 20.03.2021).

7. Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні. 2020 р. С. 63-80. URL: <https://ombudsman.gov.ua> (Дата звернення: 20.03.2021).

8. Інститут масової інформації: сайт URL: <https://imi.org.ua/monitorings/229-vypadkiv-porushen-svobody-slova-imi-zafiksuvav-v-ukrayini-u-2020-rotsi-i36905>. (Дата звернення: 20.03.2021).

9. Reportes without borders: сайт URL: <https://rsf.org/en/ranking>. (Дата звернення: 20.03.2021).

УДК: 340.15

ORCID: 0000-0002-4568-7964

E-mail: a.i.kozachenko@ukr.net

Anatoliy I. Kozachenko,
Head of the Department of
Theoretical Legal Subjects
(Poltava Law Institute of the
Yaroslav Mudryi National Law
University)

Козаченко Анатолій Іванович,
завідувач кафедри теоретико-
правових дисциплін,
(Полтавський юридичний інститут
Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого)

**ПОВНОВАЖЕННЯ ОРГАНІВ ЗЕМСЬКОГО
САМОВРЯДУВАННЯ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ
ТИМЧАСОВОГО УРЯДУ РОСІЇ 1917 РОКУ**

**ZEMSTVO SELF-GOVERNMENT BODIES' POWERS UNDER
LEGISLATION OF PROVISIONAL GOVERNMENT OF RUSSIA
OF 1917**

Анотація. У статті проведено аналіз земського законодавства Тимчасового уряду Росії 1917 р., яке передбачало розширення повноважень губернського та повітового земств, скасовувало адміністративний нагляд за їх діяльністю. Підпорядкувавши повітовому земству органи міліції, Тимчасовий уряд помітно розширив його повноваження. Але законодавство обмежило фінансові можливості земства, вивівши міста зі складу земського самоврядування. Волосне земство отримало адміністративні повноваження, які до лютневої революції 1917 р. належали волосному правлінню. Тимчасовий уряд встановив контроль за діяльністю волосного земства з боку губернської і повітової адміністрації. Законодавство не розмежувало повноваження повітових і волосних земств, що стало причиною намагання повітових земств максимально розширити власні повноваження та встановити контроль за діяльністю волосного земства. Намагання встановити ієрархічне підпорядкування

волосного земства повітовому суперечить принципам місцевого самоврядування.

Пріоритетним напрямком діяльності земського самоврядування у другій половині 1917 р. стала організація діяльності міліції, боротьба з безробіттям, забезпечення населення продуктами харчування, соціальний захист військовослужбовців і членів їх сімей, забезпечення армії продуктами і фуражем, проведення мобілізаційних заходів, надання медичної допомоги пораненим військовослужбовцям.

Однак земства не могли ефективно виконувати свої функції за умов недостатнього фінансування та надзвичайно високого рівня інфляції. Після Лютневої революції 1917 р. зменшилися надходження до земських бюджетів унаслідок відмови земських платників сплачувати податки, що стало однією з причин поступового занепаду земського самоврядування.

Ключові слова: земське самоврядування, революція, повноваження земств, земське законодавство, волосне земство.

Summary. The paper analyzes the zemstvo legislation of the Provisional Government of Russia of 1917 which provided for the expansion of the provincial and county zemstvos' powers, abolished administrative supervision over their activities. Having subordinated the police bodies to the county zemstvo, the Provisional Government significantly expanded its powers. However, the legislation limited the zemstvo's financial capacity as it withdrew cities from the zemstvo self-government. The volost zemstvo received administrative powers which had belonged to the volost board before the February revolution of 1917. The Provisional Government established control of the volost zemstvo's activities by the provincial and county administrations. The legislation did not differentiate between the powers of county and volost zemstvos, which led to the county zemstvos' efforts to maximize their powers and establish control of the volost zemstvos' activities. Attempts to impose a hierarchical subordination of the volost zemstvo to the county one contradict the principles of local self-government.

Organization of the police activities, protection from unemployment, providing the population with food, welfare of servicemen and their families, providing the army with food and fodder, mobilization activities, medical care of wounded servicemen became the top-priority areas of the zemstvo self-government in the second half of 1917.

However, zemstvos could not perform their functions effectively due to insufficient funding and extremely high inflation. After the February Revolution of 1917, revenues to the zemstvo budgets decreased due to the refusal of zemstvo taxpayers to pay taxes, which was one of the reasons for the gradual decline of the zemstvo self-government.

Keywords: zemstvo self-government, revolution, zemstvos' powers, zemstvo legislation, volost zemstvo.

Постановка проблеми. Революція Гідності 2013-2014 рр. стала катализатором реформ метою яких є децентралізація влади шляхом розширення повноважень місцевого самоврядування. Аналогічну мету переслідували і демократичні сили України після Лютневої революції 1917 р. Тому аналіз подій пов'язаних із діяльністю місцевого самоврядування в Україні на початку ХХ ст. дає можливість краще зрозуміти можливі шляхи вирішення проблем, котрі стоять перед місцевим самоврядуванням у наш час, спонукає до всебічного осмислення процесу становлення національної системи місцевого самоврядування.

Актуальність теми дослідження зумовлюється необхідністю вивчення досвіду законодавчого розширення повноважень органів земського самоврядування. Проблема децентралізації влади шляхом розширення повноважень місцевого самоврядування все ще залишається актуальною для України.

Стан опрацювання обраної проблематики, аналіз останніх публікацій та досліджень. Необхідність проведення реформи місцевого самоврядування зумовлює науковий інтерес до проблеми земської реформи 1917р. Зазначена

проблема стала предметом дослідження В.С. Гвоздик, С.А. Калугіна, Т.О. Матвієнко, О.А. Редькіної та інших науковців [1; 2; 3; 4]. Вітчизняні науковці вважають що, досвід підготовки до проведення земської реформи у період революції 1917 р. може стати корисним у наш час.

Метою статті є аналіз законодавчих актів Тимчасового уряду Росії 1917 р. щодо розширення повноважень губернських і повітових земств, закріплення повноважень волосного земства та розмежування повноважень повітових і волосних земств на прикладі Полтавського земства.

Виклад основного матеріалу. Положення про губернські та повітові земські установи 1890 р. (далі – Положення 1890 р.) надавало земствам обмежені повноваження для управління місцевим господарством, адже земства не отримали адміністративної влади для виконання своїх функцій. Окрім цього законодавство передбачало жорсткий контроль за діяльністю земств з боку губернатора, губернського із земських і міських справ присутствія та органів поліції. Обмежені повноваження і надмірний контроль з боку місцевої адміністрації суперечили принципам місцевого самоврядування. Тому наприкінці ХІХ-початку ХХ ст. земства домагалися від царського уряду проведення демократичної реформи самоврядування.

Після Лютневої революції 1917 р. Тимчасовий уряд Росії суттєво розширив повноваження земств. Постановою від 4 березня 1917 р. Тимчасовий уряд усунув із посад губернаторів і віце-губернаторів. Виконання обов'язків губернаторів уряд покладав на губернських комісарів, а обов'язки повітових справників – на повітових комісарів. Тимчасове виконання обов'язків губернських комісарів уряд доручав головам губернських земських управ, а виконання обов'язків повітових справників – головам повітових управ. Тимчасовий уряд ліквідував Губернське із земських і міських справ присутствіє. Земства отримали право оскаржувати рішення державних органів у Сенаті [5, с. 1462].

Повноваження губернських і повітових земств регламентувало Положення 1890 р. зі змінами, внесеними до нього Постановою Тимчасового уряду від 9

липня 1917 р. Постанова розширила повноваження земств. До їх відання, окрім іншого, відносилися питання охорони праці, організація громадських робіт, забезпечення діяльності біржі праці, завідування міліцією, охорона особистої і громадської безпеки, надання юридичної допомоги населенню [5, с. 1457]. Повітові земські збори отримали право розподіляти між волостями повинності й затверджувати постанови волосних земських зборів про відчуження нерухомого майна, про розмір земських зборів, про отримання позик, про укладення господарських договорів терміном більше 10 років [5, с. 1459-1460].

Постанова Тимчасового уряду суттєво обмежила державний контроль за діяльністю земського самоврядування. Відповідно до ст. 82 затвердженню міністра внутрішніх справ підлягали лише договори земств з приватними підприємцями, постанови про припинення діяльності пенсійних кас і про зміну статусу шляхів сполучення. Земські постанови, пов'язані з їх фінансовою діяльністю, підлягали узгодженню з міністром фінансів і затверджувалися міністром внутрішніх справ. Нагляд за законністю земських нормативних актів та правочинів здійснював губернський комісар. Але земські постанови не підлягали затвердженню губернського комісара [5, с. 1461].

Тимчасовий уряд відмовився від адміністративного нагляду за діяльністю земств. Завдяки підпорядкуванню новостворених правоохоронних органів – міліції, земства отримали адміністративні повноваження. На підставі Тимчасового положення про міліцію повітові земські збори фінансували діяльність повітової міліції, встановлювали її чисельність, ухвалювали рішення про поділ повіту на дільниці. Начальники повітової міліції підпорядковувалися земським і міським управам [6, с. 7-12].

Постанова Тимчасового уряду «Про зміну діючого положення про громадське управління міст» від 8 липня 1917 р. вивела міста зі складу земського самоврядування, чим частково обмежила повноваження губернського і повітового земств. Земська нерухомість у межах міста передавалася у власність

міста, збір із міської нерухомості повинен сплачуватися земству за кошторисом 1917 р. впродовж 10 років, зменшуючись щорічно на 10% [7].

Повноваження волосного земства врегульовувало «Тимчасове положення про волосне земське управління» від 21 травня 1917 р. У статті 1 зазначалося, що до відання волосного земства належать справи місцевого господарства і управління. Волосне земство мало статус юридичної особи – могло здійснювати цивільні правочини, захищати свої права у суді. Йому надавалося право обкладати грошовим податком нерухоме майно у межах волості та встановлювати збори, що забезпечувало його фінансову незалежність [8, с. 1045]. До повноважень волосного земства відносилося розпорядження земським майном і грошовими засобами, здійснення управління суб'єктами земського господарювання, управління діяльністю закладів освіти, охорони здоров'я, соціальних установ та установ дрібного кредиту. Волосне земство забезпечувало виконання розпоряджень уряду. На нього покладалася справа санітарного і ветеринарного нагляду, забезпечення благоустрою населених пунктів, надання юридичної допомоги населенню, нагляд за дотриманням охорони праці, охорона громадського порядку і безпеки, виконання повинностей. До відання волосного земства Тимчасове положення відносило питання військового управління: складання списків осіб, котрі підлягали мобілізації, забезпечення виконання військових повинностей населенням; організація лікування поранених військовослужбовців, надання допомоги сім'ям загиблих воїнів [8, с. 1046].

У зв'язку із запровадженням волосного земства Тимчасовий уряд ліквідував органи волосного управління: волосний схід, волосне правління, суд та інститут волосних старшин. Їх повноваження було передано волосному земству.

На відміну від земського законодавства царського уряду, яке обмежувало право земств на створення будь-яких об'єднань, законодавство Тимчасового уряду надавало волосним земствам право вступати в спілки й товариства з метою здійснення господарської діяльності [8, с. 1047].

Тимчасове положення розмежувало повноваження волосних земських зборів – розпорядчого органу і управи – виконавчого органу. Керуючись ст. 48, волосні збори мали право визначати порядок діяльності управи, затверджувати волосний земський кошторис та порядок виконання натуральних повинностей, встановлювати розмір волосних земських зборів, приймати рішення щодо земських недоїмок і пені щодо земських зборів, вирішувати питання управління й розпорядження земським майном, ухвалювати рішення на отримання кредиту, проводити перевірку діяльності управи [8, с. 1051, 1052].

Повноваження волосної управи Тимчасове положення поділяло за галузевим принципом на дві частини: земське і господарське управління та військове й адміністративне управління. У галузі земського і господарського управління за ст. 76 до повноважень волосної управи належало скликання земських зборів та підготовка матеріалів для їх проведення, складання проектів земських кошторисів, установлення правил звітності та проведення ревізії звітів, подання судових позовів у справах земства, надання волосним зборам звітів про діяльність управи [8, с. 1054]. Згідно ст. 77 до обов'язків волосної управи в галузі військового і адміністративного управління належало оприлюднення урядових актів, формування земських виборчих списків, виконання нормативних приписів щодо продовольчих справ, забезпечення земського страхування, надання дозволів на будівництво, видача посвідчень особи, реєстрація угод і договорів, охорона громадського правопорядку, надання допомоги органам міліції та попереднього слідства. Волосна управа отримала право давати розпорядження посадовим особам сільського управління й вимагати від них виконання своїх розпоряджень [8, с. 1055]. Отже, волосне земство отримало такі повноваження, які виходили за межі компетенції органів місцевого самоврядування. На волосне земство покладено значну частину тих обов'язків, що у минулому належали повітовій адміністрації та повітовому земству.

Земське законодавство 1890 р. поверхово розмежовувало повноваження губернського і повітових земств, не передбачало прямого підпорядкування

повітових земств губернському, що нерідко призводило до конфліктів між ними. Тимчасове положення впровадило підпорядкування волосного земства повітовому і губернському земствам, що суперечить принципам місцевого самоврядування. Так, волосні гласні не отримали права брати участь у виборах губернських гласних. Обсяг грошових і натуральних повинностей для волосного земства встановлювали повітові земські збори. У загальноземських заходах волосне земство могло брати участь лише після узгодження з повітовим і губернським земствами. Волосні земства повинні узгоджувати свої постанови з повітовим і губернським земствами з питань будівництва і утримання доріг, мостів та шляхових споруд, освіти, охорони здоров'я, пожежної безпеки, утримання благодійних закладів, проведення санітарних і ветеринарних заходів, організації землеробства, місцевої промисловості, торгівлі, забезпечення охорони праці, надання юридичної допомоги населенню. Зазначені постанови волосних зборів підлягали затвердженню повітовими земськими зборами [8, с. 1459-1460]. Повітова земська управа могла зобов'язати волосні земські збори впродовж двох тижнів зібрати засідання для розгляду запропонованих нею питань. Губернські і повітові земські збори мали право формувати комісії для ревізії волосних земських постанов [8, с. 1056].

Контроль за діяльністю волосного земства покладався на губернську і повітову адміністрацію. Стаття 51 Тимчасового положення надавала право губернському комісарові вимагати від волосних земських зборів скликання позачергового засідання для розгляду запропонованих ним питань. Про прийняті рішення волосні земські збори були зобов'язані інформувати губернську і повітову адміністрації. На основі ст. 91 і ст. 94 повітовий комісар мав право призупинити дію постанов волосного земства, які суперечать законодавству і провести перевірку його діяльності [8, с. 1056].

Отже, «Тимчасове положення про волосне земське управління» 1917 р. переважну частину обов'язків, які за Положенням 1890 р. належали губернському і повітовому земствам, переклало на волосне земство. Губернське

і повітове земства отримали право здійснювати контроль за діяльністю волосного земства, що не властиво для місцевого самоврядування. Законодавство Тимчасового уряду наділило волосне земство виконавчою владою, надало йому низку повноважень місцевої адміністрації і помітно послабило адміністративний контроль за діяльністю місцевого самоврядування.

Законодавство Тимчасового уряду не розмежувало повноваження повітових і волосних земств, тому між ними виникали конфлікти. Повітові земства намагалися самостійно вирішити цю проблему. Так, у серпні 1917 р. Миргородська земська управа ухвалила постанову, згідно якої у віданні повітового земства залишалися питання заміщення посад земських фахівців, питання аграрного виробництва, організація кооперативних підприємств і кустарних промислів, забезпечення діяльності метеорологічних станцій. До відання волосного земства пропонувалося віднести організацію діяльності прокатних пунктів, проведення дрібного ремонту, організацію місцевого землеробства, садівництва і скотарства [9, арк. 21-22]. Проблема врегулювання відносин між повітовим і волосними земствами стала предметом розгляду Полтавських повітових зборів звернулися під час засідання 16 жовтня 1917 р. Проте лише у грудні 1917 р. повітові земські збори ухвалили рішення про розмежування повноважень між повітовими і волосними земствами. У постанові Миргородського повітового земства зазначалося, що після розмежування повноважень повітового і волосного земства у аграрній галузі до відання повітового земства відноситиметься: формування штату земських фахівців та їх утримання, використання дослідних полів, скотарство, землеробство, меліорація, сільськогосподарська кооперація, кустарні промисли, утримання метеорологічних станцій. До відання волосних земств буде віднесено організацію прокатних пунктів, виконання ремонту сільськогосподарської техніки, дрібне скотарство [10, арк. 12]. Таким чином, повітові земства намагалися перекласти на волосні земства значну частину своїх обов'язків і зберегти за собою право контролювати діяльність волосних земств.

Засідання перших волосних зборів відбулися наприкінці вересня та у жовтні 1917 р. Збори сформували волосні управи, до складу яких входили голова, два члени управи, писар, бухгалтер, статистик і збирач податків [9, арк. 7, 8]. Одночасно з проведенням виборів повітові земські управи за участі представників від волостей працювали над встановленням території волосних земств, складали плани земських волостей, обраховували їх майбутню прибутковість [9, арк. 7, 8]. Але навіть на час проведення волосних зборів повітові земства не встановили кількість волосних земств і територію земських волостей. Лише 3 грудня 1917 р. відбулося засідання Полтавського повітового земства за участі представників від волосних земств, яке ухвалило остаточне рішення про поділ повіту на 20 волостей.

За короткий період часу переважній більшості волосних земств вдалося налагодити свою діяльність. З огляду на рекомендацію Головного управління по справах місцевого господарства Тимчасового уряду з метою набуття досвіду голови і члени волосних управ систематично брали участь у засіданнях повітових земських управ, волосні земства обмінювалися між собою інформацією про набутий досвід. Але окремі волосні земства не змогли організувати свою роботу належним чином, що викликало незадоволення місцевих громад. Тому селяни нерідко відмовлялися виконувати земські постанови, вимагали ліквідації земства, а у окремих випадках не самовільно припиняли діяльність управ.

У другій половині 1917 р. пріоритетними напрямками діяльності земського самоврядування стала організація діяльності міліції, боротьба з безробіттям, забезпечення населення продуктами харчування, соціальний захист військовослужбовців і членів їх сімей, надання медичної допомоги пораненим військовослужбовцям, забезпечення армії продуктами харчування і фуражем, проведення мобілізаційних заходів. Окрім цього земства продовжували виконувати функції передбачені Положенням 1890 р. Свідченням того, які саме питання вирішувало земство у цей час, говорить перелік доповідей, що

вносилися на розгляд надзвичайних Миргородських повітових земських зборів 20 серпня 1917 р.: про відкриття початкових шкіл; про організацію народного театру; про фінансування будівництва мостів; про розвиток земської телефонної мережі.

Керуючись законодавством Тимчасового уряду, земства впровадили власну профспілкову організацію – Всеросійську земську спілку. Згідно зі статутом спілки до її відання відносилися питання працевлаштування земських службовців, розподіл обов'язків між співробітниками, питання оплати праці, вирішення трудових конфліктів, видача рекомендацій співробітникам, захист професійних інтересів земських службовців. Комітети профспілки створювалися при губернських і повітових земських управах.

Але органи земського самоврядування не могли ефективно виконувати свої функції за умов недостатнього фінансування та надзвичайно високого рівня інфляції. За умов економічної кризи Тимчасовий уряд Росії залишив без змін систему фінансування земських установ. Інфляція, яка на початок 1917 р. сягнула 250-300%, призвела до земської бюджетної кризи. Земства змушені були вдаватися до позичок. Після Лютневої революції 1917 р. унаслідок відмови земських платників сплачувати податки різко зменшилися надходження до земських бюджетів, що стало однією з причин поступового занепаду земського самоврядування.

