

# ЧАСОПИС КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ ПРАВА

Український науково-теоретичний часопис

Заснований  
у жовтні 2001 року

2017/3

Виходить  
4 рази на рік

Київський університет права НАН України  
Інститут держави і права ім. В.М.Корецького НАН України

## Головний редактор

Шемшученко Ю.С.

## Заступник

### головного редактора

Бошицький Ю.Л.

## Редакційна колегія

Андрійко О.Ф.,  
Батанов О.В.,  
Горбатенко В.П.,  
Костенко О.М.,  
Кулинич П.Ф.,  
Луць В.В.,  
Онїшук М.В.,  
Пархоменко Н.М.,  
Савчук К.О.,  
Усенко І.Б.,  
Ходаківська Т.В. (редактор)

## Іноземні члени редакційної колегії

Райнер Арнольд (Німеччина),  
Богуслав Банашек (Польща),  
Уільям Батлер (США),  
Арнольд Варенвальд (Німеччина),  
Андраш Торма (Угорщина),  
Адам Махарадзе (Грузія),  
Герберт Шамбек (Австрія),  
Вероніка Сікора (Угорщина)

Рекомендовано до друку  
Вченою радою  
Київського університету права  
НАН України  
(протокол № 2 від 02.11.2017)  
Вченою радою  
Інституту держави і права  
ім. В.М.Корецького  
НАН України  
(протокол № 10 від 24.10.2017)

Передплатний індекс  
23994

ISSN 2219-5521

## ЗМІСТ

*Бошицький Ю. Л.* Головні пріоритети Київського університету права  
Національної академії наук України у 2017/2018 навчальному році:  
інтеграція освіти, науки та виховання ..... 4

### Видатні правознавці України

*Бондарук Т. І.* Класик історико-правової науки (до 180-річчя від дня народження  
Михайла Флегонтовича Владимирського-Буданова) ..... 9

### Теорія та історія держави і права. Філософія права

*Токарська А. С.* Комунікація професійного правового спрямування:  
перспективи оновлення змісту ..... 14

*Бойчук А. Ю.* Загальні питання юридичної відповідальності за порушення  
проти природи, які діяли в часи існування СРСР, та її динаміки ..... 18

*Великанова М. М.* Виявлення та ідентифікація як стадії управління ризиком ..... 24

*Гайдулін О. О.* Інтерпретація на основі здорового глузду в англійському  
прецедентному праві ..... 28

*Минькович-Слободяник О. В.* Співвідношення функцій правової та політичної  
культур ..... 32

*Семенюк І. Я.* Особливості здійснення захисту українськими адвокатами  
у політичних процесах над членами УВО ..... 36

*Софінська І. Д.* Громадянство та міграція: цивілізаційні, конституційні  
та глобалізаційні виклики сьогодення ..... 40

*Шаркова І. М.* Європейська правова традиція та національне законодавство  
України: реципіюваність принципу добросовісності (bona fides) ..... 46

*Корунчак Л. А.* Соціальні фактори утворення джерел права: синергетичний  
аспект ..... 50

*Пиртко М. С.* Соціально-політичні передумови формування централізованої  
держави в Австрії (IX–XVII ст.) ..... 54

*Remins'ka Yu. Yu.* Some methodological remarks regarding the concept of international  
law-making (outside theoretical perspective) ..... 58

*Соломінчук В. В.* Професійні спілки в системі забезпечення прав людини  
і громадянина ..... 63

*Трепак Л. М.* Створення і структура німецьких спеціальних судів і прокуратури  
в Польському Генеральному губернаторстві в роки Другої світової війни ..... 67

### Конституційне право та конституційний процес в Україні

*Савчин М. В., Журавльова Г. С.* Основні засади методології досліджень сучасних  
проблем конституційного права та принцип рівності ..... 73

*Гасва Н. П.* Класифікація громадських організацій: теоретичні підходи ..... 83

<i>Суржинський М. І.</i> Належність до громадянства України та пострадянських держав: порівняльний аналіз .....	87
<i>Бондарев О. Б.</i> Правові засади діяльності Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо захисту прав військовослужбовців .....	91
<i>Васін М. С.</i> Перспективи законодавчого врегулювання взаємодії держави і релігійних організацій у сфері впровадження військового капеланства .....	96
<i>Гіряк В. О.</i> До питання про правову природу комунальної власності .....	100
<b>Адміністративне право і процес. Фінансове право. Інформаційне право</b>	
<i>Кисіль Л. Є.</i> Відносини, що виникають за зверненнями громадян до органів публічної адміністрації: деякі аспекти адміністративно-правового регулювання .....	109
<i>Логвиненко Б. О.</i> Суб'єкти публічного адміністрування сферою охорони здоров'я в Україні .....	114
<i>Лук'янова Г. Ю.</i> Взаємодія адміністративної та кримінальної відповідальності .....	117
<i>Д'ячков Д. С.</i> Принципи системності побудови органів прокуратури: проблемні аспекти .....	121
<i>Іванов Ф. О.</i> Адміністративно-деліктні відносини у сфері використання та охорони природних ресурсів: особливості правового регулювання .....	126
<i>Леженко І. П.</i> Історія становлення адміністративно-правового регулювання діяльності оперативних підрозділів податкової міліції (поліції) України у другій половині 1990-х років .....	130
<i>Назарчук О. М.</i> Розвиток інвестиційної діяльності акціонерних товариств в умовах валютної лібералізації: правовий аспект .....	133
<i>Поворознюк М. І.</i> Адміністративний позов у системі засобів захисту прав громадянина у сфері публічно-правових відносин .....	137
<b>Проблеми цивільного та підприємницького права в Україні</b>	
<i>Антошкіна В. К.</i> Використання звичаїв ділового обороту в процесі цивільно-правового тлумачення .....	146
<i>Джавадов Х. А.</i> Обязанность ответчика представить отзыв на исковое заявление как способ обеспечения эффективности гражданского судопроизводства .....	149
<i>Кожевникова В. О.</i> Правове регулювання здійснення та обмеження окремих майнових прав подружжя .....	154
<i>Гозоліна Г. В.</i> Місце електронного договору купівлі-продажу в системі договорів торгівлі .....	158
<i>Горецький О. В.</i> Принципи здійснення процедури примирення в цивільному судочинстві .....	161
<i>Кашиканова Н. Г.</i> Особливості змісту договорів про застосування медико-біологічних експериментів на людях .....	166
<i>Кашикова Н. Е.</i> Зайняття гральним інтрнет-бізнесом: проблеми та заходи запобігання .....	172
<i>Мельник І. А.</i> Адаптація законодавства України про захист прав споживачів споживчих кредитів до законодавства країн ЄС .....	175
<i>Найченко А. М.</i> Електронні докази та господарське судочинство .....	178
<i>Полякова К. В.</i> Господарська компетенція органів місцевого самоврядування .....	182
<b>Проблеми права інтелектуальної власності</b>	
<i>Бошицький Ю. Л.</i> Деякі питання кодифікації чинного законодавства України в сфері інтелектуальної власності в контексті міжнародних стандартів .....	187
<i>Рассомахіна О. А.</i> Практичні аспекти застосування підстав для відмови у реєстрації як знака позначень, що є описовими, в Україні .....	193
<i>Романюк Т. В.</i> Корисні моделі в законодавстві Німеччини .....	199
<i>Хавронюк О. О.</i> Особливості захисту прав на бази даних шляхом визнання правочину недійсним .....	203
<b>Аграрне, земельне та екологічне право</b>	
<i>Євстїгнєв А. С.</i> Пропозиції щодо правового регулювання забезпечення екологічної безпеки спеціального природокористування .....	207
<i>Кишко-Єрлі О. Б.</i> Правові аспекти впровадження системи автоматичної фіксації порушень правил дорожнього руху .....	211
<i>Позняк Е. В., Шарасвська Т. А.</i> Правові засади здійснення екологічного моніторингу в Україні в руслі європейських підходів .....	215
<i>Семеняка В. В.</i> Перспективи використання космічних технологій у сфері національної безпеки .....	223
<i>Брінцов А. І.</i> Кодифікація аграрного законодавства України: конституційний аспект .....	227
<i>Дмитренко І. М.</i> Щодо питання співвідношення понять біобезпека та ветеринарна безпека в системі права України .....	230
<i>Дударенко В. В.</i> Агрохолдинги у механізмі правового забезпечення продовольчої безпеки України .....	233
<i>Мельник В. О.</i> Органічне виробництво сільськогосподарської продукції в Україні .....	238
<b>Кримінальне право та кримінологія</b>	
<i>Біленчук П. Д., Борисова Л. В.</i> Основи міжнародної та регіональної юрисдикції інформаційного права кіберзлочинності .....	242
<i>Серкевич І. Р.</i> Поняття посадової особи і особливості відповідальності за посадові злочини: зарубіжний досвід .....	246
<i>Філіптов С. О.</i> Вплив політичних чинників на транскордонну злочинність .....	249
<i>Панова С. В.</i> Стан дослідження крадіжок, поєднаних з проникненням у житло .....	254
<b>Правова система України й міжнародне право, порівняльне правознавство</b>	
<i>Лоцихін О. М., Погребний С. Б., Яценко Р. В.</i> Застосування прецедентної практики Європейського суду з прав людини судами України: гарантування та наближення до європейських стандартів дотримання прав людини .....	259
<i>Мошак Г. Г.</i> Інституційні та нормативні передумови приватноправового регулювання доступу до залізничної інфраструктури у ФРН .....	264
<i>Блажівська Н. С.</i> Особливості застосування компенсації та реституції Європейським судом з прав людини з метою захисту права власності .....	267



---

*Юрій Ладиславович Бошицький, ректор Київського університету права НАН України, професор, заслужений юрист України*

## **ГОЛОВНІ ПРІОРИТЕТИ КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ ПРАВА НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ НАУК УКРАЇНИ У 2017/2018 НАВЧАЛЬНОМУ РОЦІ: ІНТЕГРАЦІЯ ОСВІТИ, НАУКИ ТА ВИХОВАННЯ**

Початок нового навчального року – завжди подія для кожного навчального закладу. Це нові плани, нові виклики, нові очікування для колективів вишів. Уже традиційно на старті нового 2017/2018 навчального року Київський університет права НАН України визначає свою дорожню карту та основні вектори роботи на річну перспективу. Однак, незважаючи на різні новели в роботі колективу, основні пріоритети та цінності залишаються незмінними. Насамперед це підвищення якості освіти та ефективності навчально-виховного процесу, удосконалення форм і методів навчання, розвиток наукового потенціалу, підтримання стабільного матеріально-технічного й фінансового становища і, звичайно ж, збереження та зміцнення науково-педагогічного кадрового потенціалу.

Кожний рік ми ставимо перед собою амбіційні завдання, які сприяють нашому розвитку. Тому вважаємо за доцільне комплексно визначити і охарактеризувати основні напрями діяльності та пріоритетні кроки університету на 2017/2018 навчальний рік, а також згадати наші досягнення за минулий навчальний рік. Слід зазначити, що у минулому навчальному році, незважаючи на численні складнощі економічного, соціального та фінансового характеру, університету вдалося зберегти позитивну динаміку свого розвитку та досягти нових успіхів. Наші успіхи – це справа інтелекту, наполегливості та досвіду кожного працівника вишу, творчого мислення і небайдужого ставлення до справи усього колективу.

**Нові форми, напрями розвитку та організації освітнього процесу.** Головна мета освітньої діяльності КУП НАНУ – підготовка висококваліфікованих та конкурентоспроможних на ринку праці фахівців з високим рівнем професіоналізму, здатних ефективно застосовувати на практиці набуті знання.

Університет є освітньо-науковим закладом, який реалізує відповідно до наданої ліцензії освітньо-професійні програми вищої освіти за певними освітніми та кваліфікаційними рівнями, забезпечує навчання, виховання та професійну підготовку осіб відповідно до їх інтересів, здібностей і нормативних вимог у галузі вищої освіти.

У Київському університеті права НАН України створено бездоганні умови для навчання: сучасна бібліотека та читальний зал; обладнані мультимедійні аудиторії; аудиторії інтерактивного тестування та інформаційно-комунікативних технологій, які забезпечені інтерактивними дошками, комп'ютерами останнього покоління; сучасний лінгафонний кабінет; криміналістична лабораторія; кабінет трасології і дактилоскопії тощо.

Широко використовуються інноваційні комп'ютерні технології. Мультимедійні аудиторії дають змогу проводити в університеті віртуальні заняття з різних галузей права, в режимі он-лайн спілкуватися з викладачами з інших університетів як в Україні, так і за кордоном, проводити он-лайн майстер-класи видатних вчених та зарубіжних науковців як у самому університеті, так і за його межами, наукові конференції з трансляцією у мережі університету та світовій мережі Інтернет.

Основними перевагами майстер-класів є поєднання активних форм навчання з використанням сучасних інформаційних технологій, індивідуальної роботи, набуттям та закріпленням практичних знань і навичок. Майстер-класи у вузі проводяться регулярно.

Новелою 2016/2017 навчального року було проведення відомими адвокатами Києва серії майстер-класів з різних юридичних проблем: участь адвоката в кримінальному процесі, звернення до Європейського суду з прав людини, роль адвоката в сімейних, земельних спорах тощо. Студенти мали змогу послухати «зубрів» сучасної адвокатури, поставити їм питання та зорієнтуватися у своїй подальшій професії.

Конкурентоспроможність університету має забезпечуватися завдяки високій гарантованості якості освітніх послуг, в тому числі й шляхом створення умов для набуття студентами комунікативної компетент-

ності іноземною мовою на необхідному освітньому рівні. І тому вони мають можливість поглибленого вивчення англійської та німецької мови, що в подальшому стане хорошою запорукою практичної юридичної діяльності.

З нового навчального року ми започатковуємо проведення корекційних занять з англійської мови, які допоможуть підвищити рівень знань студентів та навички вживання іноземної мови як інструменту спілкування.

Крім того, розпочнуть роботу підготовчі курси для вступу до магістратури. Для забезпечення успішного входу випускників нашого університету на ринок праці ми й надалі налагоджуватимемо нові зв'язки, а відтак, і нові можливості для студентів відточувати свої теоретичні знання на практиці, посиливши в цьому напрямі співпрацю з державними установами, неурядовими організаціями тощо.

У 2016/2017 навчальному році ми налагодили тісну співпрацю з Державним підприємством «Документ», Науково-дослідним центром судової експертизи з питань інтелектуальної власності Міністерства юстиції України та ТОВ «ОТП Факторинг Україна» – компанії з OTP Group, яка надає найповніший комплекс юридичних і супутніх їм послуг зі стягнення боргів юридичних та фізичних осіб.

Київський університет права НАН України постійно розвиває музейну справу. Створено унікальні музеї: «Музей контрафактної продукції (підробок) Українського альянсу по боротьбі з підробками та піратством», «Музей комп'ютерних технологій та криміналістичної техніки», «Музей криміналістики ім. Ганса Гросса», що призначений для формування стратегії, тактики і мистецтва оволодіння студентами знаннями, практичними навичками і вмінням застосування криміналістичної техніки, оформлення матеріалів для проведення криміналістичних експертиз, ознайомлення з тактикою і методикою проведення слідчих дій з метою пізнання, доказування й розслідування злочинів.

Необхідно зазначити, що в сучасних умовах вимоги до професійної підготовки юристів постійно ускладнюються, а тому призначення юридичної освіти полягає в тому, щоб передати майбутньому правнику не тільки глибокі загальнотеоретичні знання та загальнокультурні основи, а й сформувати комунікативні здібності, критичність і культуру мислення, здатність приймати самостійні рішення тощо. Саме з цією метою в університеті функціонує юридична клініка «Фенікс», основними напрямками діяльності якої є: впровадження в освітній процес елементів формування у студентів практичних навичок у сфері надання юридичних послуг; забезпечення можливості професійного спілкування студентів університету з провідними юристами-практиками; проведення наукових досліджень у сфері практичної освіти; надання безоплатної правової допомоги малозабезпеченим верствам м. Києва тощо.

Висока якість освіти неможлива без її поєднання з *науковою роботою*, метою якої є забезпечення реалізації державної політики у сфері науки, науково-технічної та інноваційної діяльності.

**Наукове життя університету – креативний та важливий вектор удосконалення діяльності КУП НАНУ.** Ми продовжуємо проводити щорічні міжнародні та всеукраїнські науково-практичні конференції. Йдеться про багато років тому започатковані проекти, а також про нові наукові форуми з актуальних галузей права. Зокрема, вже стали певним брендом КУП НАНУ такі українські та міжнародні наукові форуми, як «Сучасні проблеми правової системи України»; «Сучасні проблеми гуманітаристики: світоглядні пошуки, комунікативні та педагогічні стратегії» (на базі Рівненського інституту); «Наукові читання, присвячені пам'яті В. М. Корецького»; «Актуальні проблеми правотворення в сучасній Україні» (на базі Рівненського інституту), а також конференції, які ми проводимо спільно з нашими партнерами – Всесвітньою організацією інтелектуальної власності «Сучасні виклики та актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі».

Всеукраїнська науково-практична конференція «Сучасні проблеми гуманітаристики: світоглядні пошуки, комунікативні та педагогічні стратегії» проходить у Рівненському інституті КУП НАНУ уже сім років поспіль. Її мета – спільними зусиллями виробити стратегію розвитку гуманітарних наук в умовах чергової кризи та перебудови світу на початку третього тисячоліття, запропонувати способи її подолання, а також означити нову тактику діяльності вищої школи, що має відповідати на виклики сьогодення й забезпечувати підготовку висококваліфікованих фахівців для ринку праці.

Проблеми, які порушуються на конференції, націлюють на розлогу рефлексію наявних нині трансформацій в освітньо-науковому просторі України. Конференція дає змогу комплексно осмислити різні явища сучасного гуманітарного простору, причому стереометрично, послуговуючись різними науковими методами та підходами. Саме цим цінна співпраця філософів, лінгвістів, літературознавців, культурологів, педагогів – усі вони щороку стають учасниками масштабної дискусії про шляхи розвитку гуманітаристики.

Вже доброю традицією стало проведення на базі Київського університету права НАН України міжнародної науково-практичної конференції «Сучасні виклики і актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі», яка зумовлена вимогами освітнього процесу університету, оскільки наш заклад готує фахівців у сфері інтелектуальної власності за рівнем підготовки магістр. У жовтні 2014 р. така конференція вперше проходила на базі КУП НАНУ.

У грудні 2017 р. дана конференція проходитиме четвертий рік поспіль. Крім того, на базі Київського університету права НАН України вже другий рік поспіль у липні 2017 р. проводили Міжнародний семінар «Політика у сфері інтелектуальної власності в університетах та науково-дослідних установах», організатором якого виступив наш університет спільно із Всесвітньою організацією інтелектуальної власності та Міністерством економічного розвитку і торгівлі України.

У роботі семінару взяли участь понад 100 науковців та практиків у сфері інтелектуальної власності. І не тільки з України, а й представники інших країн, зокрема: Швейцарії, Ізраїлю, Білорусії, Словацької Республіки та Азербайджану.

Основна мета проведення семінару передбачала консолідацію зусиль вчених та практиків України й світу з розробки єдиної політики у сфері інтелектуальної власності в університетах і науково-дослідних установах та обговорення відповідного Типового положення, підготовленого Департаментом країн з перехідною та розвинутою економікою Всесвітньої організації інтелектуальної власності.

Крім того, до участі у міжнародному семінарі були залучені експерти з Києва, Львова, Маріуполя, Одеси, Рівного, які обговорювали практичні аспекти подальшого розвитку й реалізації Національного проекту «Політика у сфері інтелектуальної власності в університетах та науково-дослідних установах».

Суспільна значимість цих заходів не викликає жодних сумнівів, оскільки вони згуртовують провідних представників наукової спільноти і практиків, виховують нову генерацію науковців, сприяють збагаченню новітніми ідеями, практичними порадами.