Висновки та пропозиції. Таким чином, законодавство Тимчасового уряду скасувало адміністративний нагляд за діяльністю земств. Підпорядкувавши повітовому земству органи міліції, Тимчасовий уряд помітно розширив його повноваження. Законодавство обмежило фінансові можливості земства, вивівши міста із складу земського самоврядування. Волосне земство отримало адміністративні повноваження, які до Лютневої революції 1917 р. належали волосному правлінню. Тимчасовий уряд встановив контроль за діяльністю волосного земства з боку губернської і повітової адміністрації. Законодавство не розмежувало повноваження повітових і волосних земств, що стало причиною

намагання повітових земств максимально розширити власні повноваження та встановити контроль за діяльністю волосного земства. Намагання встановити ієрархічне підпорядкування волосного земства повітовому суперечило принципам місцевого самоврядування.

Література

1. Гвоздик В.С. Земства України в умовах революційних потрясінь 1917 року. *Наукові праці історичного факультету Запорізького національного університету*. 2010. Вип. XXIX. С. 98-105.
2. Калугін С.А. Земське самоврядування на Харківщині (1865-1917 рр.) : монографія. Харків : Ун-тет внутр. справ, 2000. 148 с.
3. Матвієнко Т.О. Боротьба за демократизацію земств України (березень-травень 1917 р.). *Гілея. Науковий вісник*. 2010. Вип. 38. С. 54-62.
4. Редькіна О.А. Земства Лівобережної та Південної України як органи місцевого самоврядування та осередки ліберального руху в другій половині XIX – початку XX століття. Київ: Куприянова, 2008. 192 с.
5. Постановление Временного Правительства «Об изменении действующего положения о губернских и уездных земских учреждениях». *Собрание узаконений и распоряжений Правительства, издаваемое при Правительствующем Сенате*. Петроград, 1917. № 157. Ст. 869-870. С. 1455-1470.
6. Временное положение о милиции. *Журнал Полтавского губернского присутствия*. Полтава : Тип. Губ. обществ. комитета, 1917. № 4. С. 7-12.
7. Выделение Полтавы в отдельную земскую единицу. *Полтавский день*. 1917. 18 июн.
8. Временное положение о волостном земском управлении. *Собрание узаконений и распоряжений Правительства, издаваемое при Правительствующем Сенате*. Петроград, 1917. № 122. Ст. 655. С. 1045-1056.

9. Доклад № 16 Миргородської повітової земської управи про діяльність Бюро Просвіти від 20.08.1917 р. *Державний архів Полтавської області*, ф. 610, оп. 1, спр. 3, арк. 21-22зв.

10. Доклад № 26 Миргородської повітової земської управи «Про організацію економічної допомоги в повіті і розмежування компетенції волосного та повітового земств» від 10.12.1917 р. *Державний архів Полтавської області*, ф. 610, оп. 1, спр. 3, арк. 11-12.

УДК: 347.132/63

ORCID: 0000-0003-1984-146X

E-mail: guramij@gmail.com

Olha V. Hubanova,
Associated Professor of the Department
Civil, Commercial and Financial Law
(Poltava Law Institute
of the Yaroslav Mudryi National Law
University)

Губанова Ольга Валеріївна,
доцент кафедри цивільного,
господарського і фінансового права
(Полтавський юридичний інститут
Національного юридичного
університету імені Ярослава
Мудрого)

ДО ПИТАННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ДИТИНИ У ПРОЦЕДУРІ МЕДІАЦІЇ

ON THE QUESTION OF THE LEGAL STATUS OF THE CHILD IN THE MEDIATION PROCEDURE

Анотація. На сьогоднішньому етапі розвитку України як правової держави набуває актуальності питання медіації як альтернативного способу вирішення спорів (конфліктів), у тому числі сімейних. Законопроекти про медіацію регулярно з'являються в полі діяльності вітчизняного парламенту. Тож праця присвячена питанням осмислення місця і ролі дитини у процедурі медіації, визначення немедіабельних сімейних спорів за участю дитини крізь призму принципу найкращого забезпечення її інтересів.

Встановлено, що наразі ведеться законопроектна робота щодо врегулювання відносин з приводу медіації у вітчизняній правовій системі, звернено увагу на проект Закону про медіацію № 3504 від 19.05.2020 року. У контексті аналізу правового статусу дитини у процедурі медіації зазначено, що на рівні проекту закону не закріплена система суб'єктів медіації, а лише визначаються такі терміни як "сторони", "учасники" і "медіатор".

Визначено правовий статус дитини як суб'єкта медіації. Показано, що малолітня дитина не є учасником медіації, а є тією третьою особою, на права та законні інтереси якої може вплинути правовий спір (конфлікт) і результати його вирішення. У процесі медіації мають бути враховані норми міжнародних договорів (конвенцій) та норми сімейного законодавства України, які визначають необхідність врахування думки дитини у вирішенні питань реалізації та захисту її особистих немайнових та майнових прав. Врахування думки дитини потрібне у випадках, коли дитина досягла такого рівня фізичного і психологічного розвитку, за якого може висловити свою думку. Неповнолітня дитина, забезпечуючи реалізацію та захист власних права та інтересів і маючи право бути вислуханою батьками, іншими членами сім'ї та родичами з питань, які стосуються її особисто, а також питань життя сім'ї, може бути стороною медіації. Для цього вона має необхідний обсяг цивільної право- та дієздатності, що дозволяє їй бути стороною угоди про медіацію та угоди за результатами медіації за умови отримання згоди батьків (усиновлювачів), піклувальників тощо.

Ключові слова: дитина, права дитини, найкраще забезпечення інтересів дитини, медіація, сімейні спори.

Summary. The issue of mediation as an alternative way of resolving disputes (conflicts), including family ones, is becoming relevant at the current stage of development of Ukraine as a state governed by the rule of law. Mediation bills regularly appear in the field of activity of the national parliament. The work is devoted to the issues of understanding the legal status, place and role of the child in the mediation procedure, identification of family disputes with the participation of the child, which are non-eligible for mediation, through the prism of the principle of best interests of a child.

It is established that in the domestic legal system laws are currently being drafted to regulate relations regarding mediation, attention has been paid to the draft Law on

Mediation № 3504 of 19.05.2020. Reflecting on the status of the child in the mediation procedure, it is noted that at the level of the draft law the system of subjects of mediation is not fixed, i.e. only such terms as "parties", "participants" and "mediator" are defined.

Therefore, the legal status of the child as a subject of mediation is determined. It is shown that a minor child is not a participant in mediation, but is the third person whose rights and legitimate interests may be affected by a legal dispute (conflict) and the results of its resolution. The mediation process should take into account the norms of international treaties (conventions) and the rules of family law of Ukraine, which determine the need to take into account the views of the child in addressing and protecting his personal and property rights. Taking the child's opinion into account is necessary in cases where the child has reached a level of physical and psychological development at which he can express his opinion. A minor child may be a party to mediation by ensuring the realization and protection of his or her own rights and interests and by having the right to be heard by parents, other family members and relatives on matters concerning him or her personally and family life. To do this, he has the necessary amount of civil legal capacity, which allows him to be a party to the mediation agreement and the agreement on the results of mediation, subject to the consent of parents (adoptive parents), guardians and so on.

Key words: child, children's rights, best interests of the child, mediation, family disputes.

Постановка проблеми. Медіація, що виникла в 50-х роках 20 століття як вид відновного правосуддя, є досить новим інститутом для правових систем сучасних держав, особливо в порівнянні з традиційними судовими способами вирішення спорів. Незважаючи на відносно короткий строк свого існування, медіація, як феномен правової дійсності, зарекомендувала себе досить добре для того, щоб провідні світові країни, такі як США, Великобританія, Франція, Швеція і т.д. легалізували її статус у національних правових системах. Україна,

як єдина країна, яка проголосила свої євроінтеграційні прагнення на конституційному рівні, ще не перейняла досвід європейських країн щодо легалізації медіації в межах нормативно-правових актів.

Варто зазначити, що законопроекти про медіацію регулярно з'являються в поле діяльності вітчизняного парламенту, але так і залишаються законопроектами. Разом з тим, медіація вже перебуває під пильною увагою вітчизняних вчених-правознавців, оскільки її використання є ефективною альтернативою судового розгляду суперечок і дасть можливість розвантажити суди першої інстанції, які в поточній ситуації відчувають колосальне навантаження. Тому, дослідження практичних аспектів медіації є актуальним питанням, особливо в контексті дискусій щодо законопроектної роботи в цій сфері.

Стан опрацювання обраної проблематики, аналіз останніх публікацій та досліджень. Аналізуючи роботи вітчизняних науковців у сфері правового регулювання медіації, зазначимо, що комплексних досліджень з цієї теми не так багато. У зв'язку із цим слід відзначити роботу О. Спектор «Альтернативні способи вирішення цивільно-правових спорів» та Я. Любченка «Альтернативні способи вирішення правових спорів: теоретико-правовий аспект». Окремим аспектам медіації присвячені праці О. Бріжінського, Д. Давиденко, Н. Мазаракі, А. Пасюка і ін. На особливу увагу заслуговує дисертаційне дослідження Н. Мазаракі "Теоретико-правові основи введення медіації в Україні" (2019). Разом з тим висловимо думку, що особливої дискусії у вітчизняних наукових колах щодо медіації як такої і медіації в сімейних спорах за участю дитини зокрема не спостерігається, що актуалізує встановлення і розвиток наукової дискусії у цій сфері.

Метою дослідження є осмислення місця і ролі дитини у процедурі медіації, визначення немедіабельних сімейних спорів за участю дитини крізь призму принципу найкращого забезпечення її інтересів.

Виклад основного матеріалу. Ознакою сьогодення є загострення проблеми юридичних суперечностей і конфліктів. У широкому розумінні юридичний конфлікт — це будь-який соціальний конфлікт, який має хоча б один з елементів, що володіють юридичною характеристикою: суб'єкти чи мотивація їхньої поведінки або об'єкт конфлікту мають правові ознаки, а сам конфлікт спричинює юридичні наслідки [1, с. 30]. Як правило, юридичний конфлікт набуває форми правового спору, до ознак якого Я. П. Любченко, зокрема, відносить: а) наявність протиріччя, суперечки; б) сфера їх виникнення – відносини, врегульовані правом; в) учасники – суб'єкти правовідносин; г) підстава – правові причини виникнення правового спору; г) формулювання претензій, заперечень; д) намагання учасників вирішити правовий спір безпосередньо або за посередництва третьої сторони (суду, органу публічної влади, третейського суду, медіатора, експерта); е) дотримання певного процедурного порядку вирішення спору (визначеного законом, угодою сторін); є) вирішення правового спору шляхом прийняття рішення (суду, органу публічної влади, третейського суду), укладенням угоди (мирової угоди) тощо. Головним завданням вирішення правового спору є вплив на конфліктуючі сторони для врегулювання конфлікту (суперечки, протиріччя) [2, с. 33].

Одні конфлікти спричиняються юридичними ситуаціями і пов'язані з реалізацією або з порушенням норм права. Інші конфлікти, які називаються «перехідними» або «змішаними» конфліктами, розпочинаються, як правило, незалежно від правових норм і поза сферою правових відносин, але з часом набувають юридичного характеру за відповідними ознаками і рисами [3, с. 81]. До такої категорії конфліктів належать сімейні конфлікти.

Юридична конфліктологія визначає сімейний конфлікт як суперечливу поведінку подружжя та інших членів сім'ї у сфері сімейних відносин (особистих та майнових), як зіткнення подружніх та родинних амбіцій з метою встановлення власного пріоритету у вирішенні життєво важливих питань сім'ї [1, с. 132].

Психологічні дослідження розуміють сімейний конфлікт як протиборство між членами сім'ї на основі зіткнення протилежно спрямованих мотивів і поглядів; як прагнення оволодіти одним і тим самим об'єктом, зайняти одне і те саме місце чи виняткове положення, грати несумісні ролі, досягнути різноспрямованих цілей; як протиборство між членами однієї сім'ї як з приводу питань життєдіяльності сім'ї, так і з приводу задоволення різноманітних потреб її членів, відповідності рольової поведінки очікуванням тощо [4, с. 135]. Отже, узагальнюючи викладене, зазначимо, що будь-який конфлікт, у тому числі сімейний, передбачає взаємне виключення інтересів його сторін.

Предметом конфлікту є проблема або протиріччя, через які власне виникає конфлікт. Цим предметом можуть бути спірні відносини з приводу реальних матеріальних і духовних цінностей, які вирішуються у правовому полі. Окрім предмета неодмінним атрибутом конфлікту є його об'єкт. Юридична конфліктологія розглядає потенційний об'єкт (суспільні відносини, які підпадають під правове регулювання і на які спрямоване протиборство) і об'єкт реальний (конкретна матеріальна, соціальна або духовна цінність, що перебуває на перетині особистих, групових, державних або міждержавних інтересів і до володіння якою прагнуть конфліктуючі сторони) [1, с. 137].

Існують різні шляхи і способи вирішення правових спорів (конфліктів). Одним із таких способів є медіація. У вирішенні сімейно-правового спору медіація є досить ефективною, оскільки не тільки сприяє вирішенню правового спору між сторонами, а і безпосередньо впливає на сімейний конфлікт, що є передумовою його виникнення. І, оскільки сфера застосування медіації досить широка, у цій статті ми обмежимося дослідженням теми медіабельності сімейних спорів, в яких в тій чи іншій мірі присутній фактор дитини, права та інтереси якої неминуче матимуть вплив на вирішення спору в процесі медіації.

Зрозуміло, не у всіх сімейних спорах процедура медіації є допустимою. Вченими в цьому контексті використовується такий термін як "медіабельність", яким позначають те, що до конкретної суперечки може бути застосована

процедура медіації. Варто відзначити, що в англomовній літературі термін *mediability* використовується не так часто, а більш поширеною формою є *suitability for mediation*. Зарубіжні юристи-практики вказують на те, що медіація вигідна сторонам суперечок про розлучення і встановлення опіки, але, разом з тим, оскільки немає чітких випадків, коли медіація може спрацювати, застерігають від використання медіації в разі, якщо сторона поводить себе недобросовісно або є ризик насильства [5].

Г. Юнгус при цьому зазначає, що медіабельність конфліктів відносна, вона залежить від ступеня вираженості протистояння сторін і фактично наявних негативних наслідків. Конфлікти є медіабельними або на ранніх етапах зародження і розвитку, коли соціальна самоорганізація дозволяє через переговори і діалог вийти зі сфери протистояння, або у випадках, коли конфлікт у гострій фазі лише поодиноким торкнувся виключно приватних інтересів окремих суб'єктів і ще можливо укласти мирову угоду [6].

А. Чорній називає медіабельною ситуацію, яка передбачає двостороннє вільне і вмотивоване бажання досягти примирення [7]. Н. Мазаракі наводить такі можливі визначення медіабельності, які існують в юридичній літературі: можливість врегулювати спір в перспективі; ознака правового спору, за яким він може бути врегульований в порядку медіації; властивість юридичного конфлікту (правового спору), за якою він може бути врегульований безпосередньо сторонами конфлікту (спору) під час процедури медіації; сукупність умов, при яких медіація може бути ефективною або взагалі можливою; ознака правового спору, яка дозволяє застосувати до суперечки процедуру медіації, якщо сторони спору погодяться на це [8, с. 258].

У цьому контексті не можна не погодитися з думкою, яку висловлюють Б. Хасан і Ю. Полещук, про те, що розуміння меж медіабельності є узагальненням певної культурної практики, характерною для західного способу поведінки в конфлікті, тобто спирається на відому традицію. У вітчизняній практиці звернення до переговорних форм врегулювання конфліктних відносин поки

важко назвати традицією [9]. А тому особлива роль у формуванні в суспільстві позитивного сприйняття медіації як способу вирішення конфліктів покладено на законодавця.

У зв'язку з цією обставиною, не можна не висловити думку про те, що рано чи пізно законодавець закріпить правовий статус медіації в нормах відповідного законодавства, можливо, із зазначенням поняття медіабельності або її критеріїв, окресливши межі, в яких вона може здійснюватися (для суперечок у сфері публічного права), і за які вона не може заходити (для суперечок у сфері приватного права). У контексті нашого дослідження, вважаємо, держава повинна визначити рамки участі дитини у процедурі медіації та можливі наслідки угоди за результатами медіації для дитини.

Варто зазначити, що законопроекти про медіацію регулярно з'являються у полі діяльності вітчизняного парламенту, але так і залишаються законопроектами. Тож у цьому контексті варто звернути увагу на останній проект Закону про медіацію № 3504 від 19.05.2020 року (далі – законопроект про медіацію), який був прийнятий у першому читанні 15.07.2020 року [10].

Законопроектом про медіацію в ч. 4 ст. 2 передбачено, що “Медіація не застосовується у спорах (конфліктах), якщо такі спори (конфлікти) впливають чи можуть вплинути на права і законні інтереси третіх осіб, які не беруть участі у медіації, та в інших випадках, передбачених законом” [10]. Здавалося б, таке формулювання унеможливує проведення медіації в сімейних спорах, оскільки будь-який сімейний спір так чи інакше зачіпає інтереси дитини. Однак у ч. 5 ст. 2 законопроекту про медіацію уточнюється, що “Медіація застосовується під час вирішення сімейних спорів (конфліктів), якщо такі спори (конфлікти) впливають чи можуть вплинути на права і законні інтереси дитини, зокрема як третьої особи, відповідно до законодавства та з урахуванням **найкращих інтересів дитини**” [10].

В свій час нами була висловлена позиція щодо некоректності використання формулювання «*найкращі інтереси дитини*», оскільки воно не співвідноситься

ні з національним законодавством, ні з офіційними перекладами Конвенції ООН про права дитини, у якій мова йдеться, зокрема, про *«найкраще забезпечення інтересів дитини»*. Виходячи з логіки, яка була висловлена нами раніше, більш правильно використовувати формулювання в цій конкретній частині статті законопроекту про медіацію - "... з урахуванням найкращого забезпечення інтересів дитини".

При цьому, комплексний розгляд ч. ч. 4, 5 ст. 2 законопроекту про медіацію викликає питання щодо того, чи бере участь дитина у процедурі медіації безпосередньо. Так, якщо в ч. 4 ст. 2 законопроекту № 3504 йдеться виключно про осіб, які не беруть участі у процедурі медіації, то вже ч. 5 формулює статус дитини куди більш цікаво, оскільки дитина розглядається "зокрема як третя особа".

Розмірковуючи про статус дитини у процедурі медіації, зазначимо, що на рівні проекту закону не закріплена система суб'єктів медіації, а лише визначаються такі терміни як "сторони", "учасники" і "медіатор". Це підтверджує, зокрема, ч.1 ст.1 законопроекту про медіацію, яка до учасників медіації відносить сторони медіації, медіатора (медіаторів), осіб, які за домовленістю сторін медіації залучені до процесу медіації, зокрема законних представників, захисників, перекладачів, експертів та інших осіб.

Відповідно до п. 8 ч. 1 ст. 1 законопроекту про медіацію «сторони медіації - це фізичні, юридичні особи або групи осіб, які звернулися до медіатора (медіаторів) чи організації, що забезпечує проведення медіації, з метою врегулювання конфлікту (спору) між ними за допомогою медіації» [10]. Розглянемо це положення крізь призму теорії конфліктології.

На думку А. Ішмуратова, сторони (учасники) конфлікту — це суб'єкти соціальної взаємодії, які перебувають у стані конфлікту або явно чи неявно підтримують тих, хто конфліктує. В науковій літературі у деяких випадках також вживається поняття "опонент", тобто супротивник у суперечці. Протилежні сторони становлять стрижень конфлікту: якщо одна зі сторін виходить із

конфлікту, такий конфлікт припиняється [11, с. 87]. З наведеної позиції вбачається, що сторони конфлікту співвідносяться із визначенням сторін медіації, запропонованому у законопроекті про медіацію, тож у цьому випадку положення законодавства відповідають науковій доктрині. Проте, це не вирішує проблематики визначення статусу дитини як сторони конфлікту.

Виникає питання: чи може бути дитина стороною конфлікту і, як наслідок, стороною медіації у сімейних спорах, чи наділена вона для цього необхідною правосуб'єктністю? При цьому зауважимо, що досліджувати будемо можливість виступати стороною медіації особи, яка не досягла 18 років, і яка має правовий статус дитини згідно ч. 1 ст. 6 Сімейного кодексу України (далі - СК України)[12].

Призначення будь-якого суб'єктивного права зумовлюється потребами, які можливо задовольнити шляхом його здійснення, а способи його здійснення дають можливість задовольнити цю потребу за допомогою реалізації правомочностей, передбачених законом. Суб'єктивне право та інтереси дитини співвідносяться як засіб і мета, оскільки інтереси є передумовою та метою реалізації суб'єктивного права [13, с. 87]. Прагнення задовольнити будь-яку потребу в суспільстві набуває форми інтересу. Інтерес передбачає існування суспільних відносин із приводу предмета певної потреби, і природно, що суб'єкти прагнуть задовольнити свої потреби у найбільш прийнятний для себе спосіб [13, с. 88].

З огляду на предмет, ознаки, елементи та види сімейних правовідносин та враховуючи тему нашого дослідження, констатуємо, що дитина може бути стороною сімейного конфлікту у взаємовідносинах з батьками, іншими членами сім'ї та родичами з питань незадоволених особистих та матеріальних потреб, які і є предметом конфлікту. Якщо говорити про потенційний об'єкт такого конфлікту, вважаємо за доцільне звернути увагу на ті норм сімейного законодавства, які регулюють питання охорони та захисту особистих

немайнових і майнових прав дитини, та які передбачають можливість безпосередньої участі дитини у сімейних правовідносинах.

В Конституції України закладена парадигма захисту прав дитини через призму конституційно-правового принципу рівності, яка виходить з того, що всі діти мають рівні права, в своїх правах рівні з іншими людьми, рівними перед законом і судом, однак, з огляду на їх уразливий стан вимагають диференціації правового регулювання і позитивної дискримінації, яке гарантується статтями 21, 24, 26, 51 Основного Закону [14].

У нормах міжнародного права також приділяється значна увага питанням забезпечення прав дитини. Одним з перших актів, яким було приділено увагу захисту прав дитини, є Декларація прав дитини (далі - Декларація), яка в п. 2 проголошує, що дитині законом або іншими засобами повинен бути забезпечений спеціальний захист і надані можливості та сприятливі умови, які дадуть їй можливість розвиватися фізично, розумово, морально, духовно і соціально, здоровим і нормальним шляхом, в умовах свободи і гідності. При прийнятті з цією метою законів основною метою має бути найкраще забезпечення інтересів дитини [15].

Так, серед особистих немайнових прав дитини, які визначені законом і незадоволення яких може стати предметом правового спору, слід виділити: право на зміну прізвища дитини у разі зміни прізвища її батьками (ст. 148 СК України), зміну по батькові дитини (ст. 149 СК України), право дитини на спілкування з батьками (ст. 153 СК України), право на визначення місця проживання дитини (ст. 160 СК України), право на належне батьківське виховання (ст. 152 СК України), право на спілкування дитини із бабою, дідом, прабабою, прадідом, братами та сестрами (ст. ст. 257, 259 СК України) тощо.

До незадоволених майнових потреб дитини, які можуть спричинити виникнення сімейного конфлікту, і для задоволення яких дитина вступає у відносини з іншими членами сім'ї, належать, зокрема, вітальні потреби, які можуть бути реалізовані через забезпечення майнових прав дитини. До таких

майнових прав сімейне законодавство відносить: право особистої власності дитини на майно (ст. ст. 173, 174, ч. 3 ст. 177, 178, 179 СК України) та право спільної сумісної чи спільної часткової власності батьків і дитини (ст. 175 СК України), відносини з приводу управління майном дитини (ст. 177 СК України), використання доходу від майна дитини (ст. 178 СК України). Крім того, конфліктну ситуацію не виключають і аліментні правовідносини, коли, зокрема мова йде про звільнення батьків від обов'язку утримувати дитину (ст. 188 СК України), про припинення права на аліменти на дитину у зв'язку із набуттям права власності на нерухоме майно, учасником якого може бути дитина (ст. 190 СК України), про участь неповнолітньої дитини у розпорядженні аліментами на її утримання (ст. 179 СК України) тощо.

Раніше ми звертали увагу на обставини, що впливають на рішення органу державної влади під час розгляду спору, в якому присутній фактор дитини: нормативно-правове регулювання (особливу увагу слід приділити ратифікованим джерелам міжнародного права); індивідуальні особливості та потреби дитини (у контексті забезпечення потреб дитини доцільно також розглядати її взаємини в сім'ї, в тому числі і взаємодію батьків дитини. Батьки, як особи, які несуть відповідальність за дитину, є основними особами, які приймають рішення, спрямовані на забезпечення її потреб. При цьому, дорослий може приймати рішення від імені дитини тільки через відсутність у дитини досвіду та суджень). [16].

На думку Г. Ленсдоун, Конвенція про права дитини встановлює прямі відносини між дитиною і державою, оспорує презумпцію, що батьки мають право на дитину. Це робить дитину помітним суб'єктом, який може здійснювати право на захист від свого власного імені. Держава має право втручатися в захист прав дитини, визнаючи, що найкращі інтереси дітей не завжди ідентичні інтересам батьків і не завжди будуть захищені батьками [17]. Таким чином, встановлюється концепція привілейованого становища дитини в регульованих відносинах шляхом певної "позитивної дискримінації". Можемо погодитися з

тим, що дитина, будучи повноцінним суб'єктом права, не завжди має можливість захистити свої інтереси, тому держава змушена втручатися в особисту сферу життєдіяльності сім'ї, встановлюючи рамки, в яких можливо найкраще забезпечити права дитини.

У контексті медіації зазначимо, що подібні положення містяться і у Рекомендації № R (98) 1 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо медіації в сімейних справах, ухваленої Комітетом Міністрів Ради Європи на 616 засіданні заступників міністрів 21 січня 1998 року, п. 8 розділу III «Принципи медіації в сімейних справах», відповідно до якого медіаторові слід виявляти особливу турботу про добробут і найкращі інтереси дитини, спонукати батьків зосереджуватися на потребах дитини та нагадувати батькам про їхній першочерговий обов'язок забезпечувати добробут своєї дитини і про необхідність надання своїм дітям інформації та порад [18].

Зазначена концепція закріплена в ч.1 ст.3 Конвенції про права дитини, згідно з якою в усіх діях щодо дітей, незалежно від того, здійснюються вони державними чи приватними установами, що займаються питаннями соціального забезпечення, судами, адміністративними чи законодавчими органами, першочергова увага приділяється якнайкращому забезпеченню інтересів дитини. Крім того, держави-учасниці забезпечують дитині, здатній сформулювати власні погляди, право вільно висловлювати ці погляди з усіх питань, що торкаються дитини, причому поглядам дитини приділяється належна увага згідно з її віком і зрілістю. З цією метою дитині, зокрема, надається можливість бути заслуханою в ході будь-якого судового чи адміністративного розгляду, що торкається дитини, безпосередньо або через представника чи відповідний орган у порядку, передбаченому процесуальними нормами національного законодавства (ст. 12 Конвенції про права дитини) [19].

Аналогічну норму містить і ч. 1. 2 ст. 171 СК України, вказуючи на необхідність врахування думки дитини, яка може її висловити, батьками, іншими особами при вирішенні спору щодо її виховання, місця проживання, у тому числі

при вирішенні спору про позбавлення батьківських прав, поновлення батьківських прав, а також спору щодо управління її майном [17]. При цьому зазначимо, що законодавство України не містить конкретного віку, з якого має бути врахована думка дитини, хоча поодинокі статті Сімейного кодексу України вказують на такі вікові критерії як 7 років (ст. 148 СК України), 10 років (ч. 1, 2 ст. 160 СК України) і 14 років.

Ми погоджуємося з думкою Л.В. Красицької, яка після проведеного аналізу досліджень вікової психології стверджує, що саме вік, з якого дитину можуть зараховувати до загальноосвітнього навчального закладу (6-7 років) свідчить, що дитина має такий рівень фізичного та психічного розвитку, який дозволяє самостійно висловлювати свої погляди та власну думку з питань, що стосуються її особисто, а також з питань життя сім'ї. Така думка дитини має правове значення. Що стосується дітей до 6 (7) років, то можливість самостійно висловлювати думку щодо здійснення та захисту сімейних прав є умовною і залежить від рівня їхнього розвитку. Тому правове значення такій думці дитини мають право надати відповідні правозастосовні органи, батьки, члени сім'ї лише за їхньою ініціативою, відповідно, за заявою батьків, інших заінтересованих осіб або за ініціативою правозастосовного органу така дитина має бути вислуханою під час вирішення сімейно-правового спору [20, с. 332].

В контексті досліджуваного питання участі дитини у процедурі медіації, на нашу думку, держава повинна визначити рамки такої участі та можливі наслідки угоди за результатами медіації для дитини. Вище ми визначили види сімейних правовідносин за участю дитини, що у своїй основі можуть містити конфлікт інтересів, який стане причиною правового спору, стороною якого виступатиме дитина. Оскільки сторона конфлікту може бути стороною медіації, розглянемо юридичну можливість участі дитини у такій процедурі.

Правовою передумовою участі сторони у медіації є укладення договору про медіацію між медіатором і сторонами конфлікту (ч. 2 ст. 15 законопроекту про медіацію) [10]. Відповідно до п. 1, ч. 1 ст. 1 законопроекту про медіацію

договір про проведення медіації – це угода про надання сторонам послуг з проведення медіації з метою врегулювання конфлікту (спору), укладена сторонами конфлікту (спору) та медіатором (медіаторами) у погодженій між ними формі з урахуванням вимог законодавства). Крім того, за результатами успішно проведеної медіації може бути укладена угода про врегулювання конфлікту (спору) за результатами медіації, що фіксує результат домовленості сторін медіації у погодженій ними формі з урахуванням вимог законодавства, в якій сторони можуть вийти за межі предмета конфлікту (спору) за умови, що така угода не порушує захищених законом прав чи інтересів третіх осіб (п. 9 ч. 1 ст. 1 законопроекту про медіацію).

На цивільно-правовий характер вищезгаданих угод неодноразово вказували у своїх дослідженнях різні науковці. Тож, при їх укладенні слід керуватися загальними вимогами, дотримання яких є необхідним для чинності правочину, визначеними ст. 203 Цивільного кодексу України (далі - ЦК України) [21]. Однією з умов дійсності правочину закон називає умову про необхідний обсяг цивільної дієздатності особи, яка вчиняє правочин. З урахуванням вимог ст. 31 ЦК України щодо обсягу цивільної дієздатності малолітньої особи, констатуємо, що ні угоду про медіацію, ні угоду за результатами медіації не може укласти малолітня фізична особа, оскільки обсяг її цивільної дієздатності обмежується лише можливістю укладення дрібних побутових правочинів. Вищезазначені угоди не можна віднести до дрібних побутових з огляду на ознаки останніх. Отже, малолітня особа не володіє необхідним обсягом цивільної дієздатності для укладення правочинів у сфері медіації, а тому її участь у процедурі як сторони медіації виключається. Водночас, у домовленостях між батьками за результатами медіації мають бути обов'язково враховані інтереси малолітньої дитини, зокрема їх найкраще забезпечення.

У неповнолітньої особи вже є можливість укласти правочини, які виходять за межі дрібних побутових, але за згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальника (ст. 32 ЦК України). Тож можемо зробити висновок про

можливість укладення угоди про медіацію та угоди за результатами медіації особою, яка досягла 14 років, але за згодою батьків (усиновлювачів) дитини, її законних представників. У такому випадку можуть мати місце ситуації, коли: 1) згоду на участь неповнолітньої дитини у процедурі медіації надає один із батьків (усиновлювачів), законних представників, який не є стороною конфлікту. Тут сторонами медіації є дитина і другий з батьків, який перебуває у конфлікті з нею; 2) згоду на участь неповнолітньої дитини у медіації надають батьки, що є сторонами конфлікту, у випадку, коли мова йде про участь дитини в укладенні сімейно-правового договору (наприклад, договору про припинення права на аліменти на дитину у зв'язку із набуттям права власності на нерухоме майно (ст. 190 СК України)); 3) згоду на участь неповнолітньої дитини у медіації надає один із батьків (усиновлювачів), законних представників, який не є стороною конфлікту, у випадку, коли стороною конфлікту є дитина та інші члени сім'ї і родичі.

Необхідно зазначити, що одним із принципів медіації є принцип відкритості результату, який, зокрема, вказує на реалістичність виконання домовленостей сторін по її завершенню. Принцип добровільної участі сторін у медіації покликаний створити передумови для виконання досягнутих домовленостей. Про добровільність виконання досягнутих домовленостей свідчить і необхідність дотримання такої умови дійсності правочину, як умови про єдність волі та волевиявлення його учасника (ч. 3 ст. 203 ЦК України). Ця умова має бути дотриманою і при укладенні угоди про медіацію, і угоди за результатами медіації. При цьому, що стосується правочинів щодо майнових прав неповнолітньої дитини, потрібно враховувати необхідність отримання дозволу органу опіки та піклування у випадках, передбачених законом. Крім того, важливо дослідити і вікові особливості розвитку дитини від 14 до 18 років, оскільки потребує розуміння рівень усвідомлення останньою юридичних наслідків угоди за результатами медіації.

У психології вік розвитку дитини 14–18 років називають раннім юнацьким або старшим підлітковим віком. Соціальна ситуація розвитку дитини у цьому віці зумовлюється підготовкою особи до вступу в самостійне життя і характеризується такими особливостями: у взаєминах з батьками зберігається прагнення до рівності й автономії; у товаристві ровесників юнацтво задовольняє гострі потреби в емоційному теплі, розумінні, визнанні власної значущості; коло спілкування відзначається як розширенням його сфери, так і поглибленням взаємин; виникають юнацькі неформальні об'єднання, що прагнуть функціонувати за межами контролю й опіки з боку батьків та педагогів і створюють юнацьку субкультуру. У структурі особистості виникають такі новоутворення як відповідальність, самостійність, реальне уявлення про майбутнє, готовність до професійного самовизначення. Центральним новоутворенням при цьому є готовність дитини до життєвого самовизначення, а головним новоутворенням психіки особи у віці 14-18 років є її світогляд [22, с. 389]. Все це дає підстави стверджувати про усвідомлене ставлення дитини до укладених нею домовленостей, реалістичне сприйняття життєвих обставин, відповідальне ставлення до виконання прийнятих рішень.

Висновки та пропозиції. В дослідженні встановлено, що:

1. Малолітня дитина, яка не бере безпосередньої участі у процесі медіації, не є її учасником, а є тією третьою особою, на права та законні інтереси якої може вплинути правовий спір (конфлікт) і результати його вирішення. Тож у процесі медіації мають бути враховані норми міжнародних договорів (конвенцій) та норми сімейного законодавства України, які визначають необхідність врахування думки дитини у вирішенні питань реалізації та захисту її особистих немайнових та майнових прав. Врахування думки дитини потрібне у випадках, коли дитина досягла такого рівня фізичного і психологічного розвитку, за якого може висловити свою думку. На нашу думку, саме по досягненню шкільного віку (6-7 років) дитина може висловити свою думку і сформулювати власні погляди, а тому саме з цього віку її особиста думка має

бути врахована при закріпленні домовленостей за результатами медіації з метою найкращого забезпечення її інтересів. Крім того, зважаючи на норми ст. 148 СК України думка дитини у віці 7 років має бути обов'язково врахована при вирішенні питань зміни прізвища дитини у разі зміни прізвища її батьками або одним із них, та у віці 10 років при визначенні місця її проживання (ст. 160 ч. 1, 2 СК України).

2. Неповнолітня дитина може бути стороною сімейного конфлікту. Забезпечуючи реалізацію та захист власних права та інтересів і маючи право бути вислуханою батьками, іншими членами сім'ї, та родичами з питань, які стосуються її особисто, а також питань життя сім'ї, дитина у віці від 14 до 18 років може бути стороною медіації. Для цього вона має необхідний обсяг цивільної право- та дієздатності, що дозволяє їй бути стороною угоди про медіацію та угоди за результатами медіації. Крім того, психологічні особливості розвитку дитини раннього юнацького віку характеризуються усвідомленим ставленням до життя, почуттям відповідальності, і можуть стати гарним підґрунтям для виконання домовленостей за результатами медіації. Для участі неповнолітньої особи у медіації вона має отримати згоду батьків (одного з них), усиновлювачів, законних представників як на укладення угоди про медіацію, так і на укладення угоди за результатами медіації. В останньому випадку, якщо мова йде про укладення правочину щодо майнових прав дитини, необхідним є отримання дозволу органу опіки та піклування у передбачених законом випадках.

Література

1. Герасіна Л.М., Требін М.П., Сахань О.М., Воднік В.Д. Конфліктологія: загальна та юридична: підручник. Х.: Право, 2012. 224 с.

2. Любченко Я. П. Альтернативні способи вирішення правових спорів: теоретико-правовий аспект: дис. ... канд. юрид. наук. Х., 2018. 249 с.

3. Герасіна Л.М., Требін М.П., Воднік В.Д. Конфліктологія: навчальний посібник. Х.: Право 2012. 128 с.
4. Theoretical and empirical scientific research: concept and trends: Collection of scientific papers with Proceedings of the International Scientific and Practical Conference (Vol. 4, July 24, 2020. Oxford, United Kingdom). 146 с. URL:<https://ojs.ukrlogos.in.ua/index.php/logos/issue/view/24.07.2020>. (Дата звернення: 20.03.2021).
5. Garner & Hancock Solicitors. When to mediate and when not to mediate. URL: <https://garner-hancock.co.uk/article/when-to-mediate-and-when-not-to-mediate/>. (Дата звернення: 20.03.2021).
6. Yungus, G.A. The Mediation Ability of Conflicts: the Socio-philosophical Analysis. Discourse-P. № 31. 2018. P. 177-185.
7. Чорній А.Л. Комунікативна складова медіабельності конфліктів. Наукові записки Національного університету “Острозька академія”. № 1. 2018. URL: <http://dspace.tnpu.edu.ua/bitstream/123456789/13754/1/A.Chornii>. (Дата звернення: 20.03.2021).
8. Мазаракі Н.А. Щодо поняття медіабельності спору. Підприємництво, господарство і право. 2018. №12. С. 258-262.
9. Хасан Б. И., Полещук Ю. О. Критерии медиабельности конфликтов в юридической практике. Вестник Санкт-Петербургского университета. 2020. Право 1. С. 207-222. URL: <https://doi.org/10.21638/spbu14.2020.115>. (Дата звернення: 20.03.2021).
10. Про медіацію: Проект закону № 3504 від 19.05.2020 року. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68877#Text. (Дата звернення: 20.03.2021).
11. Берлач А.І., Кондрюкова В.В., Криволапчук В.О., Поліщук О.Г. Конфліктологія : навч. посіб. Одеса : ОДУВС, 2010. 162 с.
12. Сімейний кодекс України: від 10.01.2002 року. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text>. (Дата звернення: 20.03.2021).