Право інтелектуальної власності є перспективним напрямом дослідження в Київському університеті права НАН України, оскільки відносини у сфері інтелектуальної власності постійно розвиваються, нормативно-правова база прагне відповідати міжнародним нормам і наразі актуальним питанням є гармонізація вітчизняного законодавства з інтелектуальної власності до норм європейського. Іншим нагальним питанням сьогодення є становлення дієвої системи правового захисту інтелектуальної власності, формування ефективно діючої інфраструктури для забезпечення реалізації державної політики та державно-приватного партнерства у цій сфері. Тому у 2016 р. в КУП НАНУ було створено Міжнародний центр правових проблем інтелектуальної власності.

Кращі студенти університету та науково-педагогічні працівники щороку беруть участь у наукових заходах з проблем права інтелектуальної власності та спеціальної освіти, де КУП НАНУ виступає співорганізатором. Їх проходять у штаб-квартирі ВОІВ у м. Женеві.

Слід зазначити, що наразі делегація КУП НАНУ, в тому числі шість студентів, підготовлена до участі у черговому семінарі Всесвітньої організації інтелектуальної власності, який відбудеться у листопаді 2017 р. і проходитиме спільно з факультетом права Тель-Авівського університету та Академічним коледжем ОНО (Ізраїль).

Завдяки нашим міжнародним зв'язкам делегація студентів університету у вересні 2017 р. взяла участь у конкурсному проекті з питань захисту персональних даних та прозорості повноважень органів державної влади. Захист наукових студентських робіт щодо окремих аспектів законодавства у сфері захисту персональних даних, які вони готували упродовж декількох місяців, відбудеться в офісі президента Національного комітету захисту персональних даних та питань свободи інформації Угорщини, почесного доктора КУП НАНУ *Аттілі Петерфалві*, в присутності угорської поважної компетентної комісії.

Разом із тим університет виступає співорганізатором проведення міжнародної конференції з проблем інтеграції до європейського освітнього простору у *Словаччині та Угорщині*.

Зокрема, 28–29 квітня 2017 р. КУП НАНУ спільно з Дебреценським університетом провів VIII міжнародну науково-практичну конференцію «Зміни в цивільному праві Європейського Союзу». До складу делегації від КУП НАНУ увійшли викладачі, студенти та аспіранти. Учасники конференції обговорювали важливі питання задля здійснення реальних кроків з метою збалансованого розвитку цивільного права, не обійшли своєю увагою такі актуальні питання, як охорона інтелектуальної власності в сучасній Україні; проблемні питання регулювання договорів на задоволення потреб людини; законодавчі та інституційні напрями розвитку в сфері інтелектуальної власності; питання захисту суміжних прав організацій мовлення за цивільним законодавством України та Угорщини; питання публічного розгляду справи у практиці Європейського суду з прав людини тощо.

**Студентська наука – один із напрямів науково-дослідної роботи університету**, яка є важливою складовою на шляху залучення студентської молоді до наукових досліджень. Необхідність здійснення науково-дослідної діяльності студентів сприймається як аксіома, оскільки характерною особливістю вищої освіти є органічне поєднання освітнього та наукового процесів, що сприяє підвищенню якості підготовки фахівців з вищою освітою, поглибленому вивченню програмного матеріалу, розвитку наукового мислення і творчого підходу до вирішення теоретичних та практичних завдань майбутньої діяльності. У студентів завдяки науково-дослідній діяльності формується певний рівень навичок, умінь та творчого потенціалу.

У 2017/2018 навчальному році ми маємо створити в університеті постійно діючу систему залучення студентів до науково-інноваційної діяльності: бакалаврів – запрошенням до участі в науковій роботі на кафедрах; для магістрів – це обов'язкова складова виконання навчально-наукового плану. Орієнтуючись на наукових магістрів, ми повинні після захисту бакалаврської роботи відбирати їх з формулюванням подальшої теми дисертації рівня PhD.

КУП НАНУ активно долучає до науково-дослідної роботи і молодь – майбутніх студентів. Зокрема, університет продовжує проводити Всеукраїнський конкурс наукових робіт ім. В. М. Корецького «Права людини в сучасному світі: погляд молоді» та конкурс наукових робіт ім. М. П. Василенка на тему: «Державно-правовий розвиток України: історія і сучасність».

**Профорієнтаційна робота як невід'ємна складова функціонування університету.** На сьогодні проблеми та перспективи організації профорієнтаційної роботи вищих навчальних закладів виходять із сучасних

потреб вишів. Адже у зв'язку з демографічною кризою питання формування контингенту студентів університету є пріоритетним.

Нині важливо говорити про інноваційні підходи у проведенні профорієнтаційної роботи у вищому навчальному закладі, оскільки уже апробовані упродовж багатьох років виставки навчальних закладів, ярмарки професій, що проводяться централізовано регіональними центрами зайнятості, очікуваного результату не дають. Тому наше завдання – організувати безпосередній діалог із потенційним студентом.

Отже, сьогодні одними із пріоритетних завдань для нас є: організація агітаційно-роз'яснювальної роботи в загальноосвітніх навчальних закладах та коледжах; проведення Днів відкритих дверей та інших масових заходів; співробітництво за договорами з організаціями, установами, підприємствами, навчальними закладами; екскурсії до музеїв університету та проведення лекцій для учнів загальноосвітніх навчальних закладів.

**Поглиблення видавничої діяльності університету.** У 2016/2017 навчальному році було видано вісім наукових видань (сім збірників матеріалів конференцій, одну монографію: *Шкребець Д. В.* Стадії процесу доказування в цивільному процесі України).

Незабаром побачать світ «Мала енциклопедія канонічного права», «Мала енциклопедія прав людини», монографія «Охорона прав на торговельні марки у мережі Інтернет».

Крім того, за результатами розробки науково-дослідної теми «Державно-правове регулювання суспільних відносин в умовах нових глобалізаційних викликів: вітчизняні та міжнародні реалії» університетом буде видано колективну монографію, яка поповнить наукові видання колективу КУП НАНУ.

**Університетська наукова трибуна – «Часопис Київського університету права».** У 2016/2017 навчальному році вийшло друком чотири номери щоквартальника. Зокрема, в них опубліковано близько 420 фахових статей, а також 15 рецензій та десятки наукових повідомлень. Останній номер «Часопису» вийшов найбільший за обсягом за всю історію існування – 460 сторінок.

Нещодавно було започатковано розділ «Юридична практика», в якому провідні українські юристи діляться своїм досвідом роботи з читачами нашого журналу, а також наводять приклади із судової практики. Отже, нині «Часопис Київського університету права» складається із 19 розділів.

Відбулися зміни й у редколегії журналу. До її складу долучилась декан юридичного факультету Дебреценського університету (Угорщина) професор *Вероніка Сікора*.

Постійно ведеться масштабна робота для індексування «Часопису Київського університету права» до Міжнародної наукометричної бази даних *HeinOnline (США)* та наукометричної бази «*Index Copernicus*» (Польща).

**Науково-навчальна бібліотека КУП НАНУ** традиційно посідає чільне місце в освітній та науковій складовій університету. Головним завданням її є створення, збереження, організація, використання інформаційних ресурсів для забезпечення освітнього процесу та науково-дослідної діяльності в галузі правознавства. Інформаційні ресурси бібліотеки – це понад близько 150 тисяч примірників літератури, сучасний електронний довідково-бібліографічний ресурс, повнотекстові електронні видання, нормативно-правові акти України. У фондах бібліотеки – усі періодичні видання юридичного спрямування, які видаються в Україні.

В освітньому процесі університету, який спрямовано на набуття студентами ґрунтовних академічних знань, чільне місце відведено підручникам, навчальним посібникам, монографіям та збірникам наукових праць з теорії та історії держави і права, конституційного й адміністративного права, кримінального права та процесу, міжнародного права, авторами яких є науковці університету.

У рамках програми «*WIPO Publication Depository Library Program*» у КУП НАНУ створено єдину в Україні бібліотеку-депозитарій Всесвітньої організації інтелектуальної власності. При організації цієї бібліотеки враховувався вагомий внесок університету у розвиток наукових досліджень з права інтелектуальної власності. Бібліотека-депозитарій ВОІВ, що постійно поповнюється матеріалами міжнародного законодавства з інтелектуальної власності (конвенції, договори, угоди), літературою з питань авторського права, патентів, товарних знаків, покликана сприяти більш глибокому ознайомленню студентів та науковців КУП НАНУ, фахівців усієї країни в галузі інтелектуальної власності з багатопланою діяльністю ВОІВ, питаннями правового регулювання та захисту інтелектуальної власності.

**Міжнародна співпраця університету.** Вже традиційно з кожним роком більш активними та ефективними стають наші міжнародні зв'язки. Сьогодні КУП НАНУ має 125 укладених Меморандумів про співробітництво з різними вишами, науковими та освітніми інституціями, різними організаціями 22 країн світу. Варто підкреслити, що у 2016/2017 навчальному році університетом було підписано декілька Меморандумів з новими партнерами. Зокрема, це *Міжнародний інститут підприємництва і права; Генеральне Консульство Словачької Республіки в м. Ужгороді; Азербайджанська державна академія фізкультури і спорту.*

Розвиток наших міжнародних зв'язків сприяв залученню до університетського, наукового та освітнього життя чимало наших партнерів. Так, за минулий навчальний рік КУП НАНУ відвідали понад 23 делегації та поважні гості з 10 країн світу (Угорщина, Польща, Словаччина, Чехія, Грузія, Білорусія, Китай, Швейцарія, Канада, Ізраїль тощо).

Ми використовуємо наші міжнародні зв'язки насамперед для розширення академічної та наукової співпраці із закордонними навчальними закладами і науково-дослідними організаціями; встановлення та підтримки зв'язків з дипломатичними представництвами іноземних держав; допомоги студентам і співробітникам університету для участі в міжнародних програмах; залучення до проведення майстер-класів провідних вчених зарубіжних країн; міжнародного співробітництва у культурній сфері та організації мовної практики

студентів за кордоном; організації й залучення до участі у міжнародних конференціях і семінарах; залучення студентів до участі у міжнародних студентських асоціаціях; допомоги у пошуку грантів та заохочувальних стипендій для студентів та аспірантів університету; зміцнення міжнародного іміджу університету.

З 2017/2018 навчального року планується поглиблення співпраці в рамках уже існуючих угод з університетами, міжнародними освітніми фондами та організаціями, пошук і залучення нових закордонних партнерів до співробітництва з Київським університетом права НАН України, залучення іноземних грантів. Крім того, продовжуємо проводити майстер-класи провідних вітчизняних та зарубіжних вчених-правознавців і юристів-практиків, політиків, державних діячів.

**Виховна робота – важливий напрям діяльності КУП НАНУ.** Ми переконані, що формування цілісної особистості студента-юриста має системний, безперервний і комплексний характер. Її цілісність забезпечується взаємодією професорсько-викладацького складу з органами студентського самоврядування.

Розширення світогляду та формування культури майбутнього юриста забезпечується реалізацією багаторічних 10 соціально корисних проєктів.

Кожен місяць у Київському університеті права НАН України багатий на культурно-виховні заходи. Загалом у минулому навчальному році університетом було проведено понад 120 найрізноманітніших заходів, які висвітлені на сайті КУП НАНУ, Святошинської районної у м. Києві державної адміністрації, Київської міської державної адміністрації, на сайті Національної академії наук України та Міністерства освіти і науки України.

В університеті постійно проходять фотовиставки та виставки робіт талановитих сучасних художників.

Отже, можна сміливо стверджувати, що вказані підсумки та окреслені пріоритети допомагають Київському університету права НАН України й надалі крокувати до досягнення його стратегічної мети, а саме: розвитку вишу до сучасного європейського рівня. Водночас слід також констатувати, що у 2017/2018 навчальному році колектив університету очікує активна і наполеглива діяльність, спрямована на формування нової генерації фахівців, які, оволодівши фундаментальними та спеціальними знаннями, були б здатними до самостійної творчої праці з урахуванням вимог часу та змін, що відбуваються у суспільстві.



УДК 340.15

**Т. І. БОНДАРУК**

*Тетяна Іванівна Бондарук, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

### **КЛАСИК ІСТОРИКО-ПРАВОВОЇ НАУКИ (ДО 180-РІЧЧЯ ВІД ДНЯ НАРОДЖЕННЯ МИХАЙЛА ФЛЕГОНТОВИЧА ВЛАДИМИРСЬКОГО-БУДАНОВА)**

Серед видатних вчених-правознавців, які закладали фундамент української історико-правової науки, одне з чільних місць належить професору М. Ф. Владимирському-Буданову. Попри безперечний авторитет праць ученого серед істориків права, широкій юридичній громадськості його ім'я мало відоме, а творчі здобутки дослідника належним чином не відзначені. Між тим, його науковий спадок складають понад 100 ґрунтовних праць, що містять досконалий юридичний, переважно інституційний аналіз, різних галузей права в ретроспективі, що значно розширює фахову читацьку аудиторію і, відповідно, сприяє розвитку українського правознавства.

М. Ф. Владимирський-Буданов народився 1838 р. у селі Бороздине Веншовського повіту Тульської губернії в сім'ї священика. 1857 р. після закінчення Тульської духовної семінарії він вступив до Київської духовної академії – спеціалізованого вищого навчального закладу, наступника славетної Києво-Могилянської академії. Професорські курси, які викладалися в Київській духовній академії, мали комплексний характер і охоплювали питання різних галузей знань. Поруч із богословською, загальноосвітньою, філософською та історичною складовою вони містили й суто юридичну компоненту<sup>1</sup>. Тут під впливом талановитих педагогів М. М. Троїцького, І. І. Малишевського, П. Д. Юркевича складаються його перші уявлення про наукову роботу та можливу майбутню діяльність. Зокрема йдеться про лекційний курс «Історія філософії права» видатного українського мислителя П. Д. Юркевича, в якому, крім іншого, розглядалися правові питання. 1860 р. М. Ф. Владимирський-Буданов залишає академію – за участь у русі за реорганізацію навчального процесу та покращення побутових умов студентів його було виключено з академії – і вступає до університету св. Володимира в Києві на історико-філологічний факультет.

Тогочасні факультетські викладачі, за свідченням сучасників, не могли справити на нього значного впливу, можливо, за виключенням професора В. Я. Шульгіна, який майже не займався ніякою науковою роботою, проте був досвідченим і майстерним лектором, яскраво змальовуючи історичні постаті й передаючи драматизм історичних подій<sup>2</sup>. Своєрідним стимулом для наукового пошуку були проблеми, що їх висувало саме життя. Бурхливі процеси, які вирували в передреформеному суспільстві, у південно-західному краї ускладнювалися надзвичайним загостренням національного питання.

Ці події не могли не позначитися на напрямі наукових інтересів М. Ф. Владимирського-Буданова. Поступово склалося переконання, що «з'ясування історичної долі народу неможливе без знайомства з історією його установ або, точніше, всього юридичного побуту»<sup>3</sup>. Звертання до цієї нової для нього галузі знань було зумовлене, крім особистих уявлень, впливом ректора університету М. Д. Іванишева. Останній своїм палким інтересом до слов'янської, і зокрема до західноруської, правової історії зумів заповнити вакуум, що склався у викладанні власне історичної науки. В особі М. Ф. Владимирського-Буданова М. Д. Іванишев знайшов талановитого учня, чия закоханість у науку поєднувалася зі здатністю до систематичної та сумлінної праці, що продемонструвала кандидатська робота випускника історико-філологічного факультету «Древние уставные земские грамоты», успішний захист якої відкривав шлях до викладання.

Свій перший викладацький досвід М. Ф. Владимирський-Буданов здобув ще у студентські роки, коли він разом із гуртом однодумців викладав у одній із недільних шкіл Києва. Варто зауважити, що М. Ф. Владимирський-Буданов завжди виступав прихильником широкої народної освіти. Після закінчення університету вчений проходив практику на Педагогічних курсах у Другій київській гімназії та викладав історію й географію в кадетському корпусі. Певний час М. Ф. Владимирський-Буданов був приватним викладачем Павла

Галагана<sup>4</sup>. 1864 р. університет обрав його стипендіатом для підготовки до професорського звання по кафедрі руської історії. Магістерська дисертація М. Ф. Владимирського-Буданова «Немецкое право в Польше и Литве», якою в науковий обіг вводився значний масив архівних матеріалів, пов'язаних із міським правом.

Ця робота, попри різко критичне ставлення її автора до поширення німецького права на руських землях, адже, на його думку, внутрішнє врядування і самостійний суд у містах були «куплені ціною втрати політичних прав», місто перестало бути центром території, що його оточує, а населення, замкнене в міських стінах, відірвалося від землі й держави і, отже, втратило можливість брати участь у державних справах, обмежуючись торгівлею, промислами, ремеслами, що суперечило інтересам руського народного життя<sup>5</sup>, до сьогодні є невідмінною складовою «міської» історіографії.

За це дійсно піонерське дослідження молодого науковця було нагороджено Уварівською премією Російської Академії наук, яка присуджувалася за кращі праці з російської історії.

Після здобуття в травні 1869 р. магістерського ступеня М. Ф. Владимирський-Буданов стає екстраординарним професором кафедри історії руського права у Демидовський юридичний ліцей у Ярославлі, остаточно зробивши вибір на користь юриспруденції, а саме – історії права.

Традиційне річне закордонне відрядження, протягом якого він зокрема прослухав у Гейдельберзі курси відомих юристів К. А. Вангерова (римське право) та Й. К. Блунчі (державне право), ближче познайомився з популярними тут ідеями історичної школи права, допомагає М. Ф. Владимирському-Буданову заповнити лакуни в юридичних знаннях. А викладання науки історії права протягом 1870–1875 рр. у Ярославлі, попри надзвичайну складність, пов'язану її становленням, – надзвичайно плідним для молодого вченого. Крім особистих наукових устремлінь, цьому сприяло й усвідомлення великого обов'язку, яке, за свідченням сучасників, «об'єднувало і надихало всіх, хто працював у юридичній школі, яка міцно стояла на фундаменті взаємної поваги та єдності»<sup>6</sup>.

Найбільше зусиль М. Ф. Владимирський-Буданов прикладає для залучення до наукового процесу джерельного матеріалу, відсутність якого значно знижувала рівень викладання. Вже найближчими роками послідовно вийшли підготовані ним три випуски «Хрестоматии по истории русского права» (1872, 1873, 1875), що містила найцінніші юридичні пам'ятки з коментарями до них. Це єдине в своєму роді видання протягом тривалого часу було настільною книгою багатьох поколінь юристів.

Інший напрям наукових пошуків ученого можна окреслити як дослідження історії правового регулювання освіти в зв'язку із розвитком суспільного ладу. 1873 р. він підготував і видав працю «Государство и народное образование в России с XVII в. до учреждения министерств», а видана 1874 р. – «Государство и народное образование в России XVIII в.», була успішно захищена ним у Харківському університеті, що дало змогу йому, як доктору руської історії, посісти посаду ординарного професора кафедри історії руського права в університеті Св. Володимира, що знаменувало початок «київського» періоду діяльності ученого, який тривав до кінця його життя.

Він повернувся до *alma mater* із сформованим світоглядом, солідним науковим доробком, значним теоретичним багажем і науковим потенціалом. В його особі університет отримав значну наукову силу, а історико-правова наука потужний поштовх до розвитку.

Повернувшись до Києва, М. Ф. Владимирський-Буданов дістав змогу продовжити дослідження західноруського права, адже саме на університет Св. Володимира «було покладено переважний обов'язок розроблення історії права в цій її галузі»<sup>7</sup>. Зокрема «збиранню історико-правових матеріалів» у Головному архіві Царства Польського у Варшаві і Віленському Центральному архіві було присвячене закордонне відрядження М. Ф. Владимирського-Буданова 1880–1881 рр.

Багато часу М. Ф. Владимирський-Буданов приділяв дослідженню окремих дискусійних питань, більшість з яких на той час були мало або зовсім не дослідженими. У ці роки з'являється низка його критичних статей, оглядів, рецензій на нові книги з історії права. «Нова книга для нього, – писав учень і послідовник М. Ф. Владимирського-Буданова О. О. Малиновський, – привід для того, щоб висловити власну оригінальну й ретельно обґрунтовану думку з того чи іншого питання»<sup>8</sup>. Саме в цих розвідках часто апробувалися думки, що згодом отримали широке визнання в науці.