13. Маковецька В.В. Найкращі інтереси дитини як чинник належного батьківського виховання малолітніх осіб. *Право і суспільство*. 2020. № 4. С. 87-92.
14. Конституція України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text>. (Дата звернення: 20.03.2021).
15. Декларація прав дитини: від 20.11.1959 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_384. (Дата звернення: 20.03.2021).
16. Губанова О.В. Найкраще забезпечення інтересів дитини як принцип визначення місця її проживання. *Форум права*, 2020. 62(3). С. 18–28.
17. Lansdown G. The Evolving Capacities of the Child. URL: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/evolving-eng.pdf>. (Дата звернення: 20.03.2021).
18. Рекомендація № R (98) 1 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо медіації в сімейних справах : Ухвалено Комітетом Міністрів Ради Європи на 616 засіданні заступників міністрів 21.01.1998 року. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/R_98_1_1998_01_21.pdf. (Дата звернення: 20.03.2021).
19. Конвенція про права дитини : від 20.11.1989 р. (редакція зі змінами, схваленими резолюцією 50/155 Генеральної Асамблеї ООН від 21 грудня 1995 року). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021. (Дата звернення: 20.03.2021).
20. Красицька Л.В. Проблеми здійснення та захисту особистих та майнових прав батьків і дітей : монографія. К.: Видавництво Ліра-К, 2015. 628 с.
21. Цивільний кодекс України: від 16.01.2003 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text>. (Дата звернення: 20.03.2021).
22. Дуткевич Т. В. Дитяча психологія. Навч. посіб. К.: Центр учбової літератури, 2012. 424 с.

УДК: 347.91

ORCID: 0000-0003-0780-2957

E-mail: zub.aleksey.nlu@gmail.com

Oleksiy Y. Zub,
Assistant professor of the Department
Civil, Commercial and Financial Law
(Poltava Law Institute
of the Yaroslav Mudryi National Law
University)

Зуб Олексій Юрійович,
асистент кафедри цивільного,
господарського і фінансового права
(Полтавський юридичний інститут
Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого)

ПОРІВНЯЛЬНА СУДОВА АРГУМЕНТАЦІЯ У СУДОВИХ РІШЕННЯХ ВЕРХОВНИХ СУДІВ

COMPARATIVE REASONING IN SUPREME COURTS JUDGMENTS

Анотація. Ця праця присвячена дослідженню проблематики використання аргументації в судових рішеннях верховних судів на прикладі рішень Верховного Суду Сполучених Штатів Америки та Федерального Конституційного Суду Федеративної Республіки Німеччина у площині конституціоналізму, захисту та тлумачення норм основних законів в обраних країнах. У рамках роботи, застосовуючи індуктивний метод, проведено логічний зв'язок від підходів, звичаїв та традицій конкретної правової сім'ї в царині аргументації судових рішень, через дослідження окремих прийомів аргументації судових рішень, до вивчення окремих, випадково обраних, судових рішень у верховних судах двох країн.

З точки зору ідеї наукової праці, вона торкається двох аспектів порівняльних досліджень в царині юридичної аргументації судових рішень: перехресне використання прийомів та технік юридичної аргументації в судових рішеннях верховних судів різних держав, а також дослідження перехресного

застосування та посилення на іноземне законодавство, ідеї та практику, що знайшли відображення в судових рішеннях верховних судів різних держав.

Окремо зроблено спробу дослідити два судових рішення верховних судів: рішення Верховного Суду США (щодо тлумачення права на носіння зброї в контексті Другої Поправки до Конституції США); рішення Федеративного Конституційного Суду ФРН.

Ключові слова: юридична аргументація, порівняльна судова аргументація, аргументування судових рішень, аргументування судових рішень верховних судів.

Summary. This paper examines the reasoning in supreme courts' decisions on the example of decisions of the Supreme Court of the United States and the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in the field of constitutionalism, protection and interpretation of the constitutions in selected countries. As part of the work, using the inductive method, it is made logical connection from the approaches, customs and traditions of a particular legal family in the field of reasoning of court decisions, through the study of individual methods of reasoning of court decisions, to the study of individual, randomly selected court decisions in two countries supreme courts.

From the point of view of the idea of this work, it concerns two aspects of comparative research in the field of legal reasoning of court decisions: cross-application legal argumentation techniques in court decisions of supreme courts in different states, and cross-application research and references to foreign law, ideas and practice, reflected in the court decisions of the supreme courts in different states.

Separately, an attempt has been made to examine two court decisions of the Supreme Courts: the decision of the US Supreme Court (on the interpretation of the right to bear arms in the context of the Second Amendment to the US Constitution); decision of the Federal Constitutional Court of Germany.

Key words: legal reasoning, comparative judicial reasoning, court decisions' reasoning, judicial reasoning in supreme courts judgments.

An overview of the research issue. There is a strong connection between the Rule of Law and judicial reasoning. As we know, one of the elements of the Rule of Law is a right to fair trial [4, 10], which must embody in an efficient procedure. In this meaning, the judicial irreversible decision is a face and a final stage of a legal proceeding. This document allows to judge, have justice done or not. Moving in this idea's track, it is important to understand not only what the judge comes to in his conclusions, but also how he comes to such conclusions and how she or he gives grounds for them. An analysis of such things gives a lot of empirical data for understanding: a judge's logic, what approaches was used, how they were used, how a judge interpreted legal principles and rules etc. In other words, such an exploration allows to take a look in a judge's subjective background. Moreover, in the eyes of the people *ratio decidendi* is made fair only because of judicial reasoning.

Each state has its own legal tradition and its own styles of judicial reasoning (especially when we speak about a supreme court) that objectively reflects focuses on specific legal traditions (perhaps even on correlation with a particular policy in developing countries), competence and maturity of a court and judges. So, an exploration and a comparison of different styles of judicial reasoning in the highest courts of different states allow to understand deeper the whole legal culture in a resolving a disputable situation *via* judicial reasoning.

The purpose of this paper is to compare different styles of reasoning on examples of two different decisions of supreme courts and to find out reasoning determinations in legal cultures.

A judicial reasoning in supreme courts' adjudication is a core element of the judicial decision that discloses judge's subjective attitude to the case, his or her values, legal culture, applied ideas and approaches, and makes *ratio decidendi* fair.

The analysis of recent publications and research. This paper was written as a theoretically-oriented research. During preparation of this work it was used qualitative methods and different approaches like: generalization, induction, deduction, comparison, theoretical modeling etc.

For preparing this paper two judicial were used decisions in: (1) Federal Constitutional Court of Germany (case about ultra-virus measurement, 5 May, 2020) and (2) Supreme Court of United States of America (District Columbia v. Heller, 26 June, 2008).

Presentation of the material.

1. THE OPEN-MINDEDNESS AND LAW-FAMILY BACKGROUND IN JUDICIAL REASONING

Any formed legal structure that functions and develops in a particular country is constantly under the influence of the legal system in which it functions. This affects not only legal institutions, but also the behavior of state officials who perform the functions of the state. So, judges, to one degree or another, succumb to the influence of the legal system, which is embodied in the personal characteristics of the conduct of cases (not related to the norms for considering specific cases), as well as the style of motivating court decisions.

Even though, "use of foreign inspiration in the interpretation of domestic law is thus hardly new," [2, p. 14] within the framework of the designated research areas, judges are often closed to borrowing or using foreign judicial experience or applying the logic of foreign norms. At the same time, courts around the world from time to time apply foreign norms to resolute a judicial case. Michal Bobek offers the separation of cases when court uses foreign law: (1) mandatory (here we mean situation when a domestic law commands the national court to use specific norms to resolute a case, otherwise, it will be sanctions for a current judge, e.g.: conflict of laws, extradition etc.), (2) non-mandatory (when a domestic law recommends to use foreign law in current case, e.g.: a reference to a parent international law, laws shared with or taken from other states etc.), (3) voluntary (when a domestic law does not exist any

limitations for usage foreign law) [2, p. 20-35]. Moreover, each judge can use not only foreign norms but concepts, ideas, styles in its own reasoning depending on case. Thus, materials of different cases, scholarly works around the world are open for inspiration courts and ready for enrichment different judicial practices.

But law-families have their own traditions in this field too. On the one hand, if we speak about common-law family, judges of this system is traditionally open to any jurisdiction (specially to states from this law-tradition and ready to use good ideas or apply analogy. On the other hand, civil-law family more closed because of orientation on statutory law.

1.1. Germany. This country, obviously, belongs to the civil-law family. And from the first glance, it could seem that this country dictates consistently closed judges' conduct in judicial reasoning and builds the original tradition. This statement is only partially true. Michal Bobek says about Germany as "open to non-mandatory legal inspiration" and assess overall judicial style as a "tolerant legality" [2, p. 120].

Judicial reasoning in Germany has its deep roots in history. This story begins from the works of prominent personalities such as: Friedrich Karl von Savigny, Eugen Ehrlich, Konrad Zweigert etc. Savigny was a founder of a modern method of interpretation in a German legal space, whose approach comprised grammatical, logical, systematic and historical arguments. Ehrlich oriented on purposive interpretation and, among other, it's "must include two key-elements: (1) genuine source of judicial decision-making can never be reduced to mere abstract statutory rules and doctrinal notions; (2) what the judge is supposed to reconstruct is not the original intention of the history legislator" [1, p. 130]. Zweigert announced the comparison of laws as a "universal method of interpretation" [2, p. 123] and popularized inspiration from Swiss Supreme Court. He identified the formula of comparative interpretation: "The foreign *is (sein)* has, however, no overriding impact on a clear national *ought (sollen)*. In other words, foreign models are there to help to fill gaps in cases where there is no national *sollen* or when it is unclear what the national *sollen* actually is" [2, p. 124]. Closer to our days Carl Larenz continued to explore interpretation and defined

it as: a pure interpretation, a development of the law *via* statute, and a development of the law beyond a statute but within legal system [2, p. 131].

Firstly, judicial reasoning in this country based on interpretation of the German Constitution and its status; secondly, EU's acts; and thirdly, ECHR and ECtHR's practice, today. The style of justification is more scholarly. That is why we can meet statements like next: "Reading through similar decisions, one often has the impression that a supreme federal judge is not called to decide a case between two (living) parties, but an abstract dispute between the various scholarly strands in the *Schiftum*" [2, p. 137]. But as aforementioned author highlighted: "The most often invoked inspiration in the case law of Federal Constitutional Court is the legal system of the USA, mostly decisions of the USSC" [2, p. 144].

Basil Markesinis points out on some disadvantage in German legal education in a scope of judicial reasoning:

"For at law school, the aspiring German judge will be taught how to use the codes, learn how to inter-link their various parts (and then combine the Codes with one another) and—to begin at least—to apply the texts he has been taught deductively. In all this, he will be expected to make as logical and as consistent a use as he can of the many concepts that will be drummed into his head during a period of at least seven years. Though references to cases figure increasingly in legal courses, the constant refining and re-defining of earlier case law, with the frequent use of the untested hypothesis, thus seem to be greatly lacking in a legal training which is otherwise both long and very thorough" [7, p. 249-309].

Hence, Germany is a state with general openness of the judicial reasoning but limited to direct argumentative use of foreign authority by the courts. Though judges explore American case law but, it seems, they will not go deeper on this way.

1.2. United States of America. American judicial reasoning has its own history that, anyway, begins from English case law, overcome a lot of problems (like declaratory theory in decision-making) and lives through "black lines." United States of America belongs to common law system where a judicial precedent is widely spread.

It seems that USSC judges make law and embody it in open and discursive decisions. This judicial freedom is due to the influx of American freedom and legal traditions, as well as, of course, the fact that the United States belongs to a family of common law, where the dominant role belongs not to the law, but to judicial precedent. Richard Posner describes such freedom in the introduction to his book using next words:

"Ivan Karamazov said that if God does not exist everything is permitted, and traditional legal thinkers are likely to say that if legalism (legal formalism, orthodox legal reasoning, a 'government of laws not men,' the "rule of law" as celebrated in the loftiest Law Day rhetoric, and so forth) does not exist everything is permitted to judges—so watch out! Legalism does exist, and so not everything is permitted" [8, p. 1].

Historically judicial reasoning in USSC activity has been developing from time to time depending on political, legal, social situation in USA. Of course, the judges had and still have a huge influence on the practice of the court. Therefore we can talk about eras of: Oliver Wendell Holmes Jr., Benjamin Cardozo, Antonin Scalia and many others. But the main advantages for judges were provided by the very judicial system in which they work.

One of the judges of the Supreme Court in Ukraine explained the difference between the judges of the supreme courts of common and civil law in next way (obviously, characterizing how deeply the judges can go in their stated reflections in the court decision and how much can be justified). He compared a continental judge with a train who travels all over the country. While a judge moves along rails everything is fine. However, when there is a specific legal issue that no one faces before (there are no rails for trains)—problems with justification of a decision of this case arise.

A common law judge is like a traveler who has trodden paths throughout the country, to every house. And he or she has every case as individualized as possible, which is reflected in the reasoning of his decisions. But problems arise with the generalization of all positions.

Thus, common-law system creates a lot of advantages for judges to adjudicate reasonable decisions, be open and free in their opinions and ideas. Moreover, it must be said that perhaps an American common law judge bears more responsibility for the validity of his decisions than a continental judge.

2. DEFINING JUDICIAL REASONING IN SUPREME COURTS

In this, almost the main section of this work, we examine the basis for reasoning court decisions, how it is presented. But within the framework of how this section is formulated, it is necessary to comprehensively study three issues that are closely related: what is the function of a judge in a supreme court, what is judicial reasoning, and what are the features of reasoning court decisions of supreme courts.

The role of a judges as it's define Aharon Barak is "to adjudicate the dispute brought before him. In order to do so, the judge must decide the law according to which the dispute will be decided" [1, p. 306]. This global role of the judge, which is characteristic of all judges in the world, is multiplied by the function of the supreme court, which varies in different countries depending on the legal family.

The supreme court in the countries of continental Europe, as a rule, performs the main function during the review of a particular case in cassation or other order—it ensures the unity and development of judicial practice through the prism of protecting human rights. At the same time, in these countries, a special body of constitutional jurisdiction is created (it does not necessarily bear the name of a court), which deals with the consideration of constitutional complaints, interpretation of the constitution and verification of the compliance of legal norms with the provisions of the constitution. In countries of common law, the aforementioned functions of constitutional continental bodies are performed, as a rule, by the country's supreme court. In this context, we have to say that the judges of the supreme courts actually make legal norms, with restrictions imposed by the legal family. Having briefly examined the function of the Supreme Court, let us move on to understanding reasoning.

Judicial reasoning technically comes from judicial interpretation and, embodying in an act of adjudication, represents the justification of the judgment, through the intellectual processing of legal norms, facts and other circumstances.

Speaking about how reasoning works, Antonin Scalia advised to start from thinking syllogistically then this logic will be emerged on the paper:

"Leaving aside emotional appeals, persuasive is possible only because all human beings are born with capacity for logical thought. It is something we all have in common. The most rigorous form of logic, and hence the most persuasive, is the syllogism" [9, p. 41].

There are different theories and forms of reasoning. Speaking about the various theories that were laid in the basis of one or another judicial reasoning, it is necessary to remember about: Francois Geny's method (subjectively persuasive approach), Gustav Radbruch's formula (derogation from legal provisions), Eugene Ehrlich's free searching of the law, Eugene Kontorovich's free law, Oliver Wendell Holmes's Jr. predictive theory, Roscoe Pound's balancing interest, Benjamin Cardozo's nature of the trial, Richard Posner's imaginary construction, Ronald Dworkin's judge Hercules, Antonin Scalia new textualism, Aharon Barak's persuasive interpretation and proportionality, Robert Alexy's dialectic theory of legal reasoning [11, p. 5] etc. Each of these theories is embodied in judicial acts through judicial reasoning.

There are different forms of reasoning approach: deductive (movement in its conclusions from specific to general), inductive (movement in its conclusions from general to specific), abductive (typically occurs in the sciences when one is designed to explain an observed phenomenon and the hypothesis by experimental or other testing [5, p. 152-179]), comparison, analogy (technique allowing to apply the logic of parallel institutions, procedures, norms) etc.

In our opinion, judicial reasoning is the place where approaches to legal interpretation, philosophical views, psychological characteristics, logical calculations and, of course, creativity converge. All of them tirelessly serve-as a basis for judges of

the supreme courts to consider the most important cases and protect the constitutional rights of people.

3. TWO JUDGMENTS—TWO PATHS: COMPARING REASONING IN JUDICIAL DECISIONS OF TWO SUPREME COURTS

In this section we are going to analyze the judicial decision of Federal Constitutional Court of Germany (BVG) and the decision of Supreme Court of United States of America.

"The German federal judicial structure is characterized by the existence of six distinct federal jurisdictions: The Federal Supreme Court, the Federal Administrative Court, the Federal Tax Court, the Federal Social Welfare Court, the Federal Labor Court. In constitutional terms beyond, but in functional terms above all of these five, institutionally separate jurisdictions, is the Federal Constitutional Court" [2, p. 120]. The Federal Constitutional Court, as mentioned earlier, deals with constitutional complaints, considers cases in accordance with certain acts of the German Constitution. Being in the civil law system, the court is actively studying the practice of the US Supreme Court.

The Supreme Court of the United States is the highest court in the federal judiciary of the United States of America. As a common law court, it combines the functions of reviewing cases in cassation, and also considers cases in the light of the compliance of certain acts, actions and omissions with the US Constitution. As a common law court, it's actively studies the practice of the Federal Constitutional Court of Germany, without quoting them.

3.1. Bundesverfassungsgericht and ultra-virus measurement. The decision in the analyzed case was made on May 5, 2020 and concerned the following circumstances. "With their constitutional complaints, the complainants essentially challenge the Public Sector Asset Purchase Programme (PSPP). The complainants further challenge the Corporate Sector Purchase Programme (CSPP). Both programmes are components of the Expanded Asset Purchase Programme (EAPP) of the European System of Central Banks (ESCB). The complainants contend that the

decisions of the European Central Bank (ECB) on which the programmes are based constitute ultra vires acts. They argue that the programmes violate the prohibition of monetary financing (Art. 123(1) TFEU) and the principle of conferral (Art. 5(1) TEU in conjunction with Art. 119, Art. 127 et seq. TFEU). They also assert a violation of the constitutional identity enshrined in the Basic Law to the extent that the programmes infringe the budgetary powers of the German Bundestag" [3]. As a result of a detailed examination of the arguments of the parties, the court voted 7: 1 against satisfying the constitutional complaints.

The decision itself is structured from five blocks, which reflect the collection of facts and the generalization of the arguments of the complainants, the nature of the expected violated rights, the display of the history of the consideration of the case, the argumentation and position of the court. The court in its decision uses different approaches to reason the court decision.

Among the many applied approaches to reason the decision, it is necessary to name: proportionality (balancing among circumstances, consequences, interests of stakeholders, passage 123), comparison (among different levels of normative regulation: from the domestic statutes to EU's acts, even direct links to supranational legal regulation, paragraph 102), analogy (transfer of the logic of legal institutions from the level of the European Union to the national, paragraph 209-216), deduction and induction (can be seen through the whole decision in different parts) etc.

In this decision, there are clear causal links between national, supranational norms, the circumstances of the case, and the adopted modeling of various situations by the court itself. It is striking that the court refers only to the legislative acts of Germany and the European Union, only occasionally recalling the European Court of Justice, which considered related cases with those issues that were established in this case.

Thus, the decision of the Federal Constitutional Court of Germany is characterized by structuredness, clarity of presentation, classical logical techniques of justifying the court's decision are used.

3.2. Supreme Court of the United States of America and the Second Amendment protection. The decision in the case *District of Columbia et al. v. Heller* was made on June 26, 2008 and concerned the following circumstances. "District of Columbia law bans handgun possession by making it a crime to carry an unregistered firearm and prohibiting the registration of handguns; provides separately that no person may carry an unlicensed handgun, but authorizes the police chief to issue 1-year licenses; and requires residents to keep lawfully owned firearms unloaded and disassembled or bound by a trigger lock or similar device. Respondent Heller, a D. C. special policeman, applied to register a handgun he wished to keep at home, but the District refused. He filed this suit seeking, on Second Amendment grounds, to enjoin the city from enforcing the bar on handgun registration, the licensing requirement insofar as it prohibits carrying an unlicensed firearm in the home, and the trigger-lock requirement insofar as it prohibits the use of functional firearms in the home. The District Court dismissed the suit, but the D. C. Circuit reversed, holding that the Second Amendment protects an individual's right to possess firearms and that the city's total ban on handguns, as well as its requirement that firearms in the home be kept nonfunctional even when necessary for self-defense, violated that right" [6]. The analyzed solution is radically different from the German one.

In contrast to the German decision, in the investigated adjudication it can be seen that in the decision wasn't placed the methodological basis. Almost the entire decision is presented as a reflection of the court on the problems that arose during the consideration of the case. During the study of the decision, it is necessary to note two striking circumstances: (1) the court constantly recalls the case-law, including additionally analyzing the history of similar cases; (2) the court more openly (in comparison with the other analyzed decision) sets out the arguments, weighs them, models and interprets legal concepts in certain situations. On the example of this decision, one can objectively see the manifestation of Antonin Scalia's textualism, who also voted for this decision.

In the decision, the court applies such approaches of the reasoning: induction (a study was consistently carried out of the principal legal categories that collectively indicated a violation of the second amendment), comparison (this technique was used in the context of comparing what legal context was put into the second amendment, when it was adopted and what needs to be put into it today, historical comparison), analogy (analysis of legal consequences for related legal categories) etc.

Thus, the decision of the US Supreme Court is more open, judges express their thoughts more freely, constantly appeal not only to their reflections, established concepts, but also to judicial practice.

Conclusion and proposal. Judicial reasoning is the key that allows to make a fair decision, or rather to justify the legal conclusion of the court. This is especially important when it comes to the supreme court of a particular country. As an indicator of further legal development, a supreme court of any country is obliged to make not only balanced and correct decisions, but also reasoned ones that show not only legal conclusions, but also how they came to them.

Within the framework of this work, two decisions of two world-famous courts were theoretically and empirically analyzed. There are the decisions of the Federal Constitutional Court of Germany and the US Supreme Court. These courts were chosen precisely because each of them heads the country's judicial system, considers cases related to the interpretation of the constitution and determines the further fate of not only certain legal norms, but also the fate of the entire system. Each of them is a pointer to the legal movement not only for the region, but for the entire world community. Moreover, the judges of these courts cross-examine each-other case law.

As we saw in the investigated decisions, the courts in the style of judicial reasoning embody certain elements of the legal tradition where they function. Thus, the civil-law court continues to refer to the law, and the common-law court to judicial precedent. At the same time, in the US Supreme Court there is an openness of thinking and their presentation, while the Federal Constitutional Court of Germany is more reserved in its reflections, it is as logical as possible in its statements. Each of the courts

uses comparative knowledge. The Federal Constitutional Court of Germany constantly compares the provisions of national legislation with EU legislation. Moreover, the European integration forces this court to resort to the practice studying of the ECHR and the European Court of Justice. At the same time, the US Supreme Court uses more comparisons in different court precedents. Regardless of the outlined characteristics of the courts, each of them is a model and a cradle of legal culture.

Bibliography

1. Barak A., *The Judge in a Democracy*. USA: Princeton University Press, 2006. 332 p.
2. Bobek M., *Comparative reasoning in European Supreme Courts*. UK:Oxford University Press, 2013. 310 p.
3. Judgment of the Second Senate of 5 May 2020. URL: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200505_2bvr085915en.html. (Дата звернення: 20.03.2021).
4. Cappelletti M., Kollmer P., Olson J. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford: Clarendon, 1989. 417 p.
5. Clarke D., *Judicial Reasoning: Logic, Authority, and the Rule of Law in Irish Courts*. *Irish Jurist*. № 46. 2011. P.152-179.
6. *District of Columbia et al. v. Heller* URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/554/570/>. (Дата звернення: 20.03.2021).
7. Markesinis B. *Judicial Style and Judicial Reasoning in England and Germany*. *The Cambridge Law Journal*. № 2. 2000. P. 294-309.
8. Posner R. *How Judges think*. UK: First Harvard University Press, 2010. 387 p.
9. Scalia A., Garner B. *Making Your Case: The Art of Persuading Judges*. USA: Thompson West, 2008, 245p.

10. The Rule of Law: Checklist. Venice Commission of the Council of Europe Report, 2016. URL: <https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default>. (Дата звернення: 20.03.2021).

11. Карапетов А. Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М.: Статут, 2011. 308 с.

УДК: 342.951:351.82

ORCID: 0000-0001-9613-0181

E-mail: petronoha@ukr.net

Petro P. Noha,
Assistant professor of the Department
Civil, Commercial and Financial Law
(Poltava Law Institute
of the Yaroslav Mudryi National Law
University)

Нога Петро Петрович,
асистент кафедри цивільного,
господарського і фінансового права
(Полтавський юридичний інститут
Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого)

**ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ВСТАНОВЛЕННЯ ЗАБОРОНИ
(ТИМЧАСОВОЇ ЗАБОРОНИ) ТА ПОНОВЛЕННЯ ОБІГУ
ЛІКАРСЬКИХ ЗАСОБІВ НА ТЕРИТОРІЇ УКРАЇНИ**

**ESTABLISHMENT OF A PROHIBITION (TEMPORARY
PROHIBITION) AND RENEWAL OF THE CIRCULATION OF
MEDICINES ON THE TERRITORY OF UKRAINE:
PROBLEMATIC ISSUES**

Анотація. В статті досліджується правове регулювання дій посадових осіб Державної служби України з лікарських засобів та контролю за наркотиками у разі виявлення неякісних, фальсифікованих, незареєстрованих лікарських засобів в ході проведення заходів державного контролю якості лікарських засобів. Автором проаналізовано теоретичні та практичні проблеми заборони (тимчасової заборони) та поновлення обігу лікарських засобів на території України. Акцентовано увагу на законодавчій колізії положень п. 5 ст. 4 Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» № 877-V та п.9 ч. 1 ст. 15 Закону України «Про лікарські засоби» № 123/96-ВР, яка ускладнює правозастосовну практику та запропоновано способи її усунення, зокрема, пропонується встановити виняток із п. 5 ст. 4 Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю)

у сфері господарської діяльності» № 877-V для Державної служби України з лікарських засобів та контролю за наркотиками щодо збереження повноважень стосовно можливості зупинення обігу неякісної та фальсифікованої фармацевтичної продукції. Автором запропоновано визначити на рівні закону порядок заборони повної чи тимчасової обігу лікарських засобів (який на сьогодні визначений наказом Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження Порядку встановлення заборони (тимчасової заборони) та поновлення обігу лікарських засобів на території України» № 809, однак відповідно до ч. 4 ст. 4 Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» № 877-V має визначатися виключно законом). Також автором запропоновано удосконалити чинне законодавство у сфері контролю якості лікарських засобів шляхом виключення з наказу Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження Порядку встановлення заборони (тимчасової заборони) та поновлення обігу лікарських засобів на території України» № 809 формулювання «підозра у фальсифікації» як таке, що підлягає подвійному тлумаченню, та переформулювати підставу для тимчасової заборони обігу лікарських засобів наступним чином – «виявлення серії або серій лікарських засобів, стосовно якої (яких) наявні ознаки фальсифікації».

Ключові слова: державний контроль, обіг лікарських засобів, державний контроль якості лікарських засобів, заборона (тимчасова заборона) та поновлення обігу лікарських засобів, Державна служба України з лікарських засобів та контролю за наркотиками.

Summary. The legal regulation of actions of officials of the State Service of Ukraine on Medicines and Drugs Control in case of detection of substandard, falsified, unregistered medicines in the course of measures of state quality control of medicines are analysed in the article. The theoretical and practical problems of prohibition (temporary prohibition) and renewal of circulation of medicines on the territory of

Ukraine is analyzes the author. The attention is paid to the legislative collision of provisions of paragraph 5 of Art. 4 of The Law of Ukraine “On the Main Principles of State Supervision (Oversight) in the Area of Commercial Activity” No. 877-V and part 9 of Part 1 of Art. 15 of Law of Ukraine “On Medicinal Products” No. 123/96-VR, which complicates law enforcement practice and proposes ways to eliminate it, in particular, it is proposed to establish an exception to art. 4 of The Law of Ukraine “On the Main Principles of State Supervision (Oversight) in the Area of Commercial Activity” No. 877-V for officials of the State Service of Ukraine on Medicines and Drugs Control on the preservation of powers regarding the possibility of prohibition the circulation of substandard, falsified, unregistered medicines. The author proposes to define in laws the order of prohibition of full or temporary circulation of medicines (which is currently defined by the decree of the Ministry of Health of Ukraine No. 809, however, in accordance with Part 4 of Art. 4 of The Law of Ukraine “On the Main Principles of State Supervision (Oversight) in the Area of Commercial Activity” No. 877-V should be determined exclusively by law). The author also proposed to improve the current legislation in the field of quality control of medicines by excluding from the decree of the Ministry of Health of Ukraine No. 809 the wording "suspicion of falsification" as being subject to double interpretation, and to reformulate the grounds for a temporary ban on the circulation of medicines as follows – "detection of a series or series of medicines for which (of which) there are signs of falsification".

Key words: state control, circulation of medicines, state control of quality of medicines, prohibition (temporary prohibition) and renewal of circulation of medicines, the State Service of Ukraine on Medicines and Drugs Control.

Постановка проблеми. Тенденції розвитку фармацевтичного сектору економіки, збільшення кількості лікарських засобів на ринку та підвищення прибутковості від їх реалізації неодмінно призводять до появи неякісної та фальсифікованої фармацевтичної продукції. Лікарські засоби є специфічною продукцією, від якості якої напряду залежать життя та здоров'я населення. До

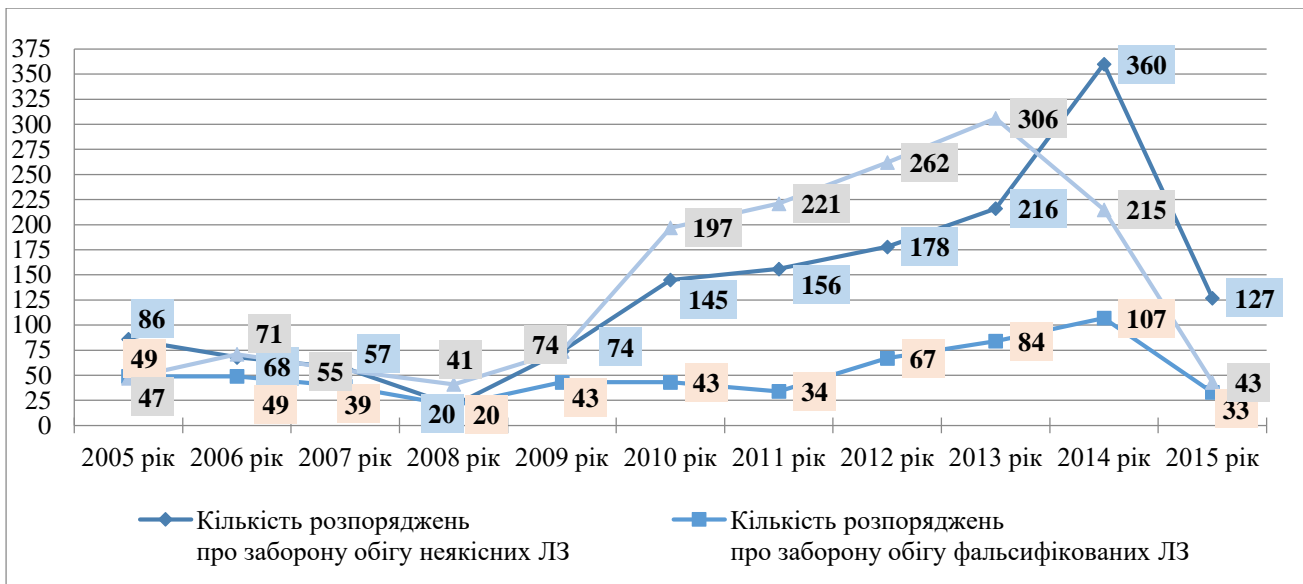
того ж, обіг лікарських засобів пов'язаний із їх застосуванням в мережах державних закладів охорони здоров'я і це підвищує відповідальність держави перед населенням. Усвідомлюючи це, кожна країна у світі намагається побудувати ефективну національну систему контролю якості лікарських засобів, головною метою якої є забезпечення доступу населення до якісної, ефективної, безпечної фармацевтичної продукції. Україна не є виключенням. Однак, в умовах вільної ринкової економіки існує необхідність і у збереженні раціонального балансу між забезпеченням доступу населення до безпечної та якісної фармацевтичної продукції шляхом встановлення системи суворого державного контролю та стимулювання розвитку підприємницької діяльності у фармацевтичній сфері, захистом інтересів суб'єктів господарювання під час здійснення заходів державного контролю. На сьогодні існує гостра необхідність визначити на рівні окремого закону: підстави та порядок відібрання зразків продукції; періодичність проведення перевірок; перелік критеріїв, за яким оцінюється ступінь ризику підприємницької діяльності у сфері охорони здоров'я; підстави, поряд тимчасової чи повної заборони обігу лікарських засобів. Це допоможе уникнути нагромадження нормативного масиву, який постійно перебуває в динаміці та численних законодавчих недоліків у вигляді колізій та неузгодженостей.

Стан опрацювання обраної проблематики, аналіз останніх публікацій та досліджень. Емпіричну основу дослідження становлять вітчизняні нормативні акти, а також матеріали судової та правозастосовної практики, статистичні дані. Теоретичною основою роботи послужили наукові праці: В.М. Пашкова, О.А. Хмельницької, С. В. Васильєва, В. Лазарєва, А. О. Олефіра, А. С. Немченко, Р. І. Подколзіної, Л.Г. Черковської, Л. О. Авраменко, Д. Ю. Скорина, О.П. Бауми, І.С. Чекмана, А.О.Сирова, О. М. Ціборовського, Л. Бардакової, Л. О. Федорової, Н. О. Ветютневої та інших.

Мета дослідження полягає в необхідності виявлення головних теоретичних та практичних проблем, що виникають під час процедури встановлення повної чи тимчасової заборони обігу лікарських засобів.

Виклад основного матеріалу. У випадку, якщо територіальний орган Державної служби України з лікарських засобів та контролю за наркотиками (далі – Держлікслужба) виявив факт обігу в окремому регіоні України фальсифікованих, незареєстрованих, неякісних лікарських засобів, то останній направляє до Держлікслужби припис про зупинення обігу лікарських засобів в області, лабораторний висновок та термінове повідомлення. Надалі Держлікслужба в порядку, передбаченому наказом Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження Порядку встановлення заборони (тимчасової заборони) та поновлення обігу лікарських засобів на території України» (далі – наказ МОЗ № 809), вирішує питання стосовно подальшої долі обігу серії лікарських засобів.

Загалом щомісяця Дежлікслужба видає близько 35 розпоряджень про заборону обігу лікарських засобів [1, с. 78], але більшість з них оскаржувались суб'єктами господарювання та підлягали скасуванню через порушення порядку встановлення заборони (тимчасової чи повної) обігу лікарських засобів. Зокрема, навіть, через порушення першочергової процедури надіслання термінового повідомлення, припису та лабораторного висновку Держлікслужбі від її територіальних органів про виявлення факту обігу неякісної, фальсифікованої продукції. Так, за матеріалами справи № 826/5318/15 Держлікслужба без отримання зазначених вище документів від її територіальних органів та наявних підстав щодо заборони обігу лікарського засобу прийняла відповідне незаконне розпорядження про заборону обігу серії лікарських засобів [2].



Складено автором на підставі [3; 4]. Починаючи з 2014 року почав діяти мораторій на проведення перевірок Держлікслужбою, після його скасування дані не публікувалися.

Для фармацевтичного ринку подібні тенденції, які виражені в статистиці, є негативними, оскільки заборона обігу продукції спричиняє: а) прямі збитки у вигляді знищення товарів, витрати, зумовлені простоем (через зупинку виробництва), в тому числі й витрати на заробітну плату, контрольні заходи, юридичний супровід; б) непрямі збитки у вигляді упущеної вигоди; в) завдання шкоди діловій репутації юридичної особи (моральна шкода). Зважаючи на це, необхідно проаналізувати порядок заборони обігу лікарських засобів та правозастосовну практику на предмет недоліків.

Тож, після отримання повідомлення за п. 4.1.1 наказу МОЗ № 809 Держлікслужба протягом п'яти робочих днів оцінює його на наявність підстав для встановлення заборони (тимчасової заборони) обігу лікарського засобу [69]. У разі наявності таких підстав Держлікслужба видає розпорядження про встановлення тимчасової чи повної заборони обігу серії або серій лікарського засобу. Відповідно у справі № 826/5318/15 цього зроблено не було [2].

За п. 1.3 наказу МОЗ № 809 заборона обігу лікарського засобу - це заборона на виробництво, ввезення на митну територію України, зберігання, транспортування, реалізацію та використання лікарського засобу [5]. Акцентуємо увагу на можливості тимчасової чи повної заборони

Держлікслужбою виробництва³ серії (серій) лікарських засобів як виду господарської діяльності. Такі повноваження Держлікслужби прямо суперечать п. 4 ст. 4 закону № 877-V, в якому закріплюється, що виключно законами встановлюється вичерпний перелік підстав для зупинення господарської діяльності, спосіб та форми здійснення заходів здійснення державного нагляду (контролю) [6]. Іншими словами – вичерпний перелік підстав, за наявності яких може здійснюватися зупинення виробництва серії (серій) лікарських засобів (як одного із виду господарської діяльності), а також процедура та форми таких заходів мають визначатися не на рівні наказу МОЗ України № 809, а на рівні окремого закону.

Разом з тим, суб'єкти господарювання, як правило, не посилаються під час судового розгляду справ даної категорії на п. 4 ст. 4 закону № 877-V. При цьому судді також не враховують цю норму (не дивлячись на принцип офіційного з'ясування всіх обставин у справі, що передбачений ч. 4 ст. 9 КАС України [8]), що на нашу думку, є хибною практикою.

З огляду на вищенаведене, виходячи із принципу офіційного з'ясування всіх обставин у справі, передбаченого ч. 4 ст. 9 КАС України [8], суди за позовами суб'єктів господарювання про визнання протиправним та скасування розпорядження [9] Держлікслужби про зупинення (тимчасове зупинення) обігу (виробництва) лікарських засобів мають визначити, що законами України (як того вимагає ст.4 закону № 877-V) на час розгляду справи стосовно правовідносин, що є предметом судового дослідження, не встановлено випадків, за яких може бути прийнято рішення щодо зупинення господарської діяльності [10]. А отже, суди мають задовольняти подібні позови суб'єктів господарювання.

Зважаючи на це, як нами пропонувалося раніше, порядок встановлення заборони (тимчасової заборони) та поновлення обігу лікарських засобів на

³ За п. 3 постанови КМУ № 920 виробництво лікарських засобів (промислове) - діяльність, пов'язана із серійним випуском лікарських засобів, яка включає всі або хоча б одну з операцій щодо технологічного процесу, контролю якості, видачі дозволу на випуск, а також закупівлю матеріалів і продукції, зберіганням, оптовою торгівлею (дистрибуцією) лікарських засобів власного виробництва [7].

території України [5] необхідно визначити на рівні закону України, як це вимагає ст. 4 закону № 877-V, для того, щоб дії Держлікслужби були законними по відношенню до виробників лікарських засобів у разі зупинення обігу лікарських препаратів.

Крім заборони обігу лікарських засобів, за п. 2.1 наказу МОЗ № 809 Держлікслужба подає до МОЗ України пропозиції щодо прийняття МОЗ України рішення про припинення дії реєстраційного посвідчення відповідного лікарського засобу [5].