Масштабна робота, яку проводив учений, критично опрацьовуючи ту чи іншу нову монографію, а з огляду на інтенсивність розвитку історико-правової науки на теренах Російської імперії другої половини XIX ст., що була досить високою, доповнювалася кропіткою працею вченого з пам'ятками. Це стає підґрунтям для підготовки фундаментальної праці «Обзор истории русского права»<sup>9</sup>, що витримала сім видань (1886–1915) і збільшила кількість учнів вченого до багатьох десятків тисяч: єдиний у науковій літературі «Обзор...» широко використовувався як університетський підручник, а з огляду на методологічні підходи, запропоновані автором, та стиль викладу матеріалу, його цінність не втрачена до сьогодні, про що свідчить сучасні перевидання цієї праці<sup>10</sup>.

Від 1882 р. вчений – головний редактор Київської Археографічної комісії і один із найдіяльніших її працівників<sup>11</sup>. Не пориваючи з університетом, М. Ф. Владимирський-Буданов залишався на цій посаді до кінця своїх днів. За цей час вийшло майже 20 томів видань Комісії, у п'яти з них вміщено зібрані та оброблені вченим матеріали з історії помісного і селянського землеволодіння, церковного майна в Західній і Південно-Західній Русі XII–XVII ст. Його передмову до трьох томів частини VII «Актів о заселении Юго-Западной России», що вийшли у серії «Архив Юго-Западной России» за обсягом та змістом можна порівняти з науковою монографією. У ній докладно розглядається чи не найголовніше питання, яке постає при дослідженні проб-

леми утворення Литовсько-руської держави – питання про етнічний склад земель. У частині 8-й АЮЗР вміщено його змістовну статтю «Заставное владение в Литовско-руском государстве в XVI в.».

Від 1887 р. М. Ф. Владимирський-Буданов – голова Історичного товариства Нестора-літописця<sup>12</sup>. У «Чтениях исторического общества Нестора-летописца» регулярно з'являються його доповіді й повідомлення, здебільшого з проблем західноруського права («Поместное право в Польше и Литве» (1889); «Крестьянское землевладение в Западной России до пол. XVI в.» (1892); «К истории крестьянского движения» (1890).

У травні 1900 р. М. Ф. Владимирський-Буданов стає заслуженим професором Київського університету, історія якого, до речі блискуче викладена вченим у спеціальній розвідці до 50-річного ювілею університету «История Императорского университета Св. Владимира» (1884). Незабаром вчений відмовляється від викладання повного курсу історії руського права і до 1915 р. читає лише джерелознавство, отже, повертається саме до тієї частини курсу, яка найпершою привернула його увагу і спонукала до роботи над «Хрестоматией по истории русского права».

Помер М. Ф. Владимирський-Буданов 24 березня (5 квітня) 1916 р. у Києві, похований у с. Березна Менського району Чернігівської області<sup>13</sup>.

У науковій спадщині великого вченого, що є досить різнобічною, можна виділити низку пріоритетних тем. Це дослідження так званої загальної історії руського права, результати якої викладені в «Обзоре истории русского права», статтях в «Университетских известиях», «Журнале Министерства народного просвещения», «Сборнике государственных знаний» та багатьох інших виданнях. Постійний інтерес вченого викликали проблеми народної освіти, що стали предметом його докторської дисертації та дістали розвиток у більш як 20 студіях. Пріоритетне місце у спадщині ученого належить історії литовсько-руського або західноруського права. Серед них, крім згаданих, «Уложение и Литовский Статут» (1881, «Население Юго-Западной России от половины XIII в. до половины «Поместья Литовского государства» (Вып. 1, 1889), «Черты семейного права XVI в.» (Вып. 2, 1890), «Крестьянское землевладение в Западной России до половины XVI в.» (Вып. 3, 1893); «Заселение Юго-Западной России от второй половины XV в. до Люблинской Унии» (1890) та ін. Більшість з них, за визначенням Ф. В. Тарановського, «мають більш місцеве значення», оскільки з'ясовують «деякі риси історико-юридичної топографії, якщо можна так висловитися, переважно південно-західного краю»<sup>14</sup> і тому є значним надбанням власне для історії українського права.

Крім безумовної заслуги оригінального, а почасти першого дослідника питань з історії литовсько-руського права, М. Ф. Владимирському-Буданову належить заслуга свідомого залучення до досліджень студентів юридичного факультету. Про це свідчать запропоновані вченим медальні теми на юридичному факультеті «История уставных земских грамот Литовско-русского государства» (1888), «Наказание по Литовскому Статуту в его трех редакциях» (1891), «Источники уголовных законов Литовского Статута» (1893), «Уголовное право Литовского Статута в связи с развитием русского уголовного права вообще» (1894), які, за його задумом і разом із його власними дослідженнями створювали б цілісну картину західноруського права. Можна сказати, що плани реалізувалися. Саме робота над заданими темами виявилася першими сходинками у науку для цілої плеяди майбутніх професорів М. М. Ясинського, Г. В. Демченка, М. О. Максимейка, І. О. Малиновського, чия подальша плідна діяльність на ниві історико-правової науки створила міцний фундамент для студій українського права, а концепція західноруського права була покладена в основу роботи Комісії для виучування історії західноруського та українського права ВУАН, очолюваної академіком М. П. Василенком<sup>15</sup>.

Очевидно, у створенні Київської історико-юридичної школи, одним з основоположників якої є М. Ф. Владимирський-Буданов, яскраво проявився педагогічний талант ученого. Будучи, власне, кабінетним ученим, зумів виявити і заохотити до науки талановитих дослідників.

Наукова спадщина М. Ф. Владимирського-Буданова як ученого-енциклопедиста привертає увагу не одного покоління дослідників і як скарбниця знань і відомостей, і як зразок досконало витриманого наукового стилю, що ґрунтується на чітких теоретико-методологічних установках: вже сучасники ученого у присвячених його творчості студіях акцентували увагу на їх методологічній витриманості.

Так, Ф. В. Тарановський, майбутній академік ВУАН, зазначав, що М. Ф. Владимирський-Буданов увійшов у науку із слов'янофільськими настроями, які багато в чому пояснювалися впливом «Київської університетської школи, особливості якої щодо історії права визначилися досить ясно уже у працях М. Д. Іванишева, який досліджував і слов'янське право, і литовсько-руське, використовував і те, й інше для висвітлення історії руського права»<sup>16</sup>, на підтвердження чого провадив ґрунтовний аналіз позицій і слов'янофіла М. Ф. Владимирського-Буданова, і західника В. І. Сергєєвича, які протягом кількох десятиліть «були справжніми володарями дум у галузі історії руського права... а їхніми розбіжностями у поглядах визначилися основні й головні контраверзи в науці історії руського права»<sup>17</sup>.

Вихідним моментом для розуміння поглядів ученого, крім іншого, є теорія правоутворення, викладена ним в «Обзоре истории русского права» та низці інших праць. Так, М. Ф. Владимирський-Буданов чітко розрізняв поняття «право» і «закон», співставляючи їх як ціле і частину. Глибинною основою права для нього є народна правосвідомість. Першопідставою права є природа людини – фізична і моральна, що підлягає таким самим законам, як і природа органічна. На першому ступені розвитку право – це почуття, інстинкт (помста, захист дітей, володіння); усі чинять однаково не тому, що наслідують один одному, а тому, що підвладні однаковим почуттям.

У подальшому право стикається із знанням: те, що існує, обертається на те, що повинно бути; знання ж підлягає тотожним законам розвитку. Виникає звичай, який не створює норм права, а лише надає їм чин-

ності. Звичай тривалий час залишається панівною формою права. Отже, питання про походження права є питанням про зародження звичаєвого права. Але загальнолюдського звичаєвого права немає, мова може йти лише про розвиток і удосконалення загальнолюдських елементів кожною окремою нацією. Характерними рисами звичаєвого права вчений вважав його обов'язковість (внутрішню і зовнішню), релігійне освячення, консерватизм чи стародавність, але водночас здатність пристосовуватися до життя. Епоха панування звичаєвого права тривала і після того, як з'явилися перші пам'ятки писаного права (збірники звичаєвого права). Закони, як акти волі законодавця, виникають у випадках, коли бракує звичаїв, або під впливом чужого права.

Для нього очевидно, що «словом «право» не можна зловживати безкарно. Закон може бути виявленням правосвідомості, але може і не бути (при підкоренні одного народу іншим). Поки він існує, він є обов'язковим для підкореного народу, але зовсім не є виразом права цього народу»<sup>18</sup>. В умовах державного розчленування право є виразом «національної єдності», а закон, у свою чергу, – втіленням «єдності державної» за національного розмежування.

Отже, умовою існування права, за М. Ф. Владимирським-Будановим, є правосвідомість нації, закон же може збігатися з поняттям «право», коли він є виразом «правосвідомості того чи іншого народу». Державна санкція, що є необхідною для закону, мала характер зовнішнього свідчення про право на перших етапах його розвитку. У подальшому роль закону, за умови його намагання не відставати від розвитку права, оцінювалася вченим досить високо.

Як видно, попри об'єктивно зумовлене перебування у прокрустовому ложі «слав'янофільства – західництва», як практично неминучого для тогочасного наукового дискурсу, оминати яке навряд чи було можливо, його теорія правоутворення є напрочуд сучасною. Так, у ній поєднуються своєрідний морально-психологічний підхід до права як до системи понять про загальнообов'язкові норми (права, обов'язки, заборони, умови їхнього виникнення та реалізації), що містяться в народній свідомості, з нормативними елементами (коли право удосконалюється і розвивається через законотворчу діяльність) та соціологічними чинниками (намагання пов'язати право із суспільними умовами життя). Загальне ж поняття права передбачає системне поєднання і врівноваження цих елементів.

Отже, теоретичні конструкції спиралися переважно на загальні культурно-історичні категорії, ніж на спеціально-юридичні, або політичні й формально-юридичні (В. І. Сергєєвич) з домінуванням суспільного елемента. Право у нього розглядалося в природному зв'язку з економікою, освітою, релігією, природними умовами тощо.

Історико-порівняльний (або порівняльно-слов'янський) метод М. Ф. Владимирського-Буданова передбачав меншу кількість об'єктів для порівняння, оскільки обмежувався слов'янським світом, і тому, як видається, дещо звужував можливості пізнання. Але водночас такий методологічний підхід давав змогу докладніше з'ясувати особливості руського права, що, власне, і було головною метою вивчення права національного (основним при вивченні загальної історії права, вчений вважав з'ясування подібних рис права). Між руською нацією і людством взагалі він ставив, як проміжну категорію, слов'янський етнос.

Питання про існування слов'янського права<sup>19</sup>, особливо в контексті співставлення його з німецьким правом чи навіть на противагу йому, – одне із домінуючих у всій творчості М. Ф. Владимирського-Буданова. Ідея слов'янського права, сприйнята від М. Д. Іванишева, була значно розвинута під час європейського від'їзду вченого 1880–1881 рр., коли він відвідав Хорватію, Чехію, Польщу, Литву. Готуючись зайняти кафедру історії слов'янських законодавств, передбачену Університетським статутом 1863 р. (але в Києві так і не відкрити), М. Ф. Владимирський-Буданов дійшов висновку, що «історія слов'янських законодавств має викладатися не як самостійний предмет, а інтегруватися в історію руського права як найважливіший елемент у порівняльному викладі науки»<sup>20</sup>.

М. Ф. Владимирський-Буданов, будучи переконаним адептом слов'янського права, адже право для нього не випадковий продукт сваволі, а наслідок єдності психічних і фізичних законів людської природи, що пояснює схожість норм одного народу, пов'язаного єдністю походження, а спочатку й місцем проживання, все ж наголошує: умовою єдності слов'янського права може бути лише самотутній його розвиток у кожній слов'янській нації (для М. Ф. Владимирського-Буданова – руській), адже «сім'я слов'янських народів... може скластися тільки з самостійних та повнокровних членів»<sup>21</sup>, для чого необхідно спочатку досягнення ближчої мети, а саме усвідомлення самостійності та єдності кожної слов'янської нації окремо.

Згідно із тезою про єдність національного при державному роз'єднанні для М. Ф. Владимирського-Буданова безперечним є те, що «історія руського права має включати історію права таких руських країн, як Галичина, історію права Литовсько-руської держави» насамперед як «сполучну ланку між давнім правом першого періоду і періодом імперії»<sup>22</sup>.

Ось як виглядала запропонована вченим періодизація історичного процесу:

земський (княжий) період IX–XIII ст., Московська і Литовська держави XIV–XVI, імперія XVIII–XIX ст.<sup>23</sup>.

Порівнюючи цю періодизацію з офіційною схемою руської історії (Київська Русь – Московська держава – Російська імперія), можна вирізнити два позитивних моменти. По-перше, Московська держава не виступає тут виключною правонаступницею Київської Русі, позбавляючи тим самим західноруські землі (українські та білоруські) початку історії своєї державності. По-друге, концепція існування «двох цілком незалежних держав – Литовської і Московської»<sup>24</sup> стимулювала комплексні дослідження, які мали заповнити наявну прогалину та, у ряді випадків, приводили до висновку про самотутній характер власне західноруського права, що значною мірою зберегло давньоруські основи. Остання думка мала особливе значення на фоні твер-

дження вченого про те, що між «Судебниками і Руською Правдою ціла прірва, нічим не заповнена... їхній зміст не тільки більш односторонній та бідний, а й якісно відрізняється від змісту Руської Правди»<sup>25</sup>. Кропітке вивчення пам'яток, побудова аналогічного ряду, висунування гіпотез, які тим вірогідніші, чим «більшу ерудицію і чим більший талант проникнення у зміст історичних явищ і подій має дослідник»<sup>26</sup> сам М. Ф. Владимирський-Буданов. Його здогадки, за висловом О. О. Малиновського, характеризувалися «особливою солідністю» і знаходили підтвердження в працях вчених, що мали більше матеріалів для дослідження, дали змогу М. Ф. Владимирському-Буданову відтворити цілісну картину історичного розвитку руського права, а не лише механічно поєднати окремі фрагменти.

Цей розвиток цілком органічно вписується в теорію прогресу, який для вченого є «рухом від форм простих до більш складних і досконаліх», що зумовлюється певними принципами. Це послідовність історичних явищ, які перебувають у генетичному зв'язку між собою; їхня поступовість («стрибків в історії не буває»); існування певної гармонії явищ суспільного життя (взаємовплив). Мабуть, саме в такому контексті й слід розуміти сформульоване М. Ф. Владимирським-Будановим визначення історії права як «науки, що викладає прогресивний розвиток юридичних норм у житті руського народу»<sup>27</sup>.

Праці М. Ф. Владимирського-Буданова належать до тих, перерішуючи які раз по раз услід за їх автором хочеться повторити: «шляхи прокладені давно, але почасти посповані довготривалим рухом ними»<sup>28</sup>. М. Ф. Владимирський-Буданов належить до наукової еліти другої половини XIX ст., представники якої заклали міцне підґрунтя сучасної української юридичної та історичної науки і освіти, архівістики і археографії. Будучи представником свого часу, що висував свої вимоги і розставляв обмеження, М. Ф. Владимирський-Буданов своєю діяльністю встановив високі стандарти історіописання, які ось уже упродовж багатьох десятиліть є камертоном розвитку історико-правової науки і запорукою її поступу.

<sup>1</sup> Губар К. А. Внесок Києво-Могилянської академії та Київської духовної академії у вітчизняну юридичну освіту, науку і практику (1615–1920 рр.) / За заг. ред. І. Б. Усенка. – К., 2016. – С. 90, 160.

<sup>2</sup> Биографический словарь профессоров и преподавателей университета св. Владимира. – Киев, 1989. – С. 111.

<sup>3</sup> Яковкин И. М. Ф. Владимирский-Буданов // Журн. Мин. народ. прос. – 1916. – № 2. – С. 34.

<sup>4</sup> Шемета Ю. М. Науково-освітня діяльність М. Ф. Владимирського-Буданова. Автореф. ... канд. іст. наук. 07.00.06. – К., 2004. – С. 11.

<sup>5</sup> Владимирский-Буданов М. Ф. Немецкое право в Польше и Литве. – СПб., 1868. – С. 299.

<sup>6</sup> Головицкий Н. Павел Григорьевич Демидов и история основанного им в Ярославле училища (1803–1886). – Ярославль, 1887. – С. 158.

<sup>7</sup> Владимирский-Буданов М. Ф. Отчет о годичной командировке 1880 // Университетские известия. – 1881. – № 12. – С. 3.

<sup>8</sup> Малиновский И. А. Памяти учителя. – Ростов, 1917. – С. 13.

<sup>9</sup> Грунтовний розбір праці див.: Малиновський І. Учебное пособие по истории русского права. – Томск, 1917.

<sup>10</sup> Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор истории русского права. – Ростов-на-Дону: Феникс, 1995; Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор истории русского права: учеб. пособие. – М., 2005.

<sup>11</sup> Ворончук І. Роль М. Ф. Владимирського-Буданова в розвитку української археографічної традиції та архівної практики // Архівознавство. Археографія. Джерелознавство. Міжвідомчий збірник наукових праць. Вип. 1. Архів і особа. – К., 1999. – С. 111–121.

<sup>12</sup> Дубчак Є. В. Діяльність М. Владимирського-Буданова в історичному товаристві Нестора-літописця: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.rusnauka.com/13\\_NBG\\_2015/Istoria/1\\_191905.doc.htm](http://www.rusnauka.com/13_NBG_2015/Istoria/1_191905.doc.htm)

<sup>13</sup> Бабицкий Б. Е. М. Ф. Владимирский-Буданов как историк русского государства // Правоведение. – 1961. – № 2. – С. 86–97; Бондарук Т. Західноруське право: дослідники і дослідження (Київська історико-юридична школа). – К., 2000. – С. 24–36; Михальченко С. И. Киевская школа в российской историографии. – М., Брянск, 1996. – 186 с.; Скакун О. Ф. Политическая и правовая мысль на Украине (1861–1917). – К., 1987. – 158 с.; Ворончук І. «Ученый Божьей милостью» Михайло Флегонтович Владимирський-Буданов // Українознавство. – № 1–2 (62–63). – 2017. – С. 75–81; Шемета Ю. М. Науково-освітня діяльність М. Ф. Владимирського-Буданова. Автореф. ... канд. іст. наук. 07.00.06. – К., 2004. – 17 с.

<sup>14</sup> Тарановский Ф. В. Памяти М. Ф. Владимирского-Буданова // Юридический вестник. – 1916. – № 3. – С. 1.

<sup>15</sup> Академічна юридична думка / Укладачі: І. Б. Усенко, Т. І. Бондарук; За заг. ред. Ю. С. Шемшученка. – К.: Ін Юре, 1998. С. 38–44; Усенко І. Б. Комісія для вивчення історії західноруського і українського права / Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. – К.: Укр. енцикл., 2001. – Т. 3: К–М. – С. 174.

<sup>16</sup> Тарановский Ф. В. Памяти М. Ф. Владимирского-Буданова. – С. 3.

<sup>17</sup> Владимирский-Буданов М. Ф. Отчет о годичной командировке 1880–1881 // Университетские известия. – 1881. – № 12. – С. 5.

<sup>18</sup> Владимирский-Буданов М. Ф. Отчет... – С. 38, 56.

<sup>19</sup> Див., зокрема: Рязанов М. Ю. М. Ф. Владимирский-Буданов про слов'янське законодавство і право // Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. праць. – Одеса : Юрид. л-ра, 2009. – Вип. 48. – С. 68–73.

<sup>20</sup> Владимирский-Буданов М. Ф. Отчет... – С. 3.

<sup>21</sup> Там само. – С. 54.

<sup>22</sup> Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор истории русского права. – К., 1915. – С. 4.

<sup>23</sup> Там само. – С. 72.