За п.3 наказу МОЗ України № 809 підставами для встановлення тимчасової заборони обігу лікарського засобу є: 1) одержання Держлікслужбою повідомлення від її територіальних органів про невідповідність якості лікарських засобів, а саме: а) негативні результати лабораторних досліджень зразків серії або серій лікарських засобів, проведених лабораторіями з контролю якості лікарських засобів із встановленням невідповідностей першого, другого або третього класу⁴; б) виявлення серії або серій лікарських засобу, стосовно якої (яких) виникла підозра у фальсифікації⁵; 2) відсутність позитивного висновку про якість ввезеного в Україну лікарського засобу; 3) надходження від МОЗ України та територіальних органів Держлікслужби повідомлення про

⁴ За п. 1.4. наказу МОЗ України № 809 розрізняють такі класи невідповідностей лікарських засобів: 1) перший клас - невідповідність вимогам, визначеним МКЯ лікарських засобів, що може призвести до виникнення загрози життю людини або тяжких наслідків для її здоров'я, а саме: маркування з помилками у назві та/або дозі лікарського засобу; відсутність стерильності лікарських засобів, які згідно з вимогами повинні бути стерильними; високий рівень аномальної токсичності, пірогенність, наявність механічних включень; наявність в одній упаковці різних лікарських засобів; відсутність у лікарському засобі діючої речовини; хімічна контамінація; фальсифікація лікарських засобів; 2) другий клас - невідповідність вимогам, визначеним МКЯ лікарських засобів, що може спричинити розвиток хвороби або неналежне лікування та не відповідає характеристиці першого класу, а саме: наявність помилок у тексті або у графічному зображенні, які можуть спричинити розвиток хвороби або неналежне лікування; недостатній обсяг інформації або помилкова інформація в інструкції для медичного застосування або листку-вкладці; перевищення рівня домішок, наявність домішок, не зазначених у специфікації на лікарський засіб; невідповідність МКЯ вимогам ДФУ; 3) третій клас - невідповідність вимогам, визначеним МКЯ лікарських засобів, що не може спричинити значної шкоди для здоров'я людини, а саме: відсутність герметичної упаковки нестерильних лікарських засобів; незначні відхилення в маркуванні (невідповідний розмір шрифту, помилка в реєстраційному номері, штрих-код, невідповідності редакційного характеру); невідповідність методів контролю якості лікарських засобів вимогам ДФУ [5].

⁵ За ст. 2 закону № 123/96-ВР фальсифікований лікарський засіб - лікарський засіб, який умисно промаркований неідентично (невідповідно) відомостям (одній або декільком з них) про лікарський засіб з відповідною назвою, що внесені до Державного реєстру лікарських засобів України, а так само лікарський засіб, умисно підроблений у інший спосіб, і не відповідає відомостям (одній або декільком з них), у тому числі складу, про лікарський засіб з відповідною назвою, що внесені до Державного реєстру лікарських засобів України [11].

непередбачувані побічні реакції та/або смерть людини внаслідок застосування серії або серій лікарського засобу до розслідування їх причин; 4) встановлення факту, що показники якості, передбачені методами контролю якості і які є частиною реєстраційного дос'є, не включені в повному обсязі до сертифіката якості власника реєстраційного посвідчення лікарського засобу та/або відсутності сертифіката якості, що видається виробником; 5) отримання від лабораторій з контролю якості лікарських засобів інформації про невідтворюваність методик, передбачених методами контролю якості лікарського засобу [5].

Тимчасова заборона з інших підстав встановлюватися не може. Найчастіше саме ця вимога порушується працівниками Держлікслужби. Наприклад, у справі №826/10894/13-а тимчасову заборону встановлено на підставі звіту про виявлення критичних порушень загального характеру виробництва лікарських засобів [12]. Зрозуміло, що подібне розпорядження було скасовано. Цікаво, що апеляційна інстанція не погодилася із таким твердженням, мотивуючи скасування рішення суду нижчої інстанції тим, що звіт є формою фіксації встановлених у ході інспектування висновків про наявність критичних порушень під час виробництва лікарського засобу [13]. Однак, крім звіту жодного лабораторного аналізу проведено не було, до того ж форма фіксування результатів перевірки у формі звіту не передбачається законом № 887-V, що не враховано в рішенні суду апеляційної інстанції.

Звертаємо увагу на нечіткість та непрозорість формулювання «підозра у фальсифікації». Такі двозначні та непрозорі формулювання не можуть міститися у підставах для тимчасової заборони обігу продукції, оскільки створюють зайву дискрецію для Держлікслужби. До речі, судді в ухвалених постановках не вживають поняття «підозра у фальсифікації» при розгляді справ такої категорії [14], а вживають поняття «ознаки фальсифікації». На наш погляд, потрібно виключити з наказу МОЗ України № 809 формулювання «підозра у фальсифікації» як таке, що підлягає подвійному тлумаченню та

переформулювати підставу для тимчасової заборони обігу лікарських засобів наступним чином – «виявлення серії або серій лікарських засобів, стосовно якої (яких) наявні ознаки фальсифікації» [5]. Крім цього, є необхідним визначити на нормативному рівні ознаки фальсифікації лікарських засобів.

Цікавим фактом є те, що відсутність кримінального провадження і, як наслідок, не встановлення вини осіб у фальсифікації лікарських засобів не є підставою вважати відсутність самого факту встановлення ознак фальсифікації лікарських засобів. Факт наявності ознак фальсифікації лікарських засобів, підтверджується відповідними висновками спеціалізованої лабораторії [14].

Максимальний строк тимчасової заборони не може перевищувати 90 днів (п.1.3 наказу МОЗ України № 809) [5]. Зважаючи на відсутність нормативних вимог до розпорядження про тимчасову заборону обігу лікарських засобів (вимоги до якого встановлюються в діловодстві), Держлікслужба в подібних рішеннях не вказує строк, на який припиняється обіг медичних препаратів, що, на нашу думку, є порушенням прав суб'єктів господарювання та суперечить положенням п. 1.3 наказу МОЗ України (де зазначено тимчасова заборона встановлюється «не більш як 90 днів», а не «на 90 днів» [5]). Як правило, застосовується завжди максимальний строк обмеження обігу лікарських засобів без будь-якого уточнення чи диференціації незалежно від того скільки серій лікарських засобів обмежується в обігу, які існують підстави для такого обмеження. Наприклад, розпорядження від 06.01.2017 р. № 138-1/2.0/171-17 [15].

Після видання розпорядження про тимчасову заборону обігу лікарських засобів Держлікслужба протягом 30 днів проводить лабораторний аналіз зразків серії лікарських засобів, відібраних в обігу та/або виробника, здійснює розслідування шляхів розповсюдження лікарських засобів, стосовно яких виникла підозра у фальсифікації [5]. В свою чергу суб'єкт господарювання

поміщає серію (серії) лікарських засобів в карантин⁶ та виконує інші вимоги, що містяться в розпорядженні.

Тимчасова заборона не означає, що після чи на протязі строку її дії буде встановлена повна заборона обігу лікарських засобів. Це свого роду захід забезпечення, який гарантує, що на момент з'ясування всіх обставин та проведення лабораторних досліджень лікарські засоби, відносно яких існують обґрунтовані підстави вважати їх неякісними, фальсифікованими, незареєстрованими, не будуть перебувати в обігу, а отже не завдадуть шкоди споживачам. Лише за наявності підстав для повної заборони останню буде встановлено.

Обіг лікарських засобів під час тимчасової заборони може бути поновлено або за наявності підстав, передбачених п.3.3 наказу МОЗ № 809 (наявність позитивних висновків лабораторних досліджень), або у випадку спливу строку 90 днів, якщо не було прийнято розпорядження про повну заборону (90-денний строк продовженню не підлягає). Остання підстава прямо не передбачається у тексті наказу МОЗ № 809, однак логічно випливає із його положень. Вважаємо, що у разі спливу строку тимчасової заборони та неприйняття рішення про повну заборону або поновлення обігу лікарських засобів суб'єкт господарювання повинен направити запит до Держлікслужби про можливість поновити обіг серії (серій) лікарського засобу. Для подолання законодавчої прогалини необхідно відобразити це на нормативному рівні (зокрема на рівні п.3.5 наказу МОЗ України).

За п. 3.2 наказу МОЗ № 809 підставами для встановлення заборони обігу лікарського засобу є: 1) негативні висновки щодо якості зразків серії або серій лікарського засобу першого або другого класу невідповідностей за результатами (трьох) лабораторних досліджень, проведених уповноваженими лабораторіями

⁶ За п. 1.3 наказу МОЗ № 809 карантин - статус лікарських засобів, ізольованих фізично або в інший спосіб до одержання від Держлікслужби та її територіальних органів рішення про поновлення обігу таких засобів або вилучення їх з обігу [5]. Це окрема кімната із обмеженим доступом та створенням необхідних умов для збереження якості лікарських засобів.

за направленням посадових осіб Держлікслужби; 2) встановлення за результатами розслідування факту фальсифікації серії або серій лікарського засобу та/або шляхів розповсюдження такої серії лікарського засобу та/або незареєстрованого лікарського засобу; 3) встановлення факту незабезпечення гарантії якості лікарського засобу технологією виробництва та/або методами контролю якості; 4) встановлення факту застосування виробником лікарського засобу складових, не зазначених у реєстраційних документах, або нездійснення контролю якості сировини та готової продукції в обсязі, заявленому в реєстраційному досьє; 5) негативні висновки щодо якості зразків серії або серій підозрюваного у спричиненні смерті, непередбаченої побічної реакції та/або відсутності ефективності лікарського засобу за наявності причинно-наслідкового зв'язку на підставі надходження повідомлень від МОЗ України та/або територіальних органів Держлікслужби; 6) виявлені нові небезпечні для здоров'я та життя людини властивості лікарських засобів [5].

Отже, тимчасова та повна заборона обігу лікарських засобів різняться за підставами та наслідками встановлення.

Як ми бачимо, стадія процесу відбору зразків лікарських засобів для лабораторного аналізу, а також результати лабораторного контролю є надзвичайно важливими, оскільки у випадку негативного результату: а) господарська діяльність у вигляді виробництва лікарських засобів може бути припинена; б) серія (серії) лікарських засобів може бути знищено або тимчасово вилучено з обігу; в) реєстраційне посвідчення лікарського засобу може бути припинено.

Висновки та пропозиції. У роботі наведене теоретичне узагальнення та нове вирішення теоретико-правових завдань дослідження держлікконтролю в обігу, що дозволило сформулювати низку нових положень, висновків, рекомендацій спрямованих на досягнення поставленої в роботі мети:

1. Проаналізовано статистичні дані щодо кількості розпоряджень про повну та тимчасову заборону обігу лікарських засобів. Встановлено, що

більшість з них підлягали скасуванню через відсутність підстав для їх видання. Зроблено висновок, що така тенденція завдає значної шкоди фармацевтичним підприємствам у вигляді прямих та непрямих збитків.

2. Встановлено, що тимчасова та повна заборона обігу лікарських засобів різняться за підставами та наслідками встановлення. Тимчасова заборона - це свого роду захід забезпечення, який гарантує, що на момент з'ясування всіх обставин та проведення лабораторних досліджень лікарські засоби, відносно яких існують обґрунтовані підстави вважати їх неякісними, фальсифікованими, незареєстрованими, не будуть перебувати в обігу, а отже не завдадуть шкоди споживачам. Лише за наявності підстав для повної заборони останню буде встановлено.

3. Встановлено, що, відповідно до ч. 4 ст. 4 закону № 877-V вичерпний перелік підстав, за наявності яких може здійснюватися зупинення господарської діяльності (зокрема виробництва лікарських засобів), має визначатися на рівні закону, а не на рівні наказу МОЗ України № 809. Визначено необхідність у ліквідуванні такої законодавчої невідповідності. Акцентовано увагу, що ані суб'єкти господарювання, ані суди під час розгляду справ стосовно оскарження розпоряджень про встановлення заборони (повної або тимчасової) обігу лікарських засобів не посилаються на невідповідність наказу МОЗ України № 809 приписам ч. 4 ст. 4 закону № 877-V, а отже на невстановленість законом випадків, за яких господарська діяльність може бути зупинена.

4. Встановлено, що через відсутність нормативних вимог до розпорядження про тимчасову заборону обігу лікарських засобів строк такої заборони не визначається в розпорядженні. Така практика, на наше переконання, суперечить положенням п. 1.3 наказу МОЗ України № 809 та порушує права суб'єктів господарювання.

5. Доведено, що у випадку спливу строку тимчасової заборони, якщо не було прийнято розпорядження про повну заборону в суб'єкта господарювання виникає право направити запит до Держлікслужби про можливість поновлення

обігу лікарських засобів. Запропоновано закріпити це право на рівні п.3.5 наказу МОЗ України.

Література

1. Замиховская З. Предпосылки и последствия установления фальсификации лекарств. *Современная фармация*. 2016. № 12. С. 78-80.

2. Постанова Окружного адміністративного суду міста Києва від 10 червня 2015 р., судова справа №826/5318/15. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/44811026>. (дата звернення 18.03.2021).

3. До відома споживачів лікарських засобів (за даними статистики Держлікслужби). URL: <http://www.diklz.gov.ua/control/main/uk/publish/article/1019253;jsessionid=642E94E67F28D1C4462C533FCC34D7AD>. (дата звернення 18.03.2021).

4. Романенко К.В. Державний контроль якості лікарських засобів в Україні. URL: http://www.health.gov.ua/www.nsf/16a436f1b0cca21ec22571b300253d46/1807453ebfce1a72c225814700402f28/%24FILE/_g0n20brg5ts2us1f20mpgbp05vvg0bk05to2uo1f00nmgbp85tk2uk1fe_.pptx&prev=search. (дата звернення 18.03.2021).

5. Порядок встановлення заборони (тимчасової заборони) та поновлення обігу лікарських засобів на території України: затверджено наказом Міністерства охорони здоров'я України від 22.11.2011 № 809 (у ред. наказу від 26.09.2016 р., № 996). *Офіційний вісник України*. 2012. № 11. Ст.429.

6. Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності: Закон України від 05.04. 2007 р., № 877-V. *Відомості Верховної Ради України*. 2007. № 29. Ст. 389.

7. Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з виробництва лікарських засобів, оптової та роздрібної торгівлі лікарськими засобами, імпорту лікарських засобів (крім активних фармацевтичних інгредієнтів): Постанова Кабінету Міністрів України від 30 листопада 2016 р., № 929. *Офіційний вісник України*. 2016. № 99. Ст. 3217.

8. Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 06.07.2005 р., № 2747-IV. Дата оновлення: 15.12.2017. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>. (дата звернення 18.03.2021).
9. Постанова Окружного адміністративного суду міста Києва від 03 березня 2014 р., судова справа № 826/20556/13-а. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/37428771>. (дата звернення 18.03.2021).
10. Постанова Миколаївського окружного адміністративного суду від 01 жовтня 2013 р., судова справа № 814/3953/13-а. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33929160>. (дата звернення 18.03.2021).
11. Про лікарські засоби: закон України від 04.04.1996 р., № 123/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 22. Ст. 86.
12. Постанова Окружного адміністративного суду міста Києва від 05 вересня 2013 р., судова справа № №826/10894/13-а. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33348495>. (дата звернення 18.03.2021).
13. Ухвала Київського апеляційного адміністративного суду від 10 грудня 2013 р., судова справа №826/10894/13-а. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/36058284>. (дата звернення 18.03.2021).
14. Ухвала Київського апеляційного адміністративного суду від 07 липня 2015 р., судова справа № 826/15774/14. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/46530165>. (дата звернення 18.03.2021).
15. Про встановлення тимчасової заборони обігу лікарських засобів: Розпорядження Держлікслужби від 06.01.2017 р., № 138-1/2.0/171-17 (за даними сайту Держлікслужби). URL: <http://www.apteka.ua/article/397525>. (дата звернення 18.03.2021).

УДК: 347.73: 336.02

ORCID: 0000-0002-8067-6769

E-mail: krynytskyy@ukr.net

Ihor Y. Krynytskyi,
Director of the Poltava Law Institute,
Professor of the Department Civil,
Commercial and Financial Law
(Poltava Law Institute
of the Yaroslav Mudryi National Law
University)

Криницький Ігор Євгенович,
директор інституту, професор кафедри
цивільного, господарського
і фінансового права
(Полтавський юридичний інститут
Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого)

ПОДАТКОВО-ПРАВОВА ПОЛІТИКА УКРАЇНИ: ТАКСОНОМІЧНІ АСПЕКТИ

TAX AND LEGAL POLICY OF UKRAINE: TAXONOMIC ASPECTS

Анотація. У презентованій статті розглядається податкова політика як органічна складова фінансової політики, з'ясовується значення та структура зазначеного різновиду публічної політики, наголошується на її комплексному характері. Автор дає визначення податково-правової політики, обґрунтовує потребу у проведенні її класифікації та необхідність суттєвого посилення наукового супроводження відповідних таксономічних аспектів. Порівнюються різні доктринальні підходи до диференціації податкової політики.

Виокремлені основні виміри таксономічного податково-політичного поля (темпоральний, територіальний, суб'єктний, функціонально-інструментальний, предметно-об'єктний). Подальша деталізація зазначених об'єднуючих чинників дозволила конкретизувати класифікаційні критерії наступного (нижчого за рівнем) розподілу та групування в аналізованій сфері. До таких підстав віднесені: предмети оподаткування; галузі та підгалузі економіки; види діяльності; терміни реалізації; масштабність, характер і «горизонт» реалізації мети; ретроспективний

фактор; територія та рівень реалізації; юридичні засоби; домінуючі спеціально-юридичні функції; функції податкового платежу. Також наводяться підстави класифікації податково-правової політики, що мають умовно-автономний характер (зокрема, зміст, елементи податково-правового механізму, місце профільного акту в ієрархії законодавства України, тональність впливу).

Визначені перспективні напрямки наукових розробок таксономічних аспектів податково-правової політики та ефективні вектори впровадження в нашій державі зарубіжного досвіду законодавчого забезпечення окресленої сфери. Запропоновані зміни та доповнення до Конституції України та інших складових вітчизняного податкового законодавства. Аргументована пропозиція щодо включення до курсу підготовки юристів магістерського рівня навчальної дисципліни «Податково-правова політика України».

Ключові слова: фінансова політика, податкова політика, податково-правова політика, класифікація, критерії, податкове законодавство України.

Summary. The presented article reviews the submitted policy as an organized component of financial policy, taking into account its importance and structure, emphasizing its complexity. The author defines the tax legal policy, substantiates the need to verify its classification and the need to significantly strengthen the scientific support of relevant taxonomic aspects. Different doctrinal approaches to tax policy differentiations are compared.

The main dimensions of the taxonomic tax political field (temporal, territorial, subjective, functional-instrumental, subject-object) are distinguished. Further elaboration of these unifying factors allowed to specify the classification criteria for the next (lower level) distribution and grouping in the analyzed area. Such criteria include: taxable items; industries and subsectors of the economy; activities; terms of realization; scale, nature and «horizon» of the goal; retrospective factor; territory and level of realization; legal remedies; dominant special legal functions; functions of tax payment. There are also grounds for the classification of the tax legal policy, which

has a conditionally autonomous nature (content, elements of the tax legal mechanism, the act's place in the hierarchy of legislation of Ukraine; the «tone» of influence).

Perspective directions of scientific developments of taxonomic aspects of tax legal policy and effective vectors of introduction of international experience of legislative maintenance of the outlined sphere are defined. Amendments to the Constitutions of Ukraine and other components of domestic tax legislation are proposed. Reasoned proposal to include in the training of lawyers a master's degree in the discipline «Tax Legal Policy of Ukraine».

Key words: financial policy, tax policy, tax legal policy, classification, criteria, tax legislation of Ukraine.

Постановка проблеми. Публічна фінансова політика є вагомим чинником самого існування сучасного суспільства, рушійною силою подальшого розвитку національної економіки та, врешті-решт, досягнення високого рівня добробуту народу. Вона вже давно відіграє ключову роль у реформуванні державного управління, перший акт подібного спрямування було видано ще 200 років тому (довідка-доповідь Сперанського М.М. «План фінансів» [1, с.35 – 98] затверджена маніфестом імператора у лютому 1810 р.). Значення фінансової політики цілком розуміє і вітчизняний законодавець, не випадково серед небагатьох різновидів політики, що згадуються в Основному законі нашої держави, присутня і фінансова політика (п.3 ст.116 Конституції України [2]). У свою чергу, однією з найважливіших складових публічно-фінансової політики є податкова політика. Такий висновок практично не викликає наукової дискусії в академічному середовищі. Вітчизняні науковці (правознавці, політологи, економісти, соціологи, фахівці з державного управління) щодо аналізованого плюрадисциплінарного феномену переважно схиляються до думки, що особлива вага та специфіка податкової політики не призводять до її самостійності, вона залишається автономним явищем з «орбіти» публічно-фінансової політики. Тобто у правовому розумінні незалежність політики в сфері оподаткування має

умовний характер і не призводить до порушення єдності та цілісності фінансово-правового регулювання.

З огляду на зазначене можемо констатувати, що від фахового формування податкової політики, визначення адекватної стратегії та тактики оподаткування, обрання пріоритетних напрямків податкової реформи та її конструктивної реалізації, а також від результативного моніторингу в окресленій сфері багато в чому залежить ефективне функціонування модерної держави, можливість належного виконання покладених на неї завдань. На особливу вагу податкової політики вказує й вживання цієї категорії в Основному законі нашої держави: як поряд з фінансовою політикою (п.3 ст.116 Конституції України), так і у контексті «єдиної податкової і бюджетної політики України» (п.4 ч.1 ст.138 Конституції України) [2]. Адекватне розуміння вітчизняними парламентарями значення податкової політики призвело до створення десять років тому спеціалізованого комітету – комітету Верховної Ради України з питань фінансів, банківської діяльності, податкової та митної політики [3]. Предмети відання його залишалися відносно стабільними, проте назва змінювалася, чинний варіант – комітет Верховної Ради України з питань фінансів, податкової та митної політики [4] (утворений у такому форматі Верховною Радою України ІХ скликання 29 серпня 2019 р.).

Важливим сегментом проблематики податково-правової політики, що має не тільки суто теоретичну, але й безпосередньо практичну важливість, є визначення об'єктивних критеріїв та проведення на їх підставі класифікації в окресленій сфері. Саме результати фахової систематизаційної роботи дозволять досягнути цілісного уявлення про таке унікальне явище як податково-правова політика; ретельно вивчити її у всіх проявах; виявити й усунути наявні протиріччя та прогалини законодавчого забезпечення; встановити «місце» і час прикладання зусиль, а також обрати специфічний інструментарій задля досягнення максимального позитивного ефекту; впорядкувати чинний масив нормативно-правових актів і зробити зручним користування правовим

матеріалом. При цьому важливо наголосити, що проведення класифікаційної роботи у наведеному контексті є об'єктивною потребою, у будь-якому разі поділ та групування не повинні стати самоціллю дослідника.

Водночас, аналіз вітчизняної фінансово-правової доктрини та чинного податкового законодавства України, дозволяє нам стверджувати, що окреслений сектор є чи не найменш дослідженим та законодавчо забезпеченим. Фактично як науковці, так і законотворець уникають вирішення наявних проблемних моментів. Подібна ситуація провокує певну довільність податково-політичних рішень, що враховуючи комплексність аналізованої категорії вкрай негативно відбивається на правозастосуванні в сфері оподаткування. Відповідно, наукове супроводження таксономічних аспектів податково-правової політики потребує суттєвого посилення.

Стан опрацювання обраної теми, аналіз останніх публікацій та досліджень. У контексті обраного вектору наукового пошуку передусім слід згадати фундаментальні роботи академіків НАПрН України Воронової Л.К. та Кучерявенка М.П. Вони стануть у нагоді досліднику в опануванні будь-якого аспекту фінансової та податкової політики. На рівні докторської дисертації аналіз державної податкової політики України зовсім нещодавно здійснили Чайка В.В. (2018 р.) [5] та Пирога І.С. (2019 р.) [6]. Натомість, наведені автори зосереджувалися або на комплексному та системному аналізі правових форм реалізації державної податкової політики України на сучасному етапі (Чайка В.В.), або на аналізі теоретико-правових питань податкової політики, критеріях її формування, реалізації та адаптації до законодавства ЄС (Пирога І.С.). Класифікаційних аспектів правової політики вони торкалися похапцем, переважно рухаючись у традиційному руслі диференціації (поділі на зовнішню та внутрішню). Зазначимо, що подібний «спрощений» підхід до складних систематизаційних моментів податкової політики взагалі є притаманним для вітчизняних монографічних робіт з правознавства. До такого висновку нас призводить і аналіз небагатьох робіт рівня кандидатської дисертації,

присвячених різноманітним проявам податкової політики. Так, в дисертації Печуляка В.П. (2005 р.) [7] автор досліджує здійснення державної податкової політики в Україні через призму адміністративно-правової науки, в дисертації Удяка В.І. (2016 р.) [8] науковець зосереджується на аналізі фінансово-правової компетенції органів державної влади України у сфері податкової політики. Вивчення зазначених робіт дозволяє констатувати, що класифікаційна проблематика податкової політики не викликає зацікавленості у наведених правників. Водночас зауважимо, що така предметна «байдужість» не є хибною окреслених наукових робіт, а скоріше свідчить про обрані дослідниками пріоритети.

Різнноманітних аспектів податкової політики (зокрема, і таксономічних) торкалися в своїх дисертаційних роботах представники інших суспільних наук. З кандидатських дисертацій, захищених в останні роки, можна назвати роботи економістів: Романюти Е.Е. (2017 р.) [9], Тидір Н.І. (2020 р.) [10], а також представників наук з державного управління: Кашпур Л.М. (2016 р.) [11], Курносова О.В. (2018 р.) [12], Смаглюк В.В. (2017 р.) [13]. Натомість, знову ж таки, необхідно зауважити, що класифікаційні моменти податкової політики ними розглянуті по дотичній, спеціалізовані монографічні дослідження з цієї тематики наразі відсутні. Головним чином питання диференціації у контексті податкової політики знаходять висвітлення в окремих наукових статтях та навчальних посібниках, при цьому рівень конфронтаційності підходів, реалізованих вітчизняними вченими є досить високим, адже, наприклад, політику максимальних податків одні фахівці визначають як модель [14, с.5], інші як форму [15, с.38], тип [16, с.28] або навіть як вид [17, с.83 – 84] податкової політики.

Сподіваємося, що представлена стаття призведе до загострення наукової дискусії навколо таксономічних аспектів податково-правової політики, дозволить привернути увагу вітчизняних науковців до окреслених моментів і відійти від їх спонтанного пізнання на користь системного осмислення

диференційних критеріїв, слугуватиме оновленню відповідних положень доктрини українського фінансового права.

Метою статті є науковий аналіз податкової політики як інтегрованого феномену сучасного суспільного життя, дослідження таксономічних аспектів податково-правової політики, проведення групування критеріїв класифікації в окресленій сфері, побудова відповідних теоретичних конструкцій та визначення ефективних векторів їх реалізації в законотворчій діяльності та правозастосовній практиці.

Виклад основного матеріалу. Сучасна податкова політика є багатоаспектним явищем, що знаходиться на перетині державної, соціальної, економічної, інформаційної та правової політики. І саме податково-правова політика, на відміну від інших складових податкової політики (податково-комунікаційної, податково-інформаційної, податково-виховної, податково-просвітницької тощо), є надзвичайно вагомою, адже через неї держава безпосередньо впливає на економіку, на суспільство. У цілому підтримуючи тезу: «Сутність податково-правової політики полягає у формуванні, детермінації і використанні насамперед правових засобів як найбільш вдалих способів організації податкової діяльності держави» [18, с.6 – 9], зауважимо, що в цьому різновиді правової політики взаємозалежність права і політики досягає максимального рівня. При цьому, на наш погляд, мова йдеться не про вдалість або зручність вжиття правового інструментарію, а про імперативність конституційних приписів щодо застосування саме його при прийнятті принципових рішень. Також важливо наголосити на тому, що у сфері оподаткування такі рішення реалізуються не просто через систему законодавства або систему податкового законодавства, а належать до сфери регламентації виключно Податкового кодексу України.

Зазначений характер податково-правової політики зумовлює потребу в здійсненні її структурування, у виокремленні та об'єктивному аналізі різноманітних аспектів. При цьому, на нашу думку, виходити потрібно з

розуміння податково-правової політики як комплексного політико-правового феномену, що заснований на пануючих у суспільстві ідеях, на вироблених концептуальних настановах, владного універсального регулятора суспільно-економічних відносин, що становить систему активних, цілеспрямованих, послідовних, планових дій передусім держави та органів місцевого самоврядування в сфері оподаткування з досягнення оптимального балансу функцій податкового платежу та гарантування фінансового суверенітету України.

До основних вимірів класифікаційного податково-політичного поля, на нашу думку, можна віднести: а) предметно-об'єктний; б) темпоральний; в) територіальний; г) суб'єктний; д) функціонально-інструментальний. Подальше опрацювання зазначених єднаючих факторів дозволить нам конкретизувати таксономічні напрями розподілу і виокремити (з дотриманням правила співмірності) підстави поділу та групування наступного (нижчого) рівня в аналізованій сфері.

Так, вважаємо, що виходячи з предметно-об'єктного чинника можна виокремити наступні критерії класифікації податково-правової політики.

Предмети оподаткування. Не поринаючи в наукову дискусію щодо співвідношення об'єкта та предмета податкового платежу, зауважимо, що, на нашу думку, до предметів оподаткування можна віднести: доходи; прибуток; майно; товари; операції з постачання товарів (робіт, послуг); обороти з реалізації товарів, (робіт, послуг) тощо. Відтак, вважаємо, що назва та текст статті 22 Податкового кодексу України [19] потребує корекції у прив'язці саме до правової категорії «предмет податкового платежу», також пропонуємо правовій регламентації об'єкту оподаткування (як предмету, що розглядається через призму юридичного факту) присвятити окрему спеціалізовану статтю Кодексу (статтю 22¹). У розрізі диференціації податково-правової політики зазначена класифікаційна ознака дозволяє виокремити, наприклад, податково-майнову або податково-прибуткову правову політику.

Галузі та підгалузі економіки. Використання наведеної підстави поділу та групування дозволяє вирізняти податково-правову політику в промисловості, в транспорті, в сільському господарстві, в будівництві, в торгівлі тощо. Виокремлення окреслених різновидів податкової політики дозволить врахувати не тільки специфіку певної господарської діяльності, але й її значення в конкретний історичний період, потребу в реформуванні тощо. У цьому контексті можна запропонувати й інший галузевий аспект диференціації податково-правової політики – в залежності від групування галузей економіки на законодавчому рівні. Так, стаття 261 Господарського кодексу України [20] передбачає їх поділ на галузі матеріального виробництва та галузі нематеріального виробництва (невиробничу сферу). Інший підхід демонструє уряд нашої держави, адже розпорядженням Кабінету Міністрів України від 14 серпня 2013 р. №843-р [21] затверджено перелік пріоритетних галузей економіки (включає такі складові: агропромисловий комплекс, житлово-комунальний комплекс, машинобудівний комплекс, транспортну інфраструктуру, курортно-рекреаційну сферу і туризм, переробну промисловість).

Види діяльності. Вважаємо, що в залежності від зазначеного критерію припустимо виокремлення екологічної, інноваційної, інвестиційної податково-правової політики. Зрозуміло, що наведений перелік не є вичерпним. Визначальним у такому групуванні є характер діяльності, адже вона є не тільки новаторською, затребуваною, суспільно-корисною, але і передбачає особливий порядок фінансування.

У контексті темпорального діапазону також можна навести низку критеріїв класифікації податково-правової політики.

Термін реалізації (тривалість). Враховуючи окреслений часовий параметр, заслуговує на увагу її розмежування на наступні три різновиди: короткострокову (розрахована на один календарний рік), середньострокову (період втілення встановлений від 2 до 5 років) та довгострокову (тривалість сягає понад 5 років).

Масштабність, характер і «горизонт» реалізації мети. Йдеться про три складових, які тісно пов'язані. Керуючись зазначеною підставою податково-правову політику можна підрозділити на стратегічну (є довгостроковою і може мати як самостійний характер, так і слугувати компонентом засадничих документів, наприклад, Стратегії Міністерства фінансів України) і тактичну. За певними обмовками до цього поділу можна включати і оперативну податково-правову політику. Зрозуміло, що втілення наведених різновидів політики потребує постановки і вирішення відповідних завдань.

Ретроспективний фактор. Формування та реалізація податково-правової політики в конкретний період розвитку держави має свої суттєві особливості. Отже, історичний аспект дозволяє виділити, наприклад, податково-правову політику часів Російської імперії або податково-правову політику радянської влади на українських землях. У свою чергу, впродовж зазначених періодів вона може принципово різнитися. Так, подальша диференціація податково-правової політики соціалістичної доби дозволяє виокремити податково-правову політику, зокрема, часів воєнного комунізму, нової економічної політики, другої світової війни, розвиненого соціалізму тощо.

Зважаючи на такий об'єднуючий фактор як територіальність передусім варто згадати досить розповсюджений поділ політики (зокрема, і податкової) на зовнішню та внутрішню. Крім наукового середовища таке структурування знайшло сприйняття і у вітчизняного законодавця (див. Закон України «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» [22]). Щоправда, подібне розмежування, враховуючи на його дещо загальний характер, потребує конкретизації, подальшого пошуку підстав подібності. До таких «просторових» критеріїв класифікації податково-правової політики насамперед варто віднести *територію та рівень реалізації*.

Спираючись на окреслені підстави поділу та групування можливо здійснити диференціацію внутрішньої податкової політики за периметром та «поверхом» її втілення на: а) державну (макрорівень); б) регіональну

(мезорівень). При цьому, виходячи з чинного законодавства України, регіоном слід вважати територію Автономної Республіки Крим, області, міст Києва та Севастополя [23]; в) місцеву (мікрорівень). У свою чергу, міжнародна податкова політика в залежності від даних критеріїв може належати до: а) світової (має глобальний, тотальний характер. Така політика, наприклад, формується та реалізується на рівні ООН); б) уніальної, союзної (має умовно-обмежений характер, реалізується у стосунках з конкретними міждержавними угрупованнями, об'єднаннями держав, наприклад, з ЄС, ОЕСР або ГУАМ); в) двосторонньої (має обмежений характер, слугує гармонізації відносин України в сфері оподаткування з обраною державою-партнером). При цьому важливо зауважити, що окрім території та рівня реалізації наведені різновиди різняться ще й правовими формами втілення. Так, на відміну від внутрішньої (національної) податково-правової політики для зовнішньої (міжнародної) податково-правової політики чи не найбільш актуальною формою реалізації слугує адаптація податкового законодавства України до законодавства Європейського Союзу. Особливу роль при цьому відіграє договірно-правова форма втілення зовнішньої податкової політики (вкраплення до національного законодавства чинних двох- та багатосторонніх міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України).

Суб'єктний вимір, як вектор прикладання зусиль дослідника-класифікатора, зумовлює пошук підстав однорідності різновидів податково-правової політики передусім виходячи з їх *спеціальної компетенції*. У зазначеному контексті слід виокремлювати податково-правову політику в залежності від суб'єктів її формування, реалізації та моніторингу. Переважно, це органи, які вчиняють владний (домінуючий) вплив в аналізованій специфічній сфері. Також до зазначеної діяльності (яка, до речі, завжди має активний характер) долучається широке коло інших суб'єктів (вчені, експерти, громадські активісти, політики, законотворці, судді тощо). Ключове місце в окресленому розрізі посідають органи, що наділені відповідними повноваженнями (Верховна

Рада України, Президент України, Кабінет Міністрів України, Міністерство фінансів України та інші органи виконавчої влади, Рахункова палата, місцеві ради та інші органи місцевого самоврядування у межах делегованих державою владних повноважень, Конституційний суд України). Отже, керуючись цими критеріями, можна здійснити подальший поділ податково-правової політики на таку, яку здійснюють: а) загальнодержавні, регіональні та місцеві органи влади; б) органи законодавчої, виконавчої або судової влади тощо. Принагідно відзначимо, що відповідна компетенція владних суб'єктів закріплена у чинному законодавстві України та її довільне («широке» або «вузьке») тлумачення є неприпустимим.

Водночас необхідно зауважити, що досі як у вітчизняній фінансово-правовій теорії, так і в чинному законодавстві України відсутнє однозначне вирішення «персонального» питання – хто і на якій підставі має право формувати, змінювати, реалізовувати податково-правову політику, здійснювати моніторинг її проведення? Основний закон нашої держави містить тільки вказівку на Уряд як орган, що забезпечує проведення податкової політики. Вирішення інших аспектів компетенції в окресленій сфері на рівні Конституції України законотворець уникає. Брак законодавчої регламентації провокує колізійність у зазначеній сфері і не сприяє досягненню очікуваних результатів. Наявні прогалини законодавчого забезпечення провокують вкрай дискусійні пропозиції на кшталт: розробити на рівні Кабінету Міністрів України «Загальнодержавну Концепцію реформування податкової політики» [8, с.12]. Вважаємо, що логіка побудови структури та тексту Конституції України повинна призвести до закріплення в Основному законі всього комплексу питань суб'єктного складу податково-правової політики. Виходячи з положення п.3 ст.116 Конституції України [2] в ній доцільно передбачити надання повноважень конкретним органам на формування, реалізацію та моніторинг податкової політики. На наш погляд, ексклюзивне право на формування національної фінансової та податкової політики повинно належати Верховній Раді України.

Таке рішення буде цілком логічним зважаючи на закріплену в нашій країні на конституційному рівні парламентсько-президентську форму державного правління.

До «зони відповідальності» такого об'єднуючого чинника як функціональний-інструментальний належать кілька класифікаційних критеріїв податково-правової політики (юридичні засоби, домінантні спеціально-юридичні функції, функції податкового платежу).

Юридичні засоби. Спектр правового знаряддя завдяки якому реалізується податкова політика є доволі широким. Окреслена підстава групування та поділу дозволяє виокремити, наприклад, зобов'язуючу, заборонну, каральну і заохочувальну податково-правову політику. На особливу увагу у контексті окресленого позиціонування заслуговує пільгова політика в сфері оподаткування.

Домінантні спеціально-юридичні функції (головні напрямки правового впливу на суспільні відносини). Залежно від обраних пріоритетних векторів прикладання зусиль можна виділити праворегулюючу і правоохоронну податкову політику.

Функції податкового платежу. В науковій літературі можна зустріти розмежування податкової політики за функціональною ознакою на фіскальну і регулюючу [17, с.83, 85], на фіскальну, регулюючу, контрольню-регулятивну, комбіновану [24, с.81 – 83]. Вважаємо, що такий поділ не відповідає об'єктивному розумінню правової природи податкового платежу, адже податок і збір – це передусім фіскальні важелі, вони існують задля наповнення казни, всі інші функціональні аспекти у цьому контексті є другорядними. Головним призначенням податкового платежу і податкової політики є формування доходної частини бюджетів за рахунок обов'язкових платежів податкового характеру. Саме окреслений вектор прикладання зусиль є пріоритетним і цілком відповідає назві аналізованого різновиду державної політики – податкова. Відповідно дистанціювання від мобілізуючої (акумулюючої) функції

податкового платежу, від фіскального спрямування податково-правової політики призведе до викривлення їх природних функціональних орієнтирів. Тобто у розрізі окресленого таксономічного критерію доцільно вести мову про виділення фіскальної податково-правової політики та складових, що мають бінарний (комплексний) характер. Їх ключовим й обов'язковим компонентом стане саме фіскальна складова. Реалізація зазначеного підходу дозволить виокремити, наприклад, фіскально-регулюючу, фіскально-контрольну політику. Єдиним виключенням з наведеного правила, на нашу думку, є податково-пільгова політика, в силу низки факторів вона скоріше виступає антифіскальним важелем. Натомість саме завдяки єднанню зазначених складових можливо досягнути оптимального фінансового ефекту, добитися структурної перебудови економіки, а також дійти компромісу між економічною ефективністю і соціальною справедливістю.

Також можна навести класифікаційні ознаки податково-правової політики, що не входять до наведених нами умовних блоків і мають відносно автономний характер.