<sup>24</sup> Владимирский-Буданов М. Ф. Отношение между Литовским Статутом и Уложением царя Алексея Михайловича // Сб. гос. знаний. – СПб., 1877. – Т. 4. – С. 21.

<sup>25</sup> Там само. – С. 22.

<sup>26</sup> Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор ... – С. 2.

<sup>27</sup> Там само. – С. 4.

<sup>28</sup> Владимирский-Буданов М. Ф. Отношение ... – С. 5.

### Резюме

**Бондарук Т. І.** Класик історико-правової науки (до 180-річчя від дня народження Михайла Флегонтовича Владимирського-Буданова).

У статті, присвяченій видатному правознавцю, історику права М. Ф. Владимирському-Буданову, подається короткий виклад його життєвого і творчого шляху, аналізуються основні творчі здобутки, підходи й методи, з'ясовується роль у розвитку української історико-правової науки.

**Ключові слова:** М. Ф. Владимирський-Буданов, університет Св. Володимира, Литовсько-руська держава, київська історико-юридична школа, західноруське право, правоутворення.

### Резюме

**Бондарук Т. И.** Классик историко-правовой науки (к 180-летию со дня рождения Михаила Флегонтовича Владимирского-Буданова).

В статье, посвященной выдающемуся правоведе, историку права М. Ф. Владимирскому-Буданову, подано короткое изложение его жизненного и творческого пути, анализируются основные творческие достижения, подходы и методы, выясняется роль в развитии украинской историко-правовой науки.

**Ключевые слова:** М. Ф. Владимирский-Буданов, университет Св. Владимира, Литовско-русское государство, киевская историко-юридическая школа, западнорусское право, правообразование.

### Summary

**Bondaruk T.** Classic of historical-legal science (to the 180th anniversary of the birth of Mikhail Flegontovich Vladimirsky-Budanov).

In an article devoted to the outstanding lawyer, historian of law M. F. Vladimirsky-Budanov, a brief account of his life and creative path, analyzes the main creative achievements, approaches and methods, reveals the role in the development of Ukrainian historical and legal science.

**Key words:** M. F. Vladimirsky-Budanov, St. Volodymyr's University, Lithuanian-Russian State, Kiev history and law school, western-russian law, formation of law.

УДК 340.12:340.143

**А. С. ТОКАРСЬКА**

*Антоніна Семенівна Токарська, доктор юридичних наук, професор, професор Інституту права та психології Національного університету «Львівська політехніка»*

### **КОМУНІКАЦІЯ ПРОФЕСІЙНОГО ПРАВОВОГО СПРЯМУВАННЯ: ПЕРСПЕКТИВИ ОНОВЛЕННЯ ЗМІСТУ**

Нинішня конфронтація у більшості сфер життя суттєво знижує потенційну дієвість механізмів права, підриває перспективи легітимного характеру регулювання суспільних відносин. Правопорядок зазнає деформацій і їх неможливо усунути без впливу на рівень комунікативної конфліктогенності у суспільстві та запобігання різнопричинним соціальним суперечностям (економічні, політичні та ін.) засобами комунікації. Часто під час їхнього загострення застосовуються «неправові» за своєю природою заходи силового характеру, які не сприяють зміцненню правопорядку, а лише «заморожують» ситуацію, не створюючи механізмів вирішення конфлікту. У таких випадках і самі механізми права спрацьовують не завжди ефективно, що певною мірою дискредитує правове нормування, діяльність влади та поглиблює напругу у суспільстві.

Для цивілізованих правовідносин проблема професійної правової комунікації є актуальною не лише через демократизацію правових норм: саме під таким кутом зору вона із нібито вузької – потреби захисту основних прав людини і громадянина – переходить у площину ще більш стратегічних завдань, а саме: гарантування у молодій суверенній державі юридичної безпеки громадян, без якої будь-які правовідносини приречені на взаємні (державна – громадянин) претензійно агресивні звинувачення один одного у порушенні прав і свобод людини і громадянина.

Правова комунікація юристів – це той різновид взаємодії, який і на рівні впливу на суб'єкта-комуніканта, і на рівні герменевтичних його особливостей та різних правових інтенцій (намірів), і на рівні політики права як сфери еволюційного перспективного функціонування державно-правового організму взагалі (макrorівень) має суспільно значимі як негативні, так і позитивні наслідки (протиправні й правові).

Науково-теоретичну основу у вивченні правових основ комунікативної діяльності правників становлять насамперед дослідження у галузі правової культури відомих учених: В. Д. Бабкіна, К. С. Бельського, В. О. Бурмистрова, О. В. Зайчука, Г. А. Злобіна, Є. А. Зорченка, В. П. Казмірчук, В. І. Камінської, Д. А. Керімова, М. І. Козюбри, В. В. Копейчикова, О. А. Лукашової, М. І. Матузова, Г. Д. Маркової, І. О. Мурашина, а також К.-О. Апеля, Д. Бьолера, Ю. Габермаса, В. Гьосле, Г. Йонаса, В. Кульмана, А. Макінтайра, А. Піппера, Д. Пітерса, Дж. Роулза, Р. Рорті, П. Ульриха, К. Ясперса та ін. Разом із тим існує недостатньо праць дослідників лінгвокомунікації, яка залишається майже поза увагою вчених в Україні, не враховуючи суто мовознавчих досягнень.

Нині, на наше переконання, необхідно акцентувати увагу на тому, що характер правової комунікації оновлює концепцію права як інтерсуб'єктивного феномена у плюралістичному суспільстві. Такий аналіз дає змогу створити нову концепцію філософсько-правового розуміння правовідносин, у центрі якої – норми професійно-комунікативної дії правового суб'єкта як правового діяча та способи подолання відхилень від правової норми як на рівні права, так і на рівні лінгвокомунікації.

Ефективність комунікації у сфері права визначається рівнем реалізації нормативних принципів комунікації – правдивості, рівних прав і адекватного обов'язку у створенні симетричних взаємин та формальної толерантності, що передбачають забезпечення основних прав людини й громадянина. Основним засобом комунікації є мова<sup>1</sup>.

Досі міждисциплінарні зв'язки творили ґрунт для взаємодоповнювальності теоретико-методологічних основ філософії права, проте в переліку міждисциплінарних зв'язків позиціонованими виявлялися лише етика, онтологія, антропологія, аксіологія, епістемологія, теорія права і держави, соціологія права<sup>2</sup>. Поза межами філософсько-правової проблематики опинилася психолінгвістика, теорія комунікації, комунікативна лінг-

вістика, соціопсихолінгвістика, теорія інформації<sup>3</sup>. Ці пізнавально-практичні знання покликані відтворювати у складній структурі теоретичних філософських ідеалів ряд методично синтезованих підходів до розуміння норм права через ціннісну структуру лінгвоюрисдики. Саме комунікативний підхід до мови права породжує новітні пріоритети у формуванні концепції консенсусного взаємовпливу індивіда як суб'єкта плюралістичного суспільства на суспільні відносини, на культивування в ньому рівної свободи і відповідальності кожного учасника у контексті вирішення правових проблем вербальними та невербальними засобами<sup>4</sup>.

Уся інтелектуальна діяльність правників являє собою складність вербальних комунікативних зіткнень і невербальних конфліктів, протидія яким ніколи не відбувається за єдино встановленим (навіть і досконалим) нормативним приписом. Несподіваність екстремальних подій майже завжди призводить до негативних соціальних наслідків. Рівень такого негативу обернено пропорційно залежить від неспроможності запобігти йому несилловими комунікативними діями. Зрозуміло, що застосування будь-яких силових прийомів слід мінімізувати, нейтралізуючи, правовими комунікативними (мовними) засобами, нормативною правовою взаємодією. У таких випадках, якою б не була складна криміногенна подія, комунікативні способи впливу на екстремальні процеси первісно випереджають всі інші дії.

У правовій комунікативній поведінці вербально-психологічний механізм впливу спрямований на заплановані перетворення смислового поля, тобто на мету комунікативного процесу – пошук шляхів консенсусно-корелятивного впливу суб'єкта.

Проблемним аспектом, що стосується правової комунікативної практики, є жорстокі, нелюдські або такі, що принижують гідність види поводження та покарання, у зміст яких, очевидно, вкладаються зловживання не лише фізичного (невербального), а й вербально-психологічного характеру. Конкретизація суті останнього тісно пов'язана із комунікативними зловживаннями, герменевтичними «різничитаннями» почутого чи побаченого<sup>5</sup>. Основою захисту особи від подібних зловживань, профілактики творення багатьох різновидів комунікативних бар'єрів у професійній діяльності правників може стати введення у зміст мовознавчих дисциплін вивчення філософсько-правового та філософсько-лінгвістичного підґрунтя української мови професійного спрямування для правової взаємодії із суб'єктами права.

Прикметно, що трансцендентальний обмін вибудовується на виявленні щирої зацікавленості долею особи, стримуванні емоцій у конфліктному спілкуванні. Питання мовної освіти, мовного обов'язку свідомого громадянина, відданого служителя закону набуває особливої актуальності. У нашому баченні мовна професіоналізація сягає далеко за межі самого мовознавства, проблем граматики й мовлення. Вона перетинається із глибинними процесами: за мовою стоять національний характер, духовність, ментальність, а за ними – історія народу, його земля, національна ідея, соборність і державність нації та її шлях у майбутнє. Із мов починалося формування нових європейських націй у Середньовіччі. З мов починалося відродження європейських націй у ХІХ столітті<sup>6</sup>. Боротьба за мови як основний засіб комунікації не припиняється і сьогодні у світі.

Незаперечно, що у позиціонуванні мислячої, діяльної, творчої, національно свідомої особистості роль мови визначальна. Бездуховність, відсутність мовленнєвої культури і, зокрема, комунікативної, звужує можливості успішної реалізації особистістю планів і намірів, спричиняє виникнення численних конфліктів, взаємного непорозуміння, неприязні й ворожості.

Чому це трапляється? Через брак мисленнєво-мовної конотації і професійного оволодіння семантикою слова, а також внаслідок елементарної відсутності мовного чуття. Таких причин безліч. Серед них і зниження загальної культури мовлення у його носіїв. Суцільний суржик, який майже витіснив літературну мову<sup>7</sup>. Як і жаргонна лексика в усному мовленні, нецензурні слова – такі лінгвістичні екстреми і радикальна епатажність свідчать, з одного боку, про об'єктивну закономірність у функціонуванні мови (це результат багаторічного звуження сфери використання української мови, її нівелювання), з іншого, – це результат недалекоглядності наших політиків, які недооцінюють значення мови як засобу націотворчого та мислетворчого чинника<sup>8</sup>.

Узагальнюючи таку властивість нинішнього стану мови, яка має статус державної, зазначимо, що вона набуває своєї ваги через те, що (як ми вже зауважували) мова є основним засобом інтеракції. Відтак, для правової комунікації потрібно культивування повноцінних мовленнєвих здібностей для вирішення професійних, життєвих проблем<sup>9</sup>.

Концепція виходить з необхідності оволодіння мовою в широкому контексті представленої нею культури, що становить духовну й матеріальну спадщину народу. Культурологічний підхід до мовної освіти продиктований тим, що престижність кожної нації визначається рівнем її культури, а остання – культурою мови, яка є формою збереження й творення національної духовності і культури. Мова забезпечує неперервність і вічність культури, консолідацію на засадах громадянського патріотизму. Водночас привернення уваги до багатих джерел правової комунікації дає підстави для вироблення і розвитку тих засад взаємодії влади із суспільством, які називаються віковими.

Аналіз ефективності правового тексту комунікативної діяльності на загал переконує у наявності вагомого комунікативного ресурсу для побудови оптимальної системи державно-правових та міжособистісних стосунків. Вони (стосунки) формуються як консенсусно-комунікативна взаємодія на рівні правових норм через додержання насамперед норм літературної мови. Правомому комунікативному актові властиві чітко визначені правові межі, просторово-часові, соціальні, семантико-тематичні характеристики. Вони зазнають динаміки, зумовленої системними змінами, нормативними прогалинами, процесуальною спрямованістю офіційно-ділових стосунків. Модель правового комунікативного акту передбачає триаспектний аналіз правової



комунікації: крізь призму правової аксіології, що реалізується засобами правової семіотики та трактується методами правової герменевтики, які в цілому упорядковують багатоаспектність та не однотипність комунікативних дій<sup>10</sup>. Факультативність застосування запропонованих характеристик виправдана лише за умов розширення комунікативно-правових ознак носія мови, перспективного поглиблення оцінок правового дискурсу із ситуативним урахуванням різних причин порушення норм правової комунікації. На жаль, така ідеальна модель ще не працює на практиці.

У системних підходах акцентуємо увагу на професійній проблемній інтеракції, а саме – на перешкодах у взаємодії юриста з іншими суб'єктами. Так, наприклад, вербальні бар'єри у вигляді порушення норм мовлення у реалізації законних інтересів особи спричинені не правовими засобами вербальної та невербальної поведінки. Будь-яке порушення норм слововживання (суржикування, сплутування значення слів, вимова слів із порушенням норм наголошування, що змінює значення слів; спотворення семантики лексики через ненормативну граматичну форму та ін.) провокує нерозуміння, спротив, різні реакції у комунікантів. Наприклад, суперечки парламентарів (на наш всенародний подив) стосувалися термінів, що порушують норми мовлення. І комунікація з цього приводу тривала тиждень (!) зі значною мірою агресії: для чого це обговорювати питання зміни терміносполучень «явка з повинною», «скріплення підписом» та ін. У цьому факті виявилися всі недоліки мисленнево-інтелектуальної реалізації своїх позицій, які, на жаль, притаманні законотворцям, не готовим до такої діяльності. З їхніх уст ми чуємо «читання», «покази», феномен, недоторканість, подорожання, діюче (законодавство), наручники, існуючий (закон), подробиці (затримання), розробка (планів), підбір (кадрів), задачі (по боротьбі), приймати (участь), показали (високу організованість), заяви не поступало, на рахунок (статті 36 ККУ), в якості потерпілих, головуєчий (на засіданні), навик, недоліки в області (громадського транспорту) і т. д. Натомість правова комунікативна практика потребує чіткості, точності й нормативності висловлювань. Це не просто для краси мови вимога! Кожний представник влади зобов'язаний сповідувати норми мови для ділової юридичної комунікації. Якщо мовлення спотворює текст, то і мислення є таким же недосконалим. Адже відома теза: мовлення формує мислення. Якщо ж мисленнева складова деформована, то вона матиме такі ж комунікативні наслідки.

Отже, можемо зробити такий висновок. Щоб удосконалити правову комунікацію на всіх рівнях, треба виробити потребу постійного контролю і самоконтролю щодо сповідання норм літературної мови; виховання, потреби постійного користування словниками, культивування мовних зразків у щоденній комунікації (від парламенту – до шкіл і дитячих установ).

Важливість позиціонування високої комунікативної культури неодмінно впливатиме на психолінгвментальну складову нашого суспільства, на обов'язковість і правову культуру, правові норми й верховенство права.

<sup>1</sup> Пентилюк М. І. Ділове спілкування та культура мовлення: навч. посіб. / М. І. Пентилюк, І. І. Маруніч, І. В. Гайдаєнко. – К.: Центр навчальної літератури, 2010. – 224 с.

<sup>2</sup> Tokarczyk R. *Filosofia prawa* / R. Tokarczyk. – Warszawa, 2009. – 329 s.

<sup>3</sup> Симон Ю. С. Методологічні суперечності та новачі філософії права початку ХХІ століття / Ю. С. Симон // *Філософські та методологічні проблеми*. – 2012. – С. 18–27.

<sup>4</sup> *Faschnujace ścieżki filozofii prawa / pod redakcją J. Zajadło*. – Warszawa: LexisNexis, 2008. – 328 s.

<sup>5</sup> Ярошовець В. І. Гуманістичний зміст методології пізнання: автореф. дис. ... д-ра філос. наук: спец. 09.00.01 / В. І. Ярошовець. – К.: Київ. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 1996. – 46 с.

<sup>6</sup> *Свропейський словник філософій. Лексикон неперекладностей / за керів. Б. Кассен; пер. з фр.* – К.: ДУХ і ЛІТЕРА, 2011. – Т. 2. – 488 с.

<sup>7</sup> Коваль А. П. *Культура ділового мовлення* / А. П. Коваль. – К.: Вища школа, 1990. – 289 с.

<sup>8</sup> Токарська А. С. *Культура фахового мовлення правника: навч. посіб.* / А. С. Токарська. – Л.: Світ, 2003. – 312 с.

<sup>9</sup> Токарська А. С. *Діалогічна проєкція взаємодії правоохоронних органів (ОВС і митна служба): моногр.* / А. С. Токарська. – Л., ЛьвДУВС, 2014. – 220 с.

<sup>10</sup> Кримський С. *Пізнання як трансценденція софії і спокуса практикою* / С. Кримський // *Система сучасних методологій: хрестоматія: у 4-х т. / упор., відп. ред., перекл. А. В. Фурман.* – Тернопіль: ТНЕУ, 2015. – Т. 1. – 314 с.

## Резюме

### **Токарська А. С. Комунікація професійного правового спрямування: перспективи оновлення змісту.**

Професійна комунікація правників набуває все виразніших рис праксеологічно-прикладного спрямування, що спонукає до новітнього філософського переосмислення предмета розгляду. Виправданим, на наш погляд, постає достатньо не розвинений культурно-ціннісний підхід, скерований, наприклад, на філософсько-правовий вектор освоєння лінгво-комунікативних основ фахової правової взаємодії. У статті актуалізуються мовлення і мислення; правова комунікація; правова герменевтика; правова синергетика та ін.

**Ключові слова:** комунікація, мовлення, миследіяльність, конфліктогенність, норма.

## Резюме

### **Токарская А. С. Коммуникация профессионального юридического направления: перспективы обновления содержания.**

Профессиональная коммуникация юристов приобретает все более отчетливые черты праксеологического и прикладного направления, побуждающая к новейшему философскому переосмыслению предмета рассмотрения. Оправданным, на наш

взгляд, является достаточным образом не развитый культурно-ценностный подход, направленный, например, на философско-правовой вектор освоения лингво-коммуникативных основ профессиональной правового взаимодействия. В статье актуализируются речь и мышление; правовая коммуникация; правовая герменевтика; правовая синергетика и др.

**Ключевые слова:** коммуникация, речь, мыслительность, конфликтность, норма.

#### Summary

**Tokarska A. Communication of professional legal direction: perspectives of content updating.**

In this article the author demonstrates that professional communication of lawyers acquires all the most distinctive features of the praxeological and applied direction, which prompts the most recent philosophical rethinking of the subject of consideration. In our opinion, it is justifiable, that cultural-value approach, sufficiently developed, for example, is directed at the philosophical and legal vector of mastering the linguistic and communicative foundations of professional legal interaction. In this article we try to analyze updating of speech and thinking; legal communication; legal hermeneutics; legal synergetics and so on.

**Key words:** communication, broadcasting, mentalactivity, conflict-making, norm.

УДК 340.15

#### А. А. БОЙЧУК

*Андрій Юрійович Бойчук, кандидат юридичних наук, суддя Приморського районного суду м. Одеси*

### ЗАГАЛЬНІ ПИТАННЯ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ ПРОТИ ПРИРОДИ, ЯКІ ДІЯЛИ В ЧАСИ ІСНУВАННЯ СРСР, ТА ЇЇ ДИНАМІКИ

Дослідження проблеми юридичної відповідальності та її динаміки в різні історичні часи є одним із найбільш актуальних та складних питань сучасної юридичної науки й практики. Розгляд правотворчих процесів переконливо доказує і показує, що суспільство та особа не можуть існувати без захисту від правопорушень та осіб, що їх здійснюють, а отже, без нормативно-правових актів, в яких закріплено юридичну відповідальність за здійснення конкретних правопорушень.

Вітчизняна юриспруденція, причому як радянського, так пострадянського періодів, рясніє дослідженнями інститутів як юридичної (К. В. Басін, С. В. Бобровник, С. М. Братусь, Ю. Л. Денисов, В. М. Кудрявцев, О. Е. Лейст, О. Л. Липинський, Н. М. Онищенко, І. С. Самощенко, О. В. Сурилов, Т. І. Тарахонич, М. Х. Фарукшин та ін.), так і цивільно-правової (В. В. Васькин, Л. В. Венедиктов, О. С. Іоффе, М. С. Малєїн, М. І. Овчинников, Л. М. Рогович, А. О. Собчак, В. А. Тархов, Ю. С. Червоний та ін.) відповідальності в цілому, в т.ч. і окремих теоретичних та практичних питань (про види, функції й підстави відповідальності). Предметом спеціальних наукових досліджень стають переважно приватні аспекти теорії цивільно-правової відповідальності. Ґрунтовно висвітлені в літературі такі, наприклад, як вина, невиконання зобов'язань та інші. Разом із тим відомим фактом є й те, що наявність численного монографічного матеріалу далеко не завжди підтверджує змістовну плідність і якість проведених доктринальних досліджень. Дійсно, тільки при реалізації спроби розібратися по суті поняття юридичної відповідальності дослідник може виявитися в епіцентрі наукової полеміки.

Тому *метою* даної статті є дослідження загальних питань юридичної відповідальності за порушення проти природи, які діяли в часи існування Союзу РСР, та її динаміки.

Складність визначення змісту категорії юридичної відповідальності привела до дискусії стосовно доцільності розробки її єдиного поняття. Так, на думку О. І. Харитонової та Є. О. Харитонова, формулювання універсального визначення поняття юридичної відповідальності є недоцільним, оскільки в багатьох випадках мають місце спроби об'єднати численні та різноманітні ознаки цього феномена в дефініцію<sup>1</sup>. У філософській та юридичній літературі зазначається, що ця категорія є різновидом соціальної відповідальності, тому вони співвідносяться як загальне та особливе.

На думку С. В. Бобровник, обом видам відповідальності притаманні відмінні й спільні риси. До спільних рис належать такі:

- 1) як соціальна, так і юридична відповідальність є засобом регулювання і охорони;
- 2) вони встановлюються певними суб'єктами та гарантуються певними засобами;
- 3) мають динамічний характер;
- 4) забезпечують системне суспільство як соціальне утворення;
- 5) передбачають настання певних наслідків для правопорушників.

Відмінними рисами є такі:

- 1) юридична відповідальність передбачається правовими нормами, а соціальна відповідальність – соціальними нормами;
- 2) юридична відповідальність має характер примусу, а соціальна не є засобом примусу;

3) юридична відповідальність забезпечується органами держави, а соціальна – недержавними структурами<sup>2</sup>.

Слід зазначити, що аналогічної точки зору дотримується відомий радянський науковець О. Е. Лейст, вказуючи, що юридичної відповідальності немає і не може бути поза межами чинного права, тобто вона завжди реалізується в правових рамках<sup>3</sup>. На думку В. Г. Смирнова, проблема відповідальності найбільш чітко виявляється в порушенні будь-яких інтересів, у разі вчинення недозволених з точки зору закону діянь<sup>4</sup>. О. С. Іоффе і М. Д. Шаргородський визначали юридичну відповідальність у соціалістичному суспільстві як міру державного примусу<sup>5</sup>. Вчені трактували цей термін як засуджену суспільством поведінку правопорушника, що виражається у встановленні для нього певних негативних наслідків у вигляді обмежень особистого чи майнового порядку.

Об'єктивна закономірність взаємодії природи та суспільства полягає в тому, що в процесі експлуатації вона використовується у різноманітних аспектах. Однак при такому втручанні в природні процеси потрібно зважати на закони розвитку окремих природних об'єктів і комплексів, а також на закони функціонування довкілля. Оскільки природні ресурси забезпечують життєдіяльність людей, то виникає потреба обмежити вплив людини на стан природних ресурсів. Такий підхід потребує створення системи права, яка б забезпечувала оптимальний баланс між потребами економіки, суспільства й природи, та встановлення норм юридичної відповідальності за правопорушення в цій сфері.

Серед науковців найбільш визнаною є класифікація видів юридичної відповідальності на кримінальну, адміністративну, цивільно-правову та дисциплінарну<sup>6</sup>. У різні історичні часи з метою притягнення порушників до відповідальності та застосування тієї чи іншої санкції приймалися Кримінальні кодекси радянської України 1922 р., 1927 р., 1960 р., Адміністративний кодекс УСРР 1927 р., Кодекс Української РСР про адміністративні правопорушення 1984 р. та інші законодавчі акти. У процесі розвитку радянського права вчені по-різному підходили до розуміння цього поняття. Так, С. М. Братусь вважав, що юридична відповідальність є «важливим інструментом примусу», який зобов'язує всіх громадян, посадових осіб дотримуватися законів соціалістичної держави<sup>7</sup>. Інший науковець, М. І. Матузов, визначає юридичну відповідальність як один із видів соціальної відповідальності індивіда, головною особливістю якої є те, що вона пов'язана з порушенням юридичних норм, за якими стоїть апарат примусу держави<sup>8</sup>. У свою чергу, М. В. Іванчук вказує на те, що радянська модель передбачала відповідальність, яка безпосередньо пов'язана з правами та обов'язками громадян, з виконанням взаємно прийнятих зобов'язань різними суб'єктами, з рівнем розвитку соціалістичної правосвідомості, правової культури громадян у суспільстві, тобто, це «певна міра свободи»<sup>9</sup>.

Такий підхід на початку 60-х рр. минулого століття знайшов своє відображення у зміні правосвідомості радянського суспільства щодо цінності та важливості збереження природних об'єктів. На думку Б. Т. Базілева, інститут юридичної відповідальності – це загальний, комплексний за своїм змістом, своєрідний за структурою, охоронний за призначенням функціональний інститут права, що регулює деліктні відносини методом покарання правопорушників<sup>10</sup>. С. Л. Кондратьєва вважає, що інститут юридичної відповідальності належить до групи функціональних аспектів, що обслуговують різні галузі права і здійснюють регламентацію найважливіших і найістотніших положень, пов'язаних з притягненням правопорушників до юридичної відповідальності<sup>11</sup>.

Необхідно вказати, що саме такі загальноюридичні підходи стали підставою для дослідників юридичної відповідальності за правопорушення у сфері природи, які доповнили його специфічними рисами, пов'язаними з особливостями природних об'єктів. Так, відомий радянський учений М. Д. Казанцев визначав юридичну відповідальність у сфері природи як відповідальність за шкоду, заподіяну окремим ресурсам природного середовища, а не в цілісному єдиному комплексі<sup>12</sup>. Такий підхід не був результативним, оскільки природні об'єкти завжди взаємодіють між собою, і стан одних ресурсів впливає на стан інших. Наприклад, забруднення землі веде до погіршення стану водних об'єктів, лісів, рослин, які також зазнають негативного впливу. У свою чергу, В. В. Петров вказував на природоохоронну відповідальність як на несприятливі наслідки, закріплені в праві для правопорушників, що настають при порушенні вимог правових норм з охорони природи<sup>13</sup>.

Підсумовуючи, можна зазначити, що радянська модель юридичної відповідальності за злочини проти природи – це юридичний обов'язок правопорушника примусово позбавитись певних цінностей, що йому належать.

Генетичні зв'язки, які характеризують розвиток та формування специфічних рис юридичної відповідальності, впливали на її динаміку. Характерною рисою юридичної відповідальності як системи є спадковість. Тобто, правопорушення, за які встановлювалась відповідальність у сфері охорони довкілля, у більшості випадків переходять від однієї системи юридичної відповідальності до іншої. Так, норми відповідальності за правопорушення у сфері земельних відносин, починаючи з 1917 р., поступово переходили в трансформованому вигляді з перших декретів Радянської Росії до положень Земельного кодексу УСРР 1922 р., до Закону «Про охорону природи Української РСР» 1960 р.<sup>14</sup>, а пізніше вплинули на положення Земельного кодексу УРСР 1970 року.

Таким чином, генеза інституту юридичної відповідальності за правопорушення у сфері довкілля являє собою тривалий історичний процес, у результаті якого було створено основні положення цієї категорії залежно від суспільно-політичного ладу та ставлення до природоохоронної справи.

Щоб визначити особливості юридичної відповідальності та вектор її розвитку, В. К. Гришук, вказує на необхідність виділення в ньому певних стадій чи етапів<sup>15</sup>. З авторської точки зору<sup>16</sup> у вирішенні цього пи-

тання може бути використана еволюційна теорія, згідно з якою історико-правовий процес можна розділити на чотири основні етапи: 1) зародження; 2) становлення; 3) стабілізація; 4) дестабілізація.

**1. Стадія зародження** юридичної відповідальності в Радянській Україні була тісно пов'язана з накопиченням первісного нормативного матеріалу. Юридична відповідальність цього історичного періоду входила до норм, які регулювали певні суспільні відносини у більшості випадків з метою вирішення конкретних проблем. До них належали декрети уряду Радянської Росії, дія яких поширювалась на територію України, захоплену більшовиками, окремі постанови Ради Народних Комісарів, окремих комісаріатів. За цими нормами передбачалася кримінальна відповідальність, і лише в деяких з них застосовувались норми адміністративного права.

**2. Стадія становлення** юридичної відповідальності в Радянській Україні у складі Союзу РСР, коли відбувся процес появи нових норм, які встановлювали юридичну відповідальність за правопорушення у сфері природи. А також процес систематизації природоохоронного законодавства, який відбувався шляхом кодифікації на початку 20-х рр. минулого століття та привів до прийняття Земельного кодексу УСРР 1922 р., Закону УСРР «Про ліси» 1923 р., Гірничого кодексу УСРР 1928 року. Саме в цей період було закладено основні риси та особливості юридичної відповідальності за правопорушення в природоохоронній сфері.

**3. Стадія стабілізації** юридичної відповідальності в Радянській Україні в складі Союзу РСР. Початком цієї стадії стали 60-і роки минулого століття, а першим актом – Закон «Про охорону природи УРСР» 1960 року. У той історичний період у СРСР відбувалися два процеси: а) приймалися Укази Президії Верховної Ради СРСР з метою заповнення прогалів у природоохоронному законодавстві, які регламентували відповідальність у сфері використання землі, надр, лісів, водних ресурсів, флори та фауни; б) паралельно з цим відбувалося поступове прийняття кодифікованих актів: Земельний кодекс 1970 р., Водний кодекс, Кодекс про надра, Лісовий кодекс 1979 р., а також Кодекс УРСР про адміністративні правопорушення, в якому природоохоронній справі присвячувався окремий розділ. Отже, характерною рисою цієї стадії є формування системи юридичної відповідальності, яка стала основою радянської моделі.

**4. Період дестабілізації** почався у другій половині 80-х рр. минулого століття, коли радянська система вже втрачала свою життєздатність та вступала в глибоку соціально-політичну кризу. Одночасно з цим значно збільшилась кількість проблем у сфері охорони навколишнього середовища, і радянська правова система вже не могла забезпечити ефективний захист природних об'єктів. Як вказує А. В. Діхтяренко, всі вжиті заходи радянського керівництва не давали бажаного результату і навіть у деяких випадках призводили до негативних результатів<sup>17</sup>. Для вирішення цих проблем питання юридичної відповідальності за правопорушення проти навколишнього середовища входили до сумісних постанов ЦК КПРС та Ради Міністрів СРСР.

Характеризуючи юридичну відповідальність, М. С. Малєїн наділяв її трьома ознаками: державний примус, засудження правопорушення і його суб'єкта та наявність негативних наслідків для правопорушника<sup>18</sup>. Радянські вчені І. С. Самощенко та М. Х. Фарукшин доводили, що основною і найістотною ознакою юридичної відповідальності є осуд правопорушника, оскільки ця категорія застосовується до осіб, які вчинили правопорушення<sup>19</sup>. У свою чергу, А. С. Піголкін виділяв такі ознаки юридичної відповідальності: 1) наявність правопорушення; 2) являє собою державний примус та вміщує у собі підсумкову оцінку діяльності суб'єкта правопорушення; 3) тягне за собою настання негативних наслідків для суб'єкта правопорушення, передбачених санкцією правової норми; 4) завжди реалізується у встановлених законом процесуальних формах<sup>20</sup>.

Отже, можна сформулювати такі ознаки юридичної відповідальності за порушення проти природи, які діяли в часи існування СРСР.

По-перше, така відповідальність ґрунтувалась на нормах радянського права, є формально визначеною, деталізованою та має загальнообов'язковий характер. По-друге, гарантувалась радянською державою, бо була пов'язана з виключною державною власністю на природні ресурси та з державно-владною діяльністю органів радянської влади. По-третє, забезпечувалась примусом або державним переконанням, діяльністю громадських організацій, спрямованою на пропаганду, збереження окремих природних об'єктів. По-четверте, наслідками юридичної відповідальності були осуд та покарання, в окремих випадках – державне схвалення, підтримка та заохочення. По-п'яте, здійснювалась у визначеному радянським законодавством процесуальному порядку.

З'ясуємо зміст кожної з п'яти запропонованих ознак юридичної відповідальності.

**І. Ґрунтувалась на нормах права.** У часи існування радянської України на начальному етапі юридична відповідальність була поділена на кримінальну та адміністративну, при цьому було відсутнє чітке розмежування між цими видами. Наприкінці 30-х рр. з'явилися перші нормативно-правові акти, в яких регламентувалась цивільно-правова відповідальність та необхідність відшкодування збитків, заподіяних об'єктам природи. Відповідальність за злочини проти природи регламентувалися Кримінальними кодексами радянської України 1922 р., 1927 р., 1960 р., які містили норми, встановлені за скоєння злочинів проти деяких об'єктів природи. Так, КК УСРР 1922 р. визначав злочином лише такі дії, як незаконна порубка лісу, незаконне полювання та рибна ловля, розробка надр. Норми права щодо природних об'єктів зазнали змін в КК УСРР 1927 року. Головним чином через те, що встановлювалась кримінальна відповідальність за незаконну вирубку лісу, розробку надр, рибний, тваринний промисел, полювання на морських котиків та морських бобрів. Більш деталізованим об'єктним характером та чіткістю відзначався Кримінальний кодекс УРСР 1960 р., який охороняв землю, водні об'єкти, пам'ятки природи, рослинний та тваринний світ. Особливістю радянських норм права була відсутність чіткості диспозиції норм, пов'язаних із злочинами проти природи. Роз-

пливчатиї характер норм кримінального права можна простежити на прикладі ст. 137 КК УСРР 1927 р., в якій визначаються ознаки злочину, пов'язаного з незаконним полюванням у вигляді промислу в заборонений час, забороненому місці, недозволеним знаряддям, способами та прийомами. При цьому законодавець не з'ясував поняття промислу, його ознак, кількості добутих звірів, а залишив вирішення цього питання на розсуд суду. У свою чергу, ст. 199 КК УСРР 1960 р., спрямована на охорону землі, не з'ясовує сутності дій, пов'язаних з порушенням націоналізації землі, але при цьому встановлює міри відповідальності за такі дії.

Юридична відповідальність за правопорушення проти природи ґрунтувалась також на нормах Адміністративного кодексу УСРР 1927 р., Кодексу Української РСР про адміністративні порушення 1984 р., до якого увійшли норми з охорони земель, надр, водних ресурсів, лісів, рослин, риб, полювання, атмосферного повітря, пам'яток історії та культури. Іншими ж джерелами права стали Укази Президії Верховної Ради СРСР, Верховної Ради УСРР, постанови Рад Народних Комісарів, Рад Міністрів, окремих комісаріатів, міністерств та відомств. У цих кодифікованих актах знайшли відображення норми, пов'язані з охороною природи, та штрафні санкції за правопорушення в цій сфері. Норми адміністративного права, на яких ґрунтувалась відповідальність за правопорушення проти природи, згідно з Адміністративним кодексом УСРР 1927 р. охоплювали лише ловлю риби та незаконні рубки в лісах.

Таким чином, норми права, які регламентували юридичну відповідальність у радянський період, розвивалися поступово, а кількість природних об'єктів, що охоронялись, збільшувалася.

## **II. Гарантувалась радянською державою, бо базувалась виключно на державній власності природних ресурсів, безпосередньо була пов'язана з державно-владною діяльністю органів радянської влади.**

На думку М. С. Строговича, гарантіями з боку держави є суворе й неухильне дотримання і виконання радянських законів усіма органами радянської держави, установами, підприємствами, громадськими організаціями, посадовими особами та громадянами<sup>21</sup>. Така гарантія забезпечувалась виконанням норм Кримінальних та Адміністративних кодексів УСРР, а заходи адміністративного впливу – рішеннями обласних, районних, міських Рад та їх виконавчих комітетів з конкретного кола питань, які передбачали накладання адміністративних стягнень за їх порушення, припинення роботи підприємств, заборону скидів не очищених стоків, викидів небезпечних речовин в атмосферне повітря. Ця ознака ґрунтується на положенні, згідно з яким природні ресурси являли собою об'єкти виключної державної власності, які після Жовтневого перевороту згідно з рішенням II Всеросійського з'їзду Рад Робітничих, Солдатських, Селянських Депутатів від 25–27 жовтня 1917 р. були націоналізовані. Таке рішення надавало радянській державі право охорони державної власності, до числа якої належали природні об'єкти, та право притягнення до юридичної відповідальності осіб, які порушили дане положення. Гарантії охорони таких об'єктів, як надра, ліси, пам'ятки культури та природи, законодавчо були закріплені в перші роки радянської влади в Україні.

Важливим етапом процесу становлення гарантій з боку держави щодо юридичної відповідальності за правопорушення у сфері природи стала кодифікація 20–30-х рр. минулого століття, яка знайшла своє відбиття в прийнятті Земельного кодексу УСРР 1922 р., Гірничого кодексу УСРР 1927 р., Закону УСРР «Про ліси» 1923 року. Аналогічним чином в радянській Україні в 60–80-х рр. минулого століття відбулася нова кодифікація, яка встановила гарантії з боку держави стосовно відповідальності за правопорушення проти природи. Так, були прийняті Земельний кодекс, Водний кодекс, Лісовий кодекс, Гірничий кодекс, у яких знайшли відображення норми адміністративної відповідальності за правопорушення проти природи. Гарантії з боку держави знайшли своє відображення в кримінальному законодавстві радянської України, яке регламентувало відповідальність за злочини, пов'язані з охороною природних ресурсів. При цьому деякі з них пояснювались ідеологічними догмами, що панували в той історичний період.

На практиці положення, пов'язані з гарантіями держави, потребували організації управління процесами використання, збереження та відновлення природних ресурсів. Як вказує В. К. Гришук, правовий інститут відповідальності держави дає змогу створити механізм її відповідальності перед людиною та додаткові важелі стримування й протидії владі<sup>22</sup>. Результатом такого підходу стало формування в радянській Україні значної кількості державних управлінь та інспекцій, які виконували контрольні і наглядові функції, пов'язані з охороною природних об'єктів.

## **III. Забезпечувалась примусом або державним переконанням, діяльністю громадських організацій, спрямованих на пропаганду збереження природних об'єктів.**

Державною владою за допомогою примусового, матеріального, психологічного впливу повноважних органів і посадових осіб держави на особу з метою спонукати, примусити до виконання норм соціалістичної законності в часи існування СРСР використовувався примус у сфері охорони природи. Такий підхід знайшов відображення у кримінальному, адміністративному, цивільному законодавстві, яке забезпечувало шляхом використання примусу збереження та відновлення природних ресурсів. Так, до Кримінального кодексу 1927 р. увійшло п'ять статей, в яких передбачено кримінальну відповідальність за злочини проти природи у вигляді позбавлення волі та системи штрафів. У сфері адміністративного права прикладом реалізації примусу є Указ Президії Верховної Ради СРСР «Про адміністративну відповідальність за порушення земельного законодавства» від 14 травня 1970 р.<sup>23</sup>, за яким юридичні та фізичні особи несли адміністративну відповідальність за псування ґрунтів, забруднення їх виробничими та іншими відходами і стічними водами. Таким чином, службові особи промислових, комунальних та інших виробничих підприємств у примусовому порядку зобов'язувалися вживати обов'язкових заходів щодо поліпшення земель, охорони ґрунтів, використання протиерозійних заходів, збереження захисних лісонасаджень, протиерозійних споруд, а за порушення цих норм на службових осіб накладався штраф у розмірі до 100 крб.