Зміст. В залежності від змістовного наповнення аналізований різновид публічної політики можна диференціювати на матеріальну (торкається проблематики податкової системи), процесуальну (стосується питань податкової процедури) та універсальну («зоною» прикладання зусиль в такому разі виступає вся система оподаткування). На практиці податково-правова політика повинна були комплексною, гармонійно охоплювати повний спектр публічного впливу в податковій царині.

Тональність впливу (атмосфера правового поля). Податково-правова політика, зазвичай, спрямовується на стимулювання певного сегменту суспільних відносин, підтримку конкретного регіону (її можна назвати прогресивною) або на їх пригнічення (регресивною). Так, з одного боку, вона може бути розрахована на інтенсифікацію інноваційної або інвестиційної діяльності (на прихід до вітчизняної економіки іноземних інвесторів,

міжнародних фінансових інституцій тощо), на підтримку малих або енергозберігаючих підприємств, на розвиток визначених територій і забезпечення їх випереджаючого розвитку; з іншого боку – на придушення тіньової економіки, на мінімізацію грального бізнесу, на блокування різноманітних кризових явищ. Тобто у першому випадку влада схвально відноситься до діяльності суб'єктів, і ми отримуємо публічний вплив в сфері оподаткування зі знаком «+», в іншому – діяльність суб'єктів заслуговує на осуд, відповідно, для них створюються несприятливі умови, в результаті владний вплив щодо цієї діяльності має негативний характер (зі знаком «-»). Що ж до можливої нейтральності податково-правової політики, то зауважимо, що таке «стояння на місці» навряд чи варто застосовувати в наших вітчизняних реаліях, адже подібний підхід призведе до загострення кризових явищ в соціально-економічному житті (як мінімум до стагнації в економіці).

Елементи податково-правового механізму. В залежності від обрання законодавцем в якості пріоритетних тих чи інших складових правового механізму податкового платежу, правову політику у сфері оподаткування можна поділяти на податково-пільгову, податково-облікову, податково-контрольну, податково-звітну тощо.

Місце профільного акту в ієрархії законодавства України. Вітчизняний законотворець приділяє значну увагу регламентації податкової політики. Зокрема, вона певною мірою здійснюється на рівні Основного Закону нашої держави. Ми вже згадували пункт 3 статті 116 Конституції України [2], що покладає на Кабінет Міністрів України обов'язок із забезпечення проведення податкової політики, при цьому відокремлює її від фінансової, цінової та інвестиційної політики. На нашу думку, групу приписів, присвячених регламентації фінансової та податкової політики, варто закріпити в спеціалізованому розділі Конституції України (робоча назва «Публічні фінанси»). Подібні складові наявні, наприклад, у Конституції Швеції (глава 9. «Фінансова влада») [25], в Конституції Португальської Республіки (розділ IV

частини II. «Фінансова і фіскальна системи») [26], в Конституції Великого Герцогства Люксембург (глава VIII. «Про фінанси») [27]. А Конституція Республіки Білорусь не тільки містить розділ VII. «Фінансово-кредитна система Республіки Білорусь», але й положення про те, що на її території проводиться єдина податкова політика (ч.2 ст.132) [28]. Подальшу деталізацію законодавчого забезпечення податково-правової політики варто здійснювати на кількох «поверхах». Передусім пропонуємо ввести до структури вітчизняного законодавства Конституційний закон «Основи фінансового законодавства» або «Про публічні фінанси» (детальніше про нашу позицію щодо конституційних законів див. [29; 30]). Вважаємо, що окремий розділ цього специфічного законодавчого акту доцільно присвятити суто податковій політиці.

Натомість наразі різноманітні класифікаційні аспекти податково-правової політики регламентуються на рівні законів України (ординарних законів) та підзаконних актів. Зокрема, певна конкретизація наведеного конституційного припису здійснюється в Законі України «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» [22]. Так, абзац 4 частини 1 статті 7 наведеного Закону відносить до основних засад внутрішньої політики в економічній сфері проведення стабільної, раціональної та справедливої податкової політики, яка передбачає зниження податкового навантаження на економіку з розширенням бази оподаткування. Водночас, у Податковому кодексі України не тільки відсутнє визначення категорій «податкова політика» або «податково-правова політика», вони взагалі не згадуються в цьому профільному кодифікованому акті. Однак перша редакція Закону Української Радянської Соціалістичної Республіки «Про систему оподаткування» містила статтю 1. Правова політика Української РСР [31]. Згодом підхід вітчизняного законодавця змінився й починаючи з редакції закону №3904-ХІІ від 2 лютого 1994 р. [32] ні в назві статті 1, ні взагалі в тексті наведеного закону категорія «податкова політика» та похідні від неї не використовувалися. Натомість у деяких пострадянських країнах реалізовано інший підхід. Так, Кодекс Республіки Казахстан «Про податки та інші

обов'язкові платежі в бюджет (Податковий кодекс)» [33] містить окрему статтю (ст.11), присвячену регламентації податкової політики. Вважаємо, що для початку вітчизняному законотворцю доцільно прийняти хоча б аналогічне рішення.

Верховна Рада України намагалася врегулювати питання податкової політики і на рівні постанов парламенту [34; 35; 36]. Водночас, варто визнати, що вони лише демонстрували наміри парламентарів. Результативність подібних рішень є вкрай низькою зважаючи на їх загальний або «технологічний» характер, а також на рівень імперативності цього різновиду нормативно-правових актів. Регламентація податкової політики здійснювалася й на рівні: а) указів Президента України [37]. При цьому окремі науковці намагаються приблизити роль президента на стадії формування податкової політики. Так, стверджується, що на цій стадії він вибирає аналогову модель, а уряд розробляє форму податкової політики, тобто надає досить абстрактній (загально концептуальній) моделі конкретний національний зміст [38, с.45]. На нашу думку, наведена позиція є хибною, адже жодних подібних повноважень у Президента України немає; б) постанов [39; 40] та розпоряджень [41] Кабінету Міністрів України. Особливе місце в зазначеному контексті посідають програмні документи громадських організацій та політичних партій, Проте, навіть у разі перемоги у виборчих перегонках, такі політико-правові акти правлячих партій слугують тільки орієнтиром. Зазвичай вони мають декларативний характер. До того ж, як правило, не містять об'єктивного визначення дійсних цілей, а тим більше форм реалізації проголошених завдань, напрямків використання правового інструментарію.

Важливо зауважити, що підзаконне нормативно-правове регулювання податкової політики (зокрема, її таксономічних аспектів) у перспективі слід розглядати як виключення. На наш погляд, окреслений комплекс питань повинен регламентуватись на рівні законодавства України (в його «вузькому» розумінні). Задля цього необхідно передбачити чітку й струнку концепцію законодавчого

забезпечення податково-правової політики (зараз вона відсутня, що призводить до певної хаотичності та низької результативності законотворчої діяльності з окреслених питань). Схематично її можна визначити наступним чином: найвищий щабель – Конституція України, наступний рівень – Конституційний закон, ще нижче – ординарні закони (передусім Податковий кодекс України).

На завершення нашого дослідження звернемо увагу ще на один момент, дотичний до пошуку класифікаційних критеріїв податково-правової політики – відсутність у навчальних програмах вітчизняних закладів вищої освіти такої дисципліни як «Податково-правова політика». Водночас, слід зазначити, що близький за змістом предмет «Податкове право і податкова політика» викладається в Університеті Кардинала Стефана Вишинського у Варшаві. У Харківському національному економічному університеті імені Семена Кузнеця студенти вивчають дисципліну «Податкова політика та податкове регулювання», в Харківському гуманітарному університеті – «Сучасні проблеми податкової політики». Вважаємо, що доцільно включити до курсу підготовки юристів магістерського рівня (першого року навчання) навчальну дисципліну «Податково-правова політика України». На наш погляд, правові аспекти податкової політики (зокрема, таксономічні) варто вивчати і в межах сертифікованих програм подібних до «Податкового юриста», що реалізується кафедрою фінансового права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого. Таким чином студенти зможуть отримати чітке уявлення про наявні проблемні моменти правового забезпечення податкової політики та про ефективні шляхи їх подолання.

Висновки та пропозиції. З огляду на викладене можемо зробити наступні висновки та узагальнення. Проведення класифікації податково-правової політики є нагальною потребою сьогодення враховуючи на її особливе значення, багатоаспектність і комплексність. Саме об'єктивний таксономічний аналіз цього різновиду публічної політики дозволить забезпечити адекватне наукове супроводження та законодавче забезпечення аналізованого феномену; обрати

відповідні вітчизняним реаліям види податково-правової політики; належним чином використати наявний правовий інструментарій.

До основних вимірів класифікаційного податково-політичного поля належать: суб'єктний, темпоральний, предметно-об'єктний, територіальний, функціонально-інструментальний. Коло критеріїв поділу та групування податково-правової політики, що не входять до окреслених умовних блоків і мають відносно автономний характер складають: зміст, тональність впливу, елементи податково-правового механізму, місце профільного акту в ієрархії законодавства України).

Доцільно побудувати нову концепцію законодавчого забезпечення податково-правової політики (зокрема, її таксономічних аспектів), внести відповідні зміни та доповнення до вітчизняного податкового законодавства. Навчальний план підготовки юристів за другим (магістерським) рівнем та сертифікаційних програм податково-правового спрямування варто розширити за рахунок включення дисципліни «Податково-правова політика України».

Література

1. У истоков финансового права. Том 1. М.: Статут (в серии «Золотые страницы российского финансового права»), 1998. 432 с.
2. Конституція України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1996. №30. Ст.141.
3. Постанова Верховної Ради України «Про внесення змін до деяких постанов Верховної Ради України» від 3 березня 2011 р. №3085-VI. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2011. №25. Ст.203.
4. Постанова Верховної Ради України «Про перелік, кількісний склад і предмети відання комітетів Верховної Ради України дев'ятого скликання» від 29 серпня 2019 р. №19-IX. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2019. №35. Ст.147.

5. Чайка В.В. Правові форми реалізації державної податкової політики України: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.07. Ірпінь: Університет державної фіскальної служби України, 2018. 484 с.

6. Пирога І.С. Податкова політика як інструмент забезпечення соціально-економічного розвитку України: теоретико-правові питання: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.07. Ужгород: Ужгородський національний університет, 2019. 412 с.

7. Печуляк В.П. Здійснення державної податкової політики в Україні (організаційно-правові аспекти): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ: Київський національний торговельно-економічний університет, 2005. 201 с.

8. Удяк В.І. Фінансово-правова компетенція органів державної влади України у сфері проведення податкової політики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Ірпінь: Національний університет державної податкової служби України, 2016. 20 с.

9. Романюта Е.Е. Міжнародна конкуренція податкових систем та політика оподаткування України в контексті євроінтеграції: автореф. дис. ... канд. екон. наук: 08.00.02. Тернопіль: Тернопільський національний економічний університет, 2017. 20 с.

10. Тидір Н.І. Податкова політика в умовах формування соціальної економіки: автореф. дис. ... канд. екон. наук: 08.00.03. Київ: Вищий навчальний заклад «Національна академія управління», 2020. 24 с.

11. Кашпур Л.М. Удосконалення податкової політики в умовах розвитку громадянського суспільства в Україні: дис. ... канд. наук з держ. упр.: 25.00.02. Київ: Національна академія державного управління при Президентові України, 2016. 207 с.

12. Курносів О.В. Удосконалення механізмів державної податкової політики в Україні: дис. ... канд. наук з держ. упр.: 25.00.02. Миколаїв: Чорноморський національний університет імені Петра Могили, 2018. 243 с.

13. Смаглюк В.В. Вплив державної податкової політики на формування середнього класу: світовий досвід для України: автореф. дис. ... канд. наук з держ. упр.: 25.00.02. Запоріжжя: Класичний приватний університет, 2017. 20 с.
14. Податкова політика та податкове регулювання. Робоча програма навчальної дисципліни. Харків: ХНЕУ ім.С.Кузнеця, 2018. 10 с.
15. Свердан М.М. Податкова політика держави та її вплив на економічне зростання. *Фінанси України*. 2015. №2. С.36 – 41.
16. Иванов Ю.Б., Тищенко А.Н. Современные проблемы налоговой политики: Учебное пособие. Харьков: ИД «ИНЖЭК», 2006. 328 с.
17. Податкова система: Навчальний посібник / [Баранова В.Г., Дубовик О.Ю., Хомутенко В.П. та ін.]; за ред. В.Г.Баранової. Одеса: ВМВ, 2014. 344 с.
18. Матузов Н.И. Актуальные проблемы теории права: монография. Саратов: Саратовская государственная академия права, 2003. 425 с.
19. Податковий кодекс України. *Голос України* від 4 грудня 2010 р. №229, №229 – 230.
20. Господарський кодекс України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2003. №18, №19 – 20, №21 – 22. Ст.144.
21. Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліку пріоритетних галузей економіки» від 14 серпня 2013 р. №843-р. *Офіційний вісник України*. 2013. №85. Стор.106. Ст.3159. Код акту 69676/2013.
22. Закон України «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики». *Офіційний вісник України*. 2010. №55. Стор.17. Ст.1840. Код акта 52052/2010.
23. Закон України «Про засади державної регіональної політики». *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2015. №13. Ст.90.
24. Бечко П.К., Лиса Н.В. Податковий менеджмент: навч. посіб. Київ: Центр учбової літератури, 2009. 288 с.
25. Sveriges Grundlagar och Riksdagsordningen 1995. Stockholm, 1995.
26. Diário da República, №155, de 8 de Julho de 1989.
27. Constitution. Texte cordonne et Jurisprudence. Luxembourg, 1995.

28. Конституция Республики Беларусь. URL: <https://pravo.by/pravovaya-informatsiya/normativnye-dokumenty/konstitutsiya-respubliki-belarus> (дата звернення: 27.03.2021 р.).

29. Кучерявенко М.П., Криницький І.Є. Фінансове законодавство України: пошук ефективної моделі. *Вороновські читання (Фінансове право: сучасний стан та перспективи)*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. Київ: Асоціація фінансового права України, 2016. С.112 – 115.

30. Криницький І.Є. Основи фінансового законодавства України як перспективний інструмент приведення вітчизняного фінансово-правового регулювання у відповідність з *acquis communautaire*. *Адаптація правової системи України до права Європейського Союзу: теоретичні та практичні аспекти*: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції: у 2 ч. Полтава: ПУЕТ, 2016. Ч.1. С.151 – 154.

31. Закон Української РСР «Про систему оподаткування». *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1991. №39. Ст.510.

32. Закон України «Про внесення змін і доповнень до Закону Української РСР «Про систему оподаткування». *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1994. №21. Ст.130.

33. Кодекс Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет (Налоговый кодекс)». URL: https://online.zakon.kz/document/?doc_id=36148637&show_di=1 (дата звернення: 27.03.2021).

34. Постанова Верховної Ради України «Про Основні положення податкової політики і податкову реформу в Україні» від 13 грудня 1995 року №466/95-ВР. *Голос України* від 10 січня 1996 р.

35. Постанова Верховної Ради України «Про Основні положення податкової політики в Україні» від 4 грудня 1996 р. №561/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1997. №5. Ст.40.

36. Постанова Верховної Ради України «Про податкову політику в Україні та заходи щодо удосконалення податкового законодавства» від 12 травня 1999 р. №641-XIV. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1999. №27. Ст.222.

37. Указ Президента України «Про заходи по реформуванню податкової політики» від 31 липня 1996 р. №621/96. URL: [https:// zakon.rada.gov.ua/laws/show/621/96#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/621/96#Text) (дата звернення: 27.03.2021 р.).

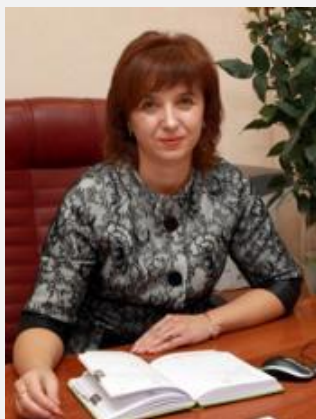
38. Податкова політика: теорія, методологія, інструментарій. Навчальний посібник / під редакцією Іванова Ю.Б., Майбурова І.А. Харків: ВД «ІНЖЕК», 2010. 492 с.

39. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про Міністерство фінансів України» від 30 серпня 2014 р. №375. *Урядовий кур'єр* від 27 серпня 2014 р. №155.

40. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положень про Державну податкову службу України та Державну митну службу України» від 6 березня 2019 р. №227. *Урядовий кур'єр* від 20 березня 2019 р. №54.

41. Розпорядження Кабінету Міністрів України «Питання Державної податкової служби» від 21 серпня 2019 р. №682-р. *Урядовий кур'єр* від 4 вересня 2019 р. №168.

ВІДОМОСТІ ПРО АВТОРІВ



ГУТОРОВА НАТАЛІЯ ОЛЕКСАНДРІВНА
доктор юридичних наук, професор, професор кафедри кримінального права та кримінально-правових дисциплін Полтавського юридичного інституту Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, академік Національної академії правових наук України, завідувач Лабораторії дослідження проблем національної безпеки в сфері громадського здоров'я НДІ ВПЗ ім. акад. В. В. Сташиса НАПрН України, Заслужений юрист України.



ПАШКОВ ВІТАЛІЙ МИХАЙЛОВИЧ
доктор юридичних наук, професор, професор кафедри цивільного, господарського і фінансового права Полтавського юридичного інституту Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, головний науковий співробітник Лабораторії дослідження проблем національної безпеки в сфері громадського здоров'я НДІ ВПЗ ім. акад. В. В. Сташиса НАПрН України.



ГАРКУША АНДРІЙ ОЛЕКСАНДРОВИЧ
кандидат юридичних наук, доцент, в.о. завідувача кафедри цивільного, господарського і фінансового права Полтавського юридичного інституту Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, провідний науковий співробітник Лабораторії дослідження проблем національної безпеки в сфері громадського здоров'я НДІ ВПЗ ім. акад. В. В. Сташиса НАПрН України.



ГАРКУША ЄВГЕНІЯ ОЛЕКСАНДРІВНА
кандидат юридичних наук, молодший науковий співробітник Лабораторії дослідження проблем національної безпеки в сфері громадського здоров'я НДІ ВПЗ ім. акад. В. В. Сташиса НАПрН України, керівник юридичного департаменту Clario Tech Limited.



СКРИПНИК АНДРІЙ ВОЛОДИМИРОВИЧ
аспірант кафедри кримінального процесу Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.



ТИТКО ІВАН АНДРІЙОВИЧ
доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри кримінального права та кримінально-правових дисциплін Полтавського юридичного інституту Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.



ПОЛХОВСЬКА ІННА КОСТЯНТИНІВНА

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри конституційного, адміністративного, екологічного та трудового права Полтавського юридичного інституту Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.



КОЗАЧЕНКО АНАТОЛІЙ ІВАНОВИЧ

доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри теоретико-правових дисциплін Полтавського юридичного інституту Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.



ГУБАНОВА ОЛЬГА ВАЛЕРІЇВНА

кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного, господарського і фінансового права Полтавського юридичного інституту Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, медіатор.



ЗУБ ОЛЕКСІЙ ЮРІЙОВИЧ

асистент кафедри цивільного, господарського і фінансового права Полтавського юридичного інституту Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.



НОГА ПЕТРО ПЕТРОВИЧ

асистент кафедри цивільного, господарського і фінансового права Полтавського юридичного інституту Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, аспірант Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова, молодший науковий співробітник Лабораторії дослідження проблем національної безпеки в сфері громадського здоров'я НДІ ВПЗ ім. акад. В. В. Сташиса НАПрН України.



КРИНИЦЬКИЙ ІГОР ЄВГЕНОВИЧ

доктор юридичних наук, професор, старший науковий співробітник, директор інституту, професор кафедри цивільного, господарського і фінансового права Полтавського юридичного інституту Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, член-кореспондент Національної академії правових наук України, Заслужений діяч науки і техніки України.