Іншою ознакою юридичної відповідальності є її забезпечення державним переконанням у необхідності збереження природи, яке базувалося на застосуванні методів впливу на свідомість, поведінку людей за допомогою роз'яснювальних та виховних заходів. Плакати, встановлені на природних об'єктах, містили заклики до охорони природи, боротьби з пожежами, незаконними вирубками; випускалися брошури, які також закликали до охорони природи та осуджували осіб, які порушують законом встановлені норми і правила, друкувались матеріали щодо необхідності збереження цінних видів тварин, птахів, риб, рослин.

**IV. Наслідками юридичної відповідальності були осуд та покарання, а в окремих випадках – державне схвалення, підтримка та заохочення.** В ідеологічній системі радянської України важливе місце посідало питання осуду скоєних злочинів проти природи та інших правопорушень. У той історичний період у газетах і журналах досить часто друкувались матеріали про факти притягнення до відповідальності осіб, винних у порушенні законодавства про охорону природи. До особи, яка вчинила злочин, у класичній формі від імені держави за вироком суду, застосовувався такий засіб, як покарання – він полягав у передбаченому кримінальним законом обмеженні прав і свобод засудженого. Особливістю радянського законодавства у сфері охорони природи було широке використання кримінальних санкцій у вигляді обмеження волі порівняно з використанням штрафів. Так, наприклад, у Кримінальному кодексі УРСР 1960 р. питанням охорони природи було присвячено ст. ст. 89, 90, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 199, 207, 228, які передбачали міру покарання у вигляді позбавлення волі чи виправних робіт. У нормативно-правових актах містилися норми, пов'язані із заохоченням осіб, які активно займалися пропагандою охорони природи. Державна підтримка знайшла своє відображення в постанові Ради Міністрів УРСР «Про охорону природи на території Української РСР» від 3 червня 1949 р.<sup>24</sup>, де у п. 6 зазначалось про необхідність зобов'язати Міністерство освіти УРСР посилювати роботу з виховання дітей у школах щодо дбайливого ставлення до природи та її охорони. У свою чергу, п. 7 зобов'язував Комітет у справах культурно-освітніх установ при Раді Міністрів УРСР вживати необхідних заходів, спрямованих на поліпшення роботи краєзнавчих музеїв з вивчення ними природи свого краю та її охорони. Згідно з п. 9 Державне видавництво сільськогосподарської літератури України та видавництво «Радянська школа» зобов'язались забезпечити щорічне видання по 25 аркушів популярної літератури і плакатів з охорони природи за замовленням Українського товариства охорони природи. У свою чергу, згідно з п. 35 постанови Ради Міністрів СРСР «Положення про державну лісову охорону СРСР» від 22 березня 1950 р. № 1181<sup>25</sup>, працівникам державної лісової охорони за зразкову роботу, успіхи в соціалістичному змаганні, прояв ініціативи, винахідливості й самовідданості в боротьбі з лісопорушеннями та лісовими пожежами передбачались такі заохочення: оголошення подяки; видача премії; нагородження цінними подарунками; нагородження почесною грамотою; занесення до Книги пошани, на дошку пошани; нагородження нагрудними знаками. При цьому, згідно з цією постановою, 30 % грошей, які надійшли від продажу незаконно добутої деревини, дозволялося використовувати на видачу премій особливому складу лісової охорони.

У сфері охорони землі ст. 34 Земельного кодексу УРСР 1970 р. регламентувала заходи заохочення землекористувачів у справі охорони земель і підвищення родючості ґрунтів шляхом надання премій та оголошення подяк. Відповідно до ст. 49 Водного кодексу УРСР 1972 р. в якості заохочення водокористувачів у справі забезпечення раціонального використання й охорони вод запропоновано низку заходів, зміст яких визначили рішення Ради Міністрів УРСР. Щодо такого важливого об'єкта природи, як надра, згідно з Кодексом УРСР про надра 1976 р. можуть бути встановлені заходи матеріального і морального заохочення користувачів надр, які стимулюють вжиття заходів для поліпшення використання надр і посилення їх охорони<sup>26</sup>. Так, згідно зі ст. 128 Лісового кодексу СРСР 1979 р., проводилось заохочення підприємств, установ, організацій, провідних лісових господарств та лісокористувачів за охорону лісів від незаконних порубок, хвороб, пожеж. Тобто, за цією нормою до тих лісокористувачів, хто раціонально експлуатував лісове господарство, поліпшував використання лісів, вживалися заходи матеріального і морального заохочення.

**V. Здійснювалась у визначеному радянським законодавством процесуальному порядку.** Така ознака юридичної відповідальності зазнала складної динаміки через те, що в перші роки радянської влади в Україні використання чинного законодавства відбувалось за спрощеним процесуальним порядком, підґрунтям якого було широке та необмежене використання жорстких заходів покарання. Так, 14 липня 1921 р. Рада Народних Комісарів УРСР прийняла Декрет «Про введення державної монополії на сіль»<sup>27</sup>. Відповідно до п. 3 цього документа торгівля сіллом приватними особами у вигляді промислу заборонялася, а винні притягувались до кримінальної відповідальності, що передбачала їх передачу до суду революційного воєнного трибуналу. Прийняття Кримінально-процесуального кодексу УСРР 1922 р. стало початковим етапом становлення процесуального порядку притягнення винних у скоєнні злочинів проти природи до кримінальної відповідальності. Аналогічним чином радянська модель базувалася на різних правилах, інструкціях, циркулярах, обіжниках, що регламентували порядок заходів з реалізації норм юридичної відповідальності. Прикладом такого нормативно-правового акта була сумісна Постанова Наркомюсту й Наркомзему УСРР «Інструкція як складати протоколи про лісові праволомства, порушувати кримінальні справи на лісових праволомців та провадити дізнання» від 22 червня 1928 року<sup>28</sup>.

Підбиваючи підсумки викладеному вище, можна зазначити, що історичний розвиток феномена юридичної відповідальності за порушення проти природи, які діяли в часи існування СРСР, пройшов чотири етапи. Кожний із них характеризувався визначеною системою заходів юридичної відповідальності за правопорушення проти навколишнього середовища. Сутність даної категорії тісно пов'язана з її ознаками, до яких віднесено: а) формальну визначеність, деталізованість та загальнообов'язковий характер; б) гарантування

радянською державою, що було пов'язано з виключною державною власністю на природні ресурси; в) забезпечення примусом або державним переконанням, діяльністю громадських організацій, спрямованою на пропаганду, збереження природних об'єктів; г) наслідками юридичної відповідальності були осуд та покарання, в окремих випадках – державне схвалення, підтримка й заохочення; д) здійснюється у визначеному радянським законодавством процесуальному порядку.

<sup>1</sup> Харитонова О. Юридична відповідальність: пошук парадигми / О. Харитонова, Є. Харитонов // Відповідальність у праві: філософія, історія, теорія: моногр. / [І. Безклубий, С. Бобровник, І. Гриценко та ін.]; за заг. ред. І. Безклубого. – К.: Грамота, 2014. – С. 345–353.

<sup>2</sup> Загальна теорія держави і права (основні поняття, категорії, правові конструкції та наукові концепції) : навч. посіб. / С. В. Бобровник, О. Л. Копиленко, О. В. Зайчук та ін. / МОН України. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 291–292.

<sup>3</sup> Лейст О. Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права / О. Э. Лейст. – М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. – 288 с.

<sup>4</sup> Смирнов В. Г. Уголовная ответственность и уголовное наказание / В. Г. Смирнов // Известия Высш. учебн. завед. «Правоведение». – 1963. № 4. – С. 75–85.

<sup>5</sup> Иоффе О. С. О системе советского права / О. С. Иоффе, М. Д. Шаргородский // Советское государство и право. – 1957. – № 6. – С. 102–112.

<sup>6</sup> Шемшученко Ю. С. Организационно-правовые вопросы охраны окружающей среды в СССР / Ю. С. Шемшученко. – К.: Наук. думка, 1976. – С. 28.

<sup>7</sup> Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность / С. Н. Братусь. – М.: Юрид. лит., 1976. – С. 20.

<sup>8</sup> Матузов Н. И. Теория государства и права: учеб. / Н. И. Матузов. – М.: Юристъ, 2004. – С. 443.

<sup>9</sup> Іванчук Н. В. Взаємна відповідальність особи і держави в контексті розбудови сучасної української держави: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 / Н. В. Іванчук. – К.: КНУВС, 2007. – С. 10.

<sup>10</sup> Базылев Б. Т. Юридическая ответственность: теоретические вопросы: учеб. пособ. / Б. Т. Базылев. – Красноярск: Изд-во Красноярск. гос. ун-та, 1985. – С. 47.

<sup>11</sup> Кондратьева С. Л. Юридическая ответственность: соотношение норм материального и процессуального права: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / С. Л. Кондратьева. – М.: Изд-во МГУ, 1998. – С. 14.

<sup>12</sup> Казанцев Н. Д. О правовом регулировании охраны природы / Н. Д. Казанцев // Вестник МГУ. 1960. – № 1. – С. 55–17. – (Серия 10 «Право»).

<sup>13</sup> Петров В. В. Правовая охрана природы / В. В. Петров. – М.: Изд-во МГУ, 1980. – С. 176.

<sup>14</sup> Про охорону природи Української РСР: Закон УРСР від 30 червня 1960 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1960. – № 23. – Ст. 175.

<sup>15</sup> Грищук В. К. Філософсько-правове розуміння відповідальності людини: моногр. / В. К. Грищук. – Хмельницький: Хмельницький університет управління та права, 2013. – С. 135–139.

<sup>16</sup> Бойчук А. Ю. Основні етапи розвитку юридичної відповідальності за правопорушення проти природи в період 1920–1959 рр. / А. Ю. Бойчук // Науковий вісник публічного та приватного права. – 2016. – № 6. – Т. 1. – С. 123–128.

<sup>17</sup> Діхтяренко А. В. Радянська державна політика у сфері охорони природи УРСР у 1950-х – на початку 1970-х рр. / А. В. Діхтяренко // Сумський історико-архівний журнал. – 2012. – № 18–19. – С. 126–132.

<sup>18</sup> Малейн Н. С. Правонарушение: понятие, причины, ответственность / Н. С. Малейн. – М.: Юрид. лит., 1985. – С. 130.

<sup>19</sup> Самощенко И. С. Ответственность по советскому законодательству / И. С. Самощенко, М. Х. Фарукшин. – М.: Юрид. лит., 1971. – С. 14.

<sup>20</sup> Теория государства и права: учеб. / А. С. Пиголкин, А. Н. Головистикова, Ю. А. Дмитриев, А. Х. Саидов / под ред. А. С. Пиголкина. – М.: Юрайт-Издат, 2005. – С. 199.

<sup>21</sup> Строгович М. С. Основные вопросы советской социалистической законности / М. С. Строгович. – М.: Наука, 1966. – С. 5.

<sup>22</sup> Грищук В. К. Філософсько-правове розуміння відповідальності людини: моногр. / В. К. Грищук. – Хмельницький: Хмельн. ун-т упр. та права. – 2013. – С. 23–25.

<sup>23</sup> Об административной ответственности за нарушение земельного законодательства: Указ Президиума Верховного Совета СССР от 14 мая 1970 г. // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1970. – № 29. – Ст. 272.

<sup>24</sup> Про охорону природи на території Української РСР: постанова Ради Міністрів УРСР від 3 червня 1949 р. // ЗУ УРСР. – 1949. – № 12. – Ст. 41.

<sup>25</sup> Об утверждении положения о государственной лесной охране СССР: постановление Совета Министров СССР № 1181 от 22 марта 1950 г. // СП СССР. – 1968. – № 16. – Ст. 111.

<sup>26</sup> Кодекс про надра УРСР: від 25 червня 1976 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. 1976. – Дод. до № 27. – Ст. 225.

<sup>27</sup> Про введення Державної монополії на сіль: постанова РНК УСРР № 327 від 24 червня 1921 р. // ЗУ УСРР. – 1921. – № 126. – Ст. 327.

<sup>28</sup> Інструкція як складати протоколи про лісові праволомства, порушувати кримінальні справи на лісових праволомців та провадити дізнання: постанова Наркомюсту й Наркомзему УСРР від 22 червня 1928 р. // ЗУ УСРР. – Х., 1928. – Ст. 114–115.

## Резюме

**Бойчук А. Ю. Загальні питання юридичної відповідальності за порушення проти природи, які діяли в часи існування СРСР, та її динаміки.**

У статті зроблено теоретичний аналіз поняття юридичної відповідальності, визначено особливості відповідальності за правопорушення у сфері охорони довкілля, що діяли в період існування Союзу РСР, розглянуто динаміку розвитку юридичної відповідальності у різні історичні часи, а також виділено й проаналізовано основні ознаки цієї категорії.

**Ключові слова:** юридична відповідальність, кодифікований акт, правопорушення, етапи розвитку, ознаки юридичної відповідальності, державний примус, засудження.

Резюме

**Бойчук А. Ю. Общие вопросы юридической ответственности за нарушения против природы, которые действовали во времена существования СССР, и ее динамики.**

В статье осуществлен теоретический анализ понятия юридической ответственности, определены особенности ответственности за правонарушения в сфере охраны окружающей среды, действовавших в период существования Союза ССР, рассмотрена динамика развития юридической ответственности в разные исторические периоды, а также выделены и проанализированы основные признаки этой категории.

**Ключевые слова:** юридическая ответственность, кодифицированный акт, правонарушение, этапы развития, признаки юридической ответственности, государственное принуждение, осуждение.

Summary

**Boichuk A. General questions of legal liability for violation against nature which had been at the time of the existence of the USSR and its dynamics.**

The theoretical analysis of the concept of legal responsibility is made, the peculiarities of responsibility for violations in the sphere of environmental protection, functioning during the period of existence of the USSR, were determined, the dynamic of legal responsibility development in different historical times were considered, as well as the main features of this category were identified and analyzed.

**Key words:** legal responsibility, codified act, offense, stages of development, signs of legal responsibility, state coercion, conviction.

УДК 34.047:330.131.7

**М. М. ВЕЛИКАНОВА**

*Марина Миколаївна Великанова, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного університету культури і мистецтв*

**ВИЯВЛЕННЯ ТА ІДЕНТИФІКАЦІЯ ЯК СТАДІЇ УПРАВЛІННЯ РИЗИКОМ**

Вивчення ризику, з'ясування його сутності й видів, встановлення ознак та співвідношення з іншими суміжними категоріями, виокремлення елементів ризику проводиться з метою здійснення впливу на ризик. Ефективність такого впливу прямо залежить від того, наскільки комплексно суб'єкт здійснює управління ризиком та як проявляється його діяльність на кожному етапі управління. Управління ризиком є процесом, спрямованим на виявлення, ідентифікацію, оцінку та вплив на ризик з метою уникнення, контролю або мінімізації його наслідків. Проте особливості розвитку ризику на окремих стадіях зумовлюють специфіку конкретного змісту етапів управління ризиком.

Управління ризиком, як специфічний вид діяльності, а також його стадії було предметом дослідження таких економістів, як: Ф. Найт, Г. В. Чернова, А. А. Кудрявцев, Л. І. Донець. Серед учених-цивілістів, які цікавилися цим питанням, можна назвати Н. І. Майданик, О. Андрееву, О. Мельник. Проблеми управління ризиком та його стадії викликали інтерес і у зарубіжних дослідників, зокрема, Д. А. Архипова, Ф. О. Вячеславова та Р. А. Крючкова.

Разом із тим саме поняття «управління ризиком» та його стадії у правовій доктрині залишаються ще малодослідженими явищами. Тому наукові розробки у цьому напрямі є актуальними.

У зв'язку з цим **метою** даної публікації є з'ясування сутності таких стадій управління ризиком, як виявлення та ідентифікація.

Виявлення ризику є, мабуть, одним із найскладніших та водночас найважливіших етапів управління ризиком, оскільки саме від своєчасного встановлення змін у структурі ризику, ознак виникнення того чи іншого ризику, прогнозування можливих наслідків ризику та їх тяжкості залежить весь процес управління. Виявлення ризику має відбутись на перших двох стадіях життєвого циклу ризику – сигналізованні про можливість виникнення ризику та прояві ознак виникнення того чи іншого ризику. У стандарті AS/NZS 4360 цей етап розглядається як встановлення контексту (оточення, середовища) і полягає у визначенні цілей, заінтересованих сторін, критеріїв та ключових елементів<sup>1</sup>. Складність цього етапу полягає в тому, що перед суб'єктом у багатьох випадках стоїть завдання виявити не реальний, а потенційний ризик. А це, у свою чергу, потребує цілісного бачення ризиків та джерел їх виникнення. Перепоною може стати відсутність інформації або її недостатність. Звідси випливає, що збір інформації стає головним для виявлення ризику, метою якого є подальша ідентифікація ризиків.

Збирання інформації та виявлення ризиків може здійснюватись різними способами і залежить, як правило, від суб'єкта такої діяльності. Проте надійність, достовірність, повнота, допустимість інформації, можливість її використання потребують аналізу вже в процесі збирання. Це, до речі, ілюструє умовність поділу процесу управління ризиками на етапи.



На сьогодні інформація стає дедалі ціннішим товаром. Інформація, як нематеріальне благо, є об'єктом цивільних прав. Відповідно до ст. 200 ЦК України інформацією є будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді. Порядок використання інформації та захисту права на неї встановлюється законом.

Виходячи з того, що інформація є об'єктом цивільних прав, то, відповідно, для її одержання суб'єкти можуть вступати в цивільні правовідносини (наприклад, укладати правочини), які, зрозуміло, потрапляють у сферу цивільно-правового регулювання. Навіть у тих випадках, коли інформація знаходиться у самого суб'єкта управління ризиком і немає потреби в її одержанні, це не спростовує факту поширення на такі відносини дії норм цивільного права, оскільки вид такої інформації, режим доступу до неї у багатьох випадках зумовлюють специфіку її використання, яка базується як на загальних засадах цивільного права, так і на спеціальних правилах, встановлених окремими інститутами цивільного права (до прикладу, комерційна таємниця). Більше того, порушення правил одержання, використання, поширення, зберігання та захисту інформації, відповідно до ст. 27 Закону України «Про інформацію» та ст. 200 ЦК України тягне за собою притягнення винного до юридичної відповідальності, у тому числі й цивільно-правової, та покладення на такого суб'єкта обов'язку відшкодування майнової і моральної шкоди, завданої цим правопорушенням. Отже, збір інформації з метою подальшого її використання у процесі управління ризиками на етапі виявлення ризику потрапляє під сферу цивільно-правового регулювання.

Втім, виявлення ризику як початковий етап управління не обмежується лише збором інформації. Така інформація повинна бути проаналізована з точки зору встановлення контексту ризику. Тобто, мають бути виявлені цілі діяльності, заінтересовані сторони, критерії подальшої оцінки ризиків та визначені інші ключові елементи. Так, зокрема, встановлення цілей діяльності суб'єкта допоможе виявити коло обставин (факторів), що можуть спричинити виникнення ризику. І одним із таких факторів може бути невідповідність певної цілі певному виду діяльності. Наприклад, наявність мети отримання прибутку вказує на підприємницький характер діяльності, яка має спеціальне регулювання цивільно-правовими (і не тільки) нормами. Натомість відсутність такої мети є ознакою не підприємницьких відносин, регулювання яких у багатьох випадках відрізняється від підприємницьких.

Таким чином, виявлення ризиків, як початковий етап управління ними, полягає у визначенні усіх можливих ризиків (у тому числі й потенційних), що можуть розвинути у певній системі. І оскільки така діяльність передбачає вступ суб'єкта, який здійснює управління ризиками, у цивільно-правові відносини з приводу одержання інформації, оформлення діяльності відповідно до цілей тощо, то цивільно-правове регулювання управління ризиками розпочинається вже на першому етапі – виявлення ризиків.

Наступною стадією управління є ідентифікація ризиків. Це за своєю суттю є якісним аналізом ризиків, який полягає у з'ясуванні природи ризику, виділення особливостей його реалізації, встановлення виду ризику, аналізі виявлених ознак ризику, його взаємозв'язку з іншими ризиками. У вже згадуваному стандарті AS/NZS 4360 ідентифікація ризиків передбачає відповіді на питання: що трапилось? та як трапилось?

У спеціалізованій літературі у поняття ідентифікації вкладається два значення. З одного боку, під ідентифікацією (лат. *identifico*) розуміють процес ототожнення, порівнювання, уподібнення, розпізнавання. З іншого, – це кількісна та якісна оцінка небезпеки за можливими передбачуваними наслідками<sup>2</sup>. Втім, існує й точка зору, що відповідно до настанови ISO GUIDE 73:2009 згідно з мовними традиціями науково-технічної української мови і вимогами ДСТУ 3966-2000 «Термінологія. Засади і правила розроблення стандартів на терміни та визначення понять» ідентифікація являє собою процес виявлення, дослідження та описування (дескриптування) ризиків. Ідентифікація ризиків передбачає виявлення джерел ризиків, досліджування подій, їх причин і можливих наслідків. Тобто, на думку окремих учених, ідентифікація ризиків займається питаннями знаходження, складання переліку та опису елементів ризику. До числа останніх відносять джерела ризиків або небезпеки, можливі загрози, події, наслідки та ймовірність<sup>3</sup>.

Таким чином, етап ідентифікації ризиків викликає серед науковців дискусію з приводу його змісту. Одні автори розглядають ідентифікацію ризиків у контексті таких етапів управління, як аналіз та оцінка ризиків, натомість інші ототожнюють ідентифікацію з виявленням ризиків. Проте обидві точки зору мають раціональне обґрунтування та за своєю суттю є правильними.

Справа в тому, що ідентифікація ризику здійснюється на усіх стадіях життєвого циклу ризику, що, до речі, відрізняє цей етап управління ризиками від усіх інших. Тобто, відповіді на питання: що трапилось? і як трапилось? або що могло трапитись? є актуальними на будь-якій стадії розвитку ризику – як при встановленні змін у структурі ризику, так і на стадії ліквідації чи мінімізації наслідків ризику, коли необхідно проаналізувати прояв результатів прийнятих рішень та вжитих дій і оцінити ефективність такого управління, а за необхідності – й внести корективи. Ідентифікація ризику є безперервним процесом збору і обробки даних щодо джерел ризику, зміни ризику в часі, характерних ознак ризику, впливу ризиків один на одного тощо<sup>4</sup>. Більше того, особливо підкреслюється, що ідентифікація ризиків не буде ефективною, якщо вона не проводитиметься регулярно протягом реалізації проекту<sup>5</sup>.

Як слушно звертають увагу вчені-правники, на відміну від економічних відносин, де ризик завжди не абстрактна можливість втрат, а визначена величина, можливість (ймовірність), настання якої можна вирахувати, використовуючи математичні формули, у цивільному праві про ризик, як про можливість настання несприятливих наслідків, можна говорити з певною мірою умовності. Ні математично виразити, ні вирахувати, ні побачити ймовірність реалізації ризику суб'єкту цивільних правовідносин не вдасться. Може йтися вик-

лючно про передбачувану ймовірність настання тих чи інших несприятливих наслідків у формі реалізації ризику<sup>6</sup>. Звідси випливає, що не усі використовувані в економічних відносинах методи ідентифікації ризику можуть бути застосовані, зокрема, у цивільно-правових відносинах. Найефективнішими методами ідентифікації ризиків, що породжують правові наслідки, є юридичний (правовий) моніторинг та юридичний аналіз або юридична експертиза.

Моніторинг у юридичній енциклопедії розглядається як регулярне спостереження за станом природних, технічних і соціальних процесів з метою їх оцінки, контролю та прогнозування<sup>7</sup>. Зокрема, як зазначає Н. Р. Нижник, моніторинг використовується під час аналізу широкого кола правовідносин і застосовується у різних юридичних сферах<sup>8</sup>.

Виходячи із усталеного у правовій науці поняття юридичного (правового) моніторингу, такий метод ідентифікації ризиків полягає у дослідженні правових відносин, в які вступає суб'єкт ризику, норм чинного законодавства, що регулюють такі відносини, а також інших регуляторів (наприклад, договорів), з метою встановлення «якості» об'єкта ризику, тобто наявності протиріч, колізій чи інших факторів, здатних спровокувати виникнення стану ризику, його розвиток чи неможливість впливу на нього. За допомогою юридичного (правового) моніторингу встановлюється наявність чи відсутність єдності «змісту» та «форми» правовідносин. Це дає змогу не тільки виявити ризики, а й встановити їх джерела, ознаки, особливості прояву тощо, що зумовлює вибір ефективних методів впливу.

Юридичний аналіз (юридична експертиза), як метод ідентифікації ризиків, має на меті встановлення цивільно-правових наслідків ризикової діяльності та розробку рекомендацій щодо подальшого впливу на ризик. Здійснюючи аналітичну діяльність, суб'єкт управління ризиками ідентифікує ризики, пов'язані з умовами укладання договорів, виконанням зобов'язань, практикою правозастосування судами норм чинного законодавства тощо.

Процедура юридичного аналізу залежить від об'єкта ризику, щодо якого він здійснюється. Проте можна виділити загальні принципи, відповідно до яких проводиться юридичний аналіз будь-якої ризикової діяльності.

По-перше, юридичний аналіз має розпочинатись не з початком власне ризикової діяльності, а раніше – на етапі прийняття рішення про здійснення такої діяльності. Суб'єкт управління ризиками чи особа, яка проводить юридичний аналіз (наприклад, на підставі договору про надання послуг), мають почати дослідження правових підстав здійснення такої діяльності, супутніх їй ризиків та їх можливих правових наслідків. При цьому правовий аналіз не повинен підміняти наданням юридичної консультації чи висновку, оскільки це – різні види діяльності. Завданням правового аналізу є встановлення доцільності здійснення відповідної діяльності та її «ціни», тобто певного еквіваленту витрат на її здійснення.

По-друге, доцільним є проведення юридичного аналізу в два етапи. Перший – попередній аналіз – передбачає встановлення та перевірку найважливіших, ключових для прийняття рішення обставин. Досить часто на цьому етапі застосовується неформальний підхід до збору та перевірки фактів, що, з одного боку, дає змогу оперативно зробити попередні висновки про наявні ризики, а, з другого, – такий підхід не гарантує точність отриманих результатів. Проте на таких попередніх висновках може базуватись рішення про початок діяльності, наприклад інвестування, що значно підвищить її ефективність за рахунок зменшення витрат, у тому числі пов'язаних із тривалістю процедури перевірки.

Втім, попередній аналіз не виключає, а, навпаки, зумовлює наступний, другий етап – спеціалізовану перевірку, яка має бути достатньо деталізованою і поглибленою. І хоча фахівцями висловлюється точка зору, згідно з якою проведення правового аналізу є найбільш ефективним до початку діяльності, власне спеціалізована перевірка може застосовуватись і вже у розпочатій діяльності з метою захисту інтересів суб'єктів її здійснення<sup>9</sup>.

По-третє, юридичний аналіз має завершуватись складанням звіту та передачею його суб'єкту ризику. У економічній та юридичній літературі висловлюються думки щодо його змісту, зокрема, у звіті мають бути загальні відомості про об'єкт дослідження, аналіз за кожним напрямом діяльності, опис ризиків, висновки та рекомендації з усунення виявлених ризиків<sup>10</sup>. На думку І. М. Назаренко та А. І. Орехової, у звіті має відображатись інформація про правові підстави для проведення перевірки, питання, які поставлені замовником, перелік документів, що досліджувався, методика дослідження поставлених питань, констатацію фактів, висновки про результати дослідження. Втім, як наголошується авторами, незалежно від змісту звіту, результати правової експертизи є дійсними виключно на дату, станом на яку вона проводиться, за винятком випадків, коли в звіті вказується протилежне. Ці результати не можуть бути використані інакше, ніж відповідно до цілей і завдань, викладених у договорі між замовником та виконавцем даної експертизи. Виконавець не несе відповідальності за рішення, які були прийняті замовником, виходячи з інформації про результати<sup>11</sup>.

Таким чином, виявлення ризику, як стадія управління, здійснюється на перших двох стадіях життєвого циклу ризику (сигналізуванні про можливість виникнення ризику та прояві ознак виникнення того чи іншого ризику) і полягає у визначенні усіх можливих ризиків (у тому числі й потенційних), які можуть розвинути у певній системі. Ідентифікація ризиків є їх якісним аналізом, мета якого – з'ясування природи ризику, виділення особливостей його реалізації, встановлення виду ризику, аналіз виявлених ознак ризику, його взаємозв'язку з іншими ризиками. Ідентифікація ризику здійснюється на усіх стадіях життєвого циклу ризику, що допомагає оперативно корегувати весь процес управління ризиком.

- <sup>1</sup> AS/NZS 4360:2004. Risk Management [issued by Standards Australia]. Australien Handbook, HB 254-2003: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://broadleaf.com.au/old/pdfs/trng\\_tuts/tut.standard.pdf](http://broadleaf.com.au/old/pdfs/trng_tuts/tut.standard.pdf) (дата звернення: 19.07.2017).
- <sup>2</sup> Ткачук Г. О. Ідентифікація економічних ризиків в обліково-аналітичній системі підприємства / Г. О. Ткачук // Економіка харчової промисловості. – 2015. – Вип. 4. – Т. 7. – С. 82.
- <sup>3</sup> Федулова І. В. Ідентифікація ризиків як складова ризик-менеджменту / І. В. Федулова // Інтелект XXI. – 2016. – № 4. – С. 33, 43.
- <sup>4</sup> Чернова Г. В. Управление рисками: учеб. пособ. / Г. В. Чернова, А. А. Кудрявцев. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2003. – С. 58–59.
- <sup>5</sup> Віннічук О. В. Політичні ризики в умовах демократичної трансформації суспільства: теоретико-праксеологічний аналіз: моногр. / О. В. Віннічук. – Кам'янець-Подільський: ПП Мошак М. І., 2013. – С. 103.
- <sup>6</sup> Андреева Е. Понятие и способы управления рисками в договорных обязательствах в гражданском праве / Е. Андреева // *Legea si viata*. – 2014. – Ianuare. – Nr 1/2 (265). – С. 8.
- <sup>7</sup> Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: Укр. енцикл., 2001. – Т. 3: К–М. – С. 764.
- <sup>8</sup> Нижник Н. Р. Правовий моніторинг як необхідна складова законотворчого процесу / Н. Р. Нижник // Вісник Центральної виборчої комісії. – 2014. – № 2 (29). – С. 51.
- <sup>9</sup> Ницкевич А. Что такое due diligence? Понятие, классификация, особенности проведения правового дью дилидженс / А. Ницкевич, А. Скоробогатов : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://forinsurer.com/public/10/01/14/4005> (дата звернення: 25.09.2017).
- <sup>10</sup> Due diligence (Дью Дилидженс, правовая экспертиза) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://law-leader.ru/DD> (дата звернення: 29.09.2017).
- <sup>11</sup> Назаренко І. М. «Дью ділідженс»: сутність, призначення та послідовність проведення / І. М. Назаренко, А. І. Орехова // Наукові праці Кіровоградського національного технічного університету. Економічні науки. – 2011. – Вип. 20. – Ч. I. – С. 365.

#### Резюме

##### **Великанова М. М. Виявлення та ідентифікація як стадії управління ризиком.**

У статті досліджуються такі стадії управління ризиком, як виявлення та ідентифікація. Робиться висновок, що стадія виявлення полягає у визначенні усіх можливих ризиків, що можуть розвинути у певній системі. Ідентифікація ризиків є їх якісним аналізом, мета якого – з'ясування природи ризику, виділення особливостей його реалізації, встановлення виду ризику, аналіз виявлених ознак ризику, його взаємозв'язку з іншими ризиками.

**Ключові слова:** ризик, наслідки ризику, управління ризиком, стадії управління ризиком.

#### Резюме

##### **Великанова М. Н. Обнаружение и идентификация как стадии управления риском.**

В статье исследуются такие стадии управления риском, как обнаружение и идентификация. Делается вывод, что стадия обнаружения заключается в определении всех возможных рисков, которые могут развиваться в определенной системе. Идентификация рисков является их качественным анализом, цель которого – выяснение природы риска, выделение особенностей его реализации, установление вида риска, анализ выявленных признаков риска, его взаимосвязи с другими рисками.

**Ключевые слова:** риск, последствия риска, управление риском, стадии управления риском.

#### Summary

##### **Velykanova M. Detection and identification as a stage of risk management.**

The article is devoted to the study of the following stages of risk management such as detection and identification. The conclusion is made that the detection stage is to identify all possible risks that can develop in a particular system. Identification of risks is their qualitative analysis, the purpose of which is to find out the nature of the risk, to distinguish the features of its implementation, to establish the type of risk, to analyze the identified signs of risk, its relationship with other risks.

**Key words:** risk, consequences of risk, risk management, risk management stages.

О. О. ГАЙДУЛІН

Олександр Олександрович Гайдулін, кандидат філософських наук, кандидат юридичних наук, доцент, професор Національного економічного університету ім. Вадима Гетьмана

## ІНТЕРПРЕТАЦІЯ НА ОСНОВІ ЗДОРОВОГО ГЛУЗДУ В АНГЛІЙСЬКОМУ ПРЕЦЕДЕНТНОМУ ПРАВІ

Апеляція до здорового глузду була закріплена в британському законодавстві ще в XVII ст. у досі чинному *Акті про ухвалення прийняття на віру 1690 року* (Confession of Faith Ratification Act 1690)<sup>1</sup>. Однак головні інтерпретаційні доктрини здорового глузду сформувалися в англійському прецедентному праві, або *case law*, яке англійські юристи іноді неофіційно називають *Common Sense Law*. Водночас апеляція до здорового глузду «розумної особи» в процесі інтерпретації права постає досить поширеною як у міжнародному торговому праві, так і в сучасному цивільному законодавстві багатьох європейських країн, і відбувається під явним впливом англо-американської доктрини прецедентного права, що потребує спеціального осмислення.

Проблемам інтерпретації в англійському праві останнім часом присвячена низка праць Р. А. Майданіка<sup>2</sup> та Є. Н. Тонкова<sup>3</sup>, а також таких дослідників, як Б. В. Малишев, О. В. Чернецька, В. С. Шилінгов. Однак головна увага в цих працях приділяється тлумаченню норм статутного права, для якого звернення до здорового глузду не є характерним.

**Мета статті** полягає в тому, щоб з'ясувати основні інтерпретаційні технології, які застосовуються в англійському прецедентному праві з огляду на можливість їх рецепції в цивільне законодавство України.

Варто зазначити, що англійські судді загального права впродовж усієї історії його майже тисячолітнього існування безумовно перевагу віддають буквальному тлумаченню змісту контракту. На формування цієї генеральної інтерпретаційної настанови визначальний вплив здійснили правила інституту інтерпретації статутів (*statutory interpretation*), серед яких основними є три: *literal rule*, *golden rule* та *mischief rule*.

На перше місце в англійському праві (за частотою застосування в інтерпретаційних процедурах щодо змісту контрактів та інших юридичних документів) однозначно слід поставити *правило буквального тлумачення (literal rule)*<sup>4</sup>. Його зміст прямо зазначено в загальновідомій промові лорда Ешера (*Lord Esher, William Baliol Brett, 1st Viscount Esher* (роки життя: 1817–1899) у справі *R. v. Judge of City of London Court*: «Якщо текст закону зрозумілий, то необхідно додержуватися його, навіть коли це веде до очевидного абсурду. Для суду не має значення абсурдність дій законодавця»<sup>5</sup>.

У зв'язку з цим варто підкреслити, що письмовий текст для англійських суддів має переважне значення перед усним і тому, якщо сторони уклали письмовий договір, вони зв'язані його текстом. Отже, у загальному праві застосовується правило *заборони усних свідчень*, згідно з яким у певних випадках не можна посилатися на покази свідків для інтерпретації письмового договору.

Однак найбільшою мірою потенціал здорового глузду реалізований у так званому *золотому правилі тлумачення (golden rule)*, яке приписує, що при тлумаченні словам має надаватися найбільш поширене, буденне значення, якщо це не веде до абсурду. Суддя лорд Уенслейдейл (*James Parke, 1st Baron Wensleydale* (роки життя: 1782–1868) у справі *Grey v Pearson* (1857) визначив зміст цього «універсального правила» (*universal rule*) наступним чином: «... у тлумаченні статуту, а також усіх інших юридичних документів необхідно дотримуватися граматичного та звичайного змісту слів (*grammatical and ordinary sense of the word*). У випадку, якщо це призведе до деякої нісенітності (*absurdity*), несумісності або невідповідності з рештою змісту документа (*repugnance or inconsistency with the rest of the instrument*), то граматичний і звичайний зміст цих слів може бути змінений (*may be modified*) таким чином, щоб уникнути абсурдності та невідповідності, але не більше того»<sup>6</sup>.

На формування англійської доктрини інтерпретації контрактів на основі принципу добросовісності (*good faith interpretation of contracts*) вплинуло так зване *mischief rule*, або *правило уникнення зла*, що вперше було закріплено в давні часи у справі *Heydon's Case* (1584) і заслужено вважається одним із найважливіших судових прецедентів (*landmark case*).

Слід визнати, що це правило значно гнучкіше за *literal rule* та *golden rule* і зосереджує увагу на чотирьох критеріях «істинної інтерпретації» (*true interpretation*): 1) з'ясування того як загальне право (тобто прецедентне право) урегульовувало певне питання до ухвалення закону, що тлумачиться; 2) які існували дефекти в загальному праві, що допускали зловживання правом; 3) яким засобом Парламент вирішив усунути ці недоліки заради загального блага; 4) який істинний (публічний) задум цього засобу<sup>7</sup>.

Отже, це правило об'єднує елементи як способів контекстуального (*contextual interpretation*), так і цільового тлумачення (*purposive interpretation*), у яких найбільше проявляються епістемологічні можливості здорового глузду та які певним чином протистоять постулатам буквальної (*literal interpretation*) або текстуальної інтерпретації (*textual interpretation*).

Однак протягом майже чотирьох століть вибір того чи іншого способу тлумачення залишався в англійській судовій практиці проблемою не права, а факту.

Лише в другій половині ХХ ст. питання про відмову від буквального тлумачення контрактів було порушене в справах *Prenn v. Simmonds* (1971) та *Reardon Smith Line Ltd. v. Yngvar Hansen-Tangen* (1976). Майже крилатою стала фраза лорда Ріда (Lord Reid або James Scott Cumberland Reid, Baron Reid (роки життя: 1890–1975), яку він висловив у листопаді 1973 р.: «Життєвою кров'ю права є не логіка, а здоровий глузд» (*The life blood of the law is not logic but common sense*)<sup>8</sup>. Однак переломною в цьому процесі стала справа *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society* (1997), рішення по якій було ухвалено 19 червня 1997 року<sup>9</sup>.

Зокрема, в цій справі лорд Хоффман (Lord Hoffmann або Leonard Hubert Hoffmann, Baron Hoffmann (1934 року народження), репрезентуючи більшість Палати Лордів, заявив, що принципи інтерпретації контрактів зазнали «докорінних змін» (*fundamental change*) і «майже весь старий інтелектуальний багаж легальної інтерпретації відкинуто». За його словами, старі принципи асимілювалися нині з *принципами здорового глузду* (*common sense principles*), за допомогою яких будь-яке значуще висловлювання інтерпретується у звичайному житті.

Принципи здорового глузду редуковані лордом Хоффманом до наступних п'яти:

1. Інтерпретацію договірної документа слід розуміти як установлення смислу, до якого може дійти розумна особа (*reasonable person*), яка отримала всі контекстні знання (*all the background knowledge*), ті, що, своєю чергою, мали розумно отримати сторони в момент укладення контракту.

2. Значення поняття контексту (*background*) є більш широким за те, що позначається терміном «матриця факту» (*matrix of fact*), запровадженим лордом Уїлберфорсом (Lord Wilberforce). Контекстна інформація має бути достатньо доступною для сторін і охоплювати абсолютно все, що може вплинути на розуміння мови певного документа розумною людиною.

3. Право вилучає з припустимого контексту (*admissible background*) попередні переговори сторін та заяви про їхні суб'єктивні наміри. Вони припустимі лише для виправлення помилки в тексті договору за рішенням суду (*in an action for rectification*). Це обумовлено тим, що юридичне тлумачення відрізняється від інтерпретації висловлювань у звичайному житті. Виходячи з того, що межі такого розрізнення іноді незрозумілі, суду належить уникати дослідження такого розмежування.

4. Смысл документа (висловлювання), який доводиться до розумної людини, не тотожний із значенням його слів. Значення слова – питання суто лінгвістичне, а смыслом документа є те, що розуміють сторони, використовуючи ці слова відповідно до контексту. Контекстуальний фон може дозволити розумній людині не тільки зробити вибір між можливими значеннями неоднозначних слів, а й навіть (як це іноді буває в звичайному житті) дійти висновку про те, що сторони можуть з певних причин використовувати неправильні морфологію чи синтаксис<sup>10</sup>.

5. Припис щодо необхідності сприйняття слів у їх «природному та звичайному значенні» слід розуміти так, що з позицій здорового глузду важко уявити, що люди припускатимуться мовних помилок (*linguistic mistake*) при укладенні офіційних документів. Разом із тим, якщо з контексту (*background*) впливає щось таке, що суперечить природній мові, то право не повинно вимагати від суддів визнання за сторонами намірів, яких у них явно не могло бути.

Під впливом такої аргументації серед юристів загального права поступово намітився відхід від доктрини літерального юридичного тлумачення і сформувалися уявлення про те, що смыслові значення договірної документа простягається далеко за межі звичайного лінгвістичного змісту тексту договору і є навіть ширшим за ту інформацію, яка прийшла в голову розробника. З метою інтерпретації тексту такого документа в його граничному контексті й застосовуються загальнолюдські принципи здорового глузду для пояснення ключових аспектів контракту, щодо яких, власне, й застосовуються судові інтерпретаційні процедури<sup>11</sup>.

Не так давно, 2 листопада 2011 р., Верховний Суд Сполученого Королівства (Supreme Court of the United Kingdom) створив новий обов'язковий (пов'язуючий) судовий прецедент (*binding precedent* або *mandatory precedent* чи *binding authority*) для всіх нижчих судів, ухваливши рішення в справі *Rainy Sky S.A. v. Kookmin Bank*<sup>12</sup>.

В англійській юридичній періодиці цей новостворений прецедент дедалі частіше пов'язується з так званним *діловим здоровим глуздом* (*Business Common Sense*). І це не випадково, оскільки, як справедливо стверджує канадський юрист Джефф Р. Холл (Geoff R. Hall), на основі цього рішення утворюється універсальне інтерпретаційне правило, головний зміст якого зводиться до наступного: «там де умова контракту відкрита до більш ніж однієї інтерпретації, у якості загального правила необхідно прийняти до впровадження таке тлумачення, яке найбільш відповідає діловому здоровому глузду (*most consistent with business common sense*)»<sup>13</sup>.

Суть зазначеної справи полягає в тому, що одна зі сторін контракту суднобудування, а саме суднобудівник, виходячи з того, що стосовно нього розпочалася процедура банкрутства, в односторонньому порядку відмовився виконувати свої договірні зобов'язання. Конфліктна ситуація загострилася, коли банк, який фінансував цей проєкт, відмовився гасити додаткову заборгованість, що виникла внаслідок неплатоспроможності суднобудівника. Банк обґрунтував свою відмову тим, що облігація, випущена банком, передбачала сплату всіх сум, які належали покупцеві відповідно до контракту суднобудування, і жодним чином не стосувалася сум, що їх заборгував суднобудівник покупцеві внаслідок відкриття процедури банкрутства. Інша сто-

рона наполягала на тому, що ця умова облігації стосується всіх сум відповідно до суднобудівного контракту, у тому числі й викликаних неспроможністю суднобудівника.

Суд першої інстанції – Лондонський Комерційний Суд (Commercial Court in London) відхилив аргументи банку, вважаючи, що немає жодного комерційного сенсу для сторін контракту суднобудування виключати зі сфери правочину найбільш істотні для виконання зобов'язань події, а саме банкрутство виконавця суднобудівельних робіт.

Більшість суддів Апеляційного Суду (English Court of Appeal) схилилася до того, що при тлумаченні тексту облігації слід керуватися звичайним здоровим глуздом, як це прийнято в загальному праві (common law), і брати до уваги «найбільш природне значення слів» (the most natural meaning of the words).

Своїм одноголосним рішенням Верховний Суд відновив рішення суду першої інстанції та зазначив, що не існує жодних переконливих комерційних причин для вилучення боргів зі сфери дії облігації у зв'язку з виникненням неплатоспроможності. Розуміючи, що конкуруюча інтерпретація ґрунтується на звичайному (буквальному) здоровому глузді, Верховний Суд свідомо відхилив такий підхід до тлумачення юридичного тексту та віддав перевагу інтерпретації покупця як такої, що більш узгоджується з комерційною метою облігації.

Незважаючи на деяку критику настанови інтерпретатора на комерційну реальність або здоровий глузд (commercial reality or common sense) підхід лорда Хоффмана в цілому був підтверджений Палатою лордів у справі *BCCI v Ali* [2001]. Зокрема, увага зверталась на те, що сформувалася «сучасна англійська традиція», відповідно до якої сторони звертаються до здорового глузду, аби уникнути «грубих ексцесів словоблудства» (*grosser excesses of verbiage*). Необхідно зауважити, що це максимально підвищило юридичну силу даного прецеденту і правило *Business Common Sense*, яке він закріпив<sup>14</sup>.

Таким чином, мотивація цього рішення однозначно вказує на те, що в англійському прецедентному праві (*case law*) формується нова доктрина (правило) ділового здорового глузду (*business common sense doctrine*), яка відступає від верховенства еталона пересічної розсудливої людини – абстрактного носія ординарного здорового глузду, і в комерційних спорах віддає перевагу більш конкретизованому здоровому глузду бізнесмена або комерсанта.

Отже, можемо зробити висновок, що короткий аналіз інтерпретаційних норм англійського прецедентного права дає змогу простежити дуже важливий тренд їх поступового розвитку.

Слід зауважити, що жоден із досліджених судових прецедентів не скасовує попереднього, а тільки заявляє про обмеженість сфери застосування раніше встановлених правил. Отже, спостерігається певна еволюція пріоритетів у виборі способів тлумачення змісту правочинів у відповідних ситуаціях, а кожний з її етапів можна умовно позначити наступним чином:

1. *Доктрина буквального сенсу (literal sense doctrine)*, в основі якої лежить позитивістське розуміння здорового глузду як етноспецифічного концепту певної лінгвокультури<sup>15</sup>. Це правило спрацьовує в найбільш простих і поширених конфліктних ситуаціях, коли текст юридичного документа істотно не суперечить своєму контексту, а його контраверсивні інтерпретації здійснюються носіями однієї мови. Така доктрина обґрунтовується теорією текстуалізму або лібералізму, а з неї випливають усі три відомі правила тлумачення: *literal rule*, *golden rule* та *mischief rule*.

2. *Правило звичайного сенсу або здорового глузду (ordinary sense rule or common sense doctrine)*, яке ґрунтується на ідеї космополітичної здібності всіх людей до розсудливості, що в філософському дискурсі репрезентується як поняття *загальнолюдський здоровий глузд (Common Sense of Mankind)*, обґрунтоване свого часу шотландським філософом Томасом Рідом. До його застосування зазвичай змушують колізійні ситуації, які обтяжені іноземним елементом і тому все частіше набувають найбільш широкого – глобального контексту. Це правило вписується в доктрину контекстуального тлумачення (*contextual interpretation*).

3. *Доктрина ділового здорового глузду (business common sense doctrine)*, яка є новітньою в англійському праві й «експортована», ймовірно, з міжнародного торгового права. Вона базується на певній моделі добросовісного комерсанта, риси якого постійно уточнюються в міжнародній судовій та арбітражній практиці. Теоретичне обґрунтування цієї доктрини здійснюється в рамках концепції телеологічного (цільового) тлумачення комерційних правочинів.

Цікаво, що остання інтерпретаційна настанова дивним чином нагадує еталон хазяйновитого глави родини (*bonus pater familias*), який був єдиним суб'єктом свого права у давньоримських сімейних відносинах. До речі, найголовнішою характеристикою такого суб'єкта стародавні римляни вважали його розумові показники, а саме те, що він був *людиною здорового глузду*, носієм здорового глузду (*sensus communis*) або природного розуму (*naturalis ratio*) (Gai. D. 9. 2. 4)<sup>16</sup>. Саме така людина вважалася здатною до *судження порядної людини (viri boni arbitrati)* або *судження добропорядного мужа (boni viri arbitrati)*<sup>17</sup>.

Це одна з багатьох вражаючих паралелей, що виявляються в класичному римському приватному та сучасному англійському контрактному праві. Вбачається, що це не випадкові збіги, а феномен, який потребує ретельного компаративного дослідження, а, можливо, й істотного перегляду об'єктивних підстав розмежування романо-германської та англо-американської правових традицій.

На жаль, інтерпретаційні норми цивільного законодавства України зорієнтовані лише на першу найбільш архаїчну доктрину буквального тлумачення. Так, не викликає жодних сумнівів, що в ст. 213 ЦКУ («Тлумачення змісту правочину») і майже автоматично в ст. 637 ЦКУ («Тлумачення умов договору») реалізовані позитивістські настанови доктрини літералізму. У частині третій ст. 213 зазначається: «при тлумачен-

ні змісту правочину беруться до уваги однакове для всього змісту правочину значення слів і понять, а також загальноприйняте у відповідній сфері відносин значення термінів»<sup>18</sup>.

Дуже показово, що ст. 213 ЦКУ майже дослівно збігається зі ст. 59 Основ цивільного законодавства Союзу РСР та республік від 31 травня 1991 р. (які, до речі, з відомих причин не встигли набути чинності в Україні) та ст. 426 («Тлумачення договору») Модельного цивільного кодексу СНД, у якому за взірця взято правило, відповідно до якого «при тлумаченні умов договору судом приймається до уваги буквально значення слів та висловів, що в ньому містяться. Буквальне значення умови договору у випадку його неясності встановлюється шляхом зіставлення з іншими умовами та змістом договору в цілому»<sup>19</sup>.

Цей підхід явно контрастує із загальноєвропейською практикою легалізації правил контекстуального та цільового тлумачення змісту правочинів (контрактів) і обмеження сфери застосування правил їх буквальної інтерпретації. Приміром, базові принципи тлумачення правочинів, які закріплені в спеціальному розділі V «Про тлумачення угод» (ст. ст. 1156–1164) Французького цивільного кодексу<sup>20</sup>, приписують «не зупинятися на буквальному змісті слів і висловів, які використовуються в угоді». А в розділі другому («Волевиявлення») частини третьої («Правочини») книги першої («Загальна частина») Германського цивільного уложення закріплене правило: помилка в тексті правочину не тягне нікчемності волевиявлення<sup>21</sup>. Таке правило є похідним від настанови про те, що істинна воля сторін контракту вища за буквальный зміст тексту, і якщо реальну волю виявити неможливо, то тоді досліджується «гіпотетична» воля<sup>22</sup>. Навіть Цивільний кодекс Республіки Молдова націлює на тлумачення договору без обмеження буквально значенням понять, що використовуються (ст. 725)<sup>23</sup>.

Вбачається, що час відповідних змін до вітчизняного чинного цивільного законодавства вже давно настав. Принаймні, ст. 213 ЦКУ чекає на це з самого моменту її створення.

<sup>1</sup> Confession of Faith Ratification Act 1690 / BAILII Databases. United Kingdom Legislation [Electronic resource]. – Mode of access : [http://www.bailii.org/uk/legis/num\\_act/1690/115062.html](http://www.bailii.org/uk/legis/num_act/1690/115062.html)

<sup>2</sup> Майданик Р. Англійський судовий прецедент як джерело права / Р. Майданик // Юридична Україна. – 2013. – № 1. – С. 52–61.

<sup>3</sup> Тонков Е. Н. Толкование закона в Англии: моногр. – СПб.: Алетейя, 2013. – 352 с.

<sup>4</sup> Шепенко Р. А. Понятие «двуязычное законодательство»: юридическое толкование в Гонконге / Р. А. Шепенко // Современное право. – 2002. – № 10. – С. 42–48. – С. 46.

<sup>5</sup> The Queen v The Judge of the City of London Court [1892] 1 Q.B. 273, 290.

<sup>6</sup> John Grey v William Pearson [1857] 6 H. L. C. 61, at p. 106. (March 5, 6, 9, 16, 1857).

<sup>7</sup> Heydon's Case [1584] EWHC Exch J36 (01 January 1584) / BAILII Databases. England and Wales High Court (Exchequer Court) Decisions [Electronic resource]. – Mode of access : <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Exch/1584/J36.html>

<sup>8</sup> Houghton v Smith [1973] UKHL 4 (21 November 1973) / BAILII Databases. United Kingdom House of Lords [Electronic resource]. – Mode of access : <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1973/4.html>

<sup>9</sup> Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society [1997] UKHL 28; [1998] 1 All ER 98; [1998] 1 WLR 896 (19th June, 1997) BAILII Databases. United Kingdom House of Lords Decisions [Electronic resource]. – Mode of access : <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1997/28.html>

<sup>10</sup> Mannai Investment Co Ltd v. Eagle Star Assurance [1997] UKHL 19; [1997] AC 749; [1997] 3 All ER 352; [1997] 2 WLR 945 (21st May, 1997) / BAILII Databases. United Kingdom House of Lords Decisions [Electronic resource]. – Mode of access : <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1997/19.html>

<sup>11</sup> Kramer A. Common Sense Principles of Contract Interpretation (and how we've been using them all along) / Adam Kramer // Oxford Journal of Legal Studies. – Vol. 23. – No. 2, 2003. – P. 173–196.

<sup>12</sup> Rainy Sky SA & Orsd v Kookmin Bank [2011] UKSC 50 (2 November 2011) / BAILII Databases. United Kingdom Supreme Court [Electronic resource]. – Mode of access : <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2011/50.html>

<sup>13</sup> Hall G. R. Business Common Sense and the Interpretation of Commercial Contracts / Geoff R. Hall. [Electronic resource]. – Mode of access : <http://www.canadianappeals.com/2011/11/11/business-common-sense-and-the-interpretation-of-commercial-contracts/>

<sup>14</sup> Bank of Credit and Commerce International SA v. Munawar Ali, Sultana Runi Khan and Others [2001] UKHL 8; [2001] 1 All ER 961; [2001] 2 WLR 735 (1st March, 2001) / BAILII Databases. United Kingdom House of Lords Decisions [Electronic resource]. – Mode of access : <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2001/8.html>

<sup>15</sup> Карасик В. И. Языковые ключи : моногр. / В. И. Карасик. – Волгоград : Парадигма, 2007. – 520 с.; Карасик В. И. Здравый смысл как лингвокультурный концепт / В. И. Карасик // Профессиональная коммуникация: проблемы гуманитарных наук: филология, лингвистика, лингводидактика: сб. науч. тр. / сост. А. В. Олянич [и др.]. – Волгоград: Изд-во ВГСХА, 2005. – Вып. 1 (1). – С. 17–32; Карасик В. И. Common sense as a concept in American and Russian cultures [Здравый смысл как концепт в американской и русской культурах] / В. И. Карасик // Коммуникативные исследования 2005: Современная антология / Communication Studies 2005: Modern Anthology. – Волгоград: Перемена, 2005. – С. 190–209.

<sup>16</sup> Дигесты Юстиниана : в 7 т. ; пер. с латинск. / отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М.: Статут, 2002. – Т. II. – 622 с. – С. 392–393.

<sup>17</sup> Шаркова І. М. Принцип добросовісності у римському приватному праві : історія та сучасність : моногр. / І. М. Шаркова / наук. ред. В. Ф. Опришко. – К. : КНЕУ, 2011. – 293 с. – С. 86.

<sup>18</sup> Цивільний кодекс України: від 16 січня 2003 р. № 435–IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №№ 40–44. – Ст. 356.

<sup>19</sup> Гражданский кодекс. Модель. Рекомендательный законодательный акт Содружества Независимых Государств. Часть первая (Принят в г. Санкт-Петербурге 29.10.1994 на 5-ом Пленарном заседании Межпарламентской ассамблеи государств-участников СНГ), по состоянию на 23 января 2008 года // Семерка. Российский правовой портал. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.law7.ru/legal2/se2/pravo2314/page19.html>

<sup>20</sup> Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) ; пер. с франц. В. Захватаев ; отв. ред. А. Довгерт. – К.: Истина, 2006. – 1008 с. – С. 383–384.

<sup>21</sup> Гражданское уложение Германии. = Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz: вод. Закон к Гражд. Уложению; пер. с нем. / [В. Бергманн, введ., сост.]; научн. редакторы: А. Л. Маковский [и др.]. 2-е изд., доп. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – 816 с. – С. 22–28.

<sup>22</sup> Зеккер Ф. Ю. Общие основы частного права / Ф. Ю. Зеккер // Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии. – М.: БЕК, 2001. – 336 с. – С. 31–32.

<sup>23</sup> Codul civil al Republicii Moldova cu ultimile modificări și completări, Monitorul Oficial nr. 140–142/574 din 01.08.2008, Monitorul Oficial al RM nr. 82-86/661 din 22.06.2002. – Ch.: Lavalat-Info, 2009. – 284 p.

#### Резюме

##### **Гайдулін О. О. Інтерпретація на основі здорового глузду в англійському прецедентному праві.**

У статті розглядається проблема виникнення англійської доктрини інтерпретації контрактів, яка базується на принципах здорового глузду. Проаналізовано як роботи британських філософів, так і відповідні судові прецеденти. За результатами компаративного аналізу з'ясовано необхідність внесення змін до ст. 213 чинного Цивільного кодексу України.

**Ключові слова:** буквальне тлумачення, контекстуальне тлумачення, англійське контрактне право, здоровий глузд.

#### Резюме

##### **Гайдулін А. А. Інтерпретація на основі здорового смысла в англійском прецедентном праве.**

В статье рассматривается проблема возникновения английской доктрины интерпретации контрактов, которая базируется на принципах здравого смысла. Проанализированы как работы британских философов, так и соответствующие судебные прецеденты. По результатам компаративного анализа выяснена необходимость внесения изменений в ст. 213 действующего Гражданского кодекса Украины.

**Ключевые слова:** буквальное толкование, контекстуальное толкование, английское контрактное право, здравый смысл.

#### Summary

##### **Gaydulin O. Common sense interpretation in English case law.**

The article deals with the problem of English doctrines of contract interpretation, which are based on the principles of common sense. Works of British philosophers and relevant case law were analyzed. According to the results of comparative analysis, it appears the necessary to amend the current Civil Code of Ukraine (Art. 213).

**Key words:** literal interpretation, contextual interpretation, English contract law, common sense.

УДК 340.13

### **О. В. МИНЬКОВИЧ-СЛОБОДЯНИК**

*Олена Василівна Минькович-Слободяник, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри МІП Національного університету «Одеська юридична академія»*

## **СПІВВІДНОШЕННЯ ФУНКЦІЙ ПРАВОВОЇ ТА ПОЛІТИЧНОЇ КУЛЬТУРИ**

Правова і політична культура є виразником досягнення суспільства на певному етапі його становлення й розвитку, це постійно трансформуюча складова нашого буття. Вони є невід'ємними від загальної культури, що крізь їх призму індивідуалізується залежно від певних правових та політичних традицій і географічних особливостей території, на якій вона «культивується».

Правова і політична культура, впливаючи на правові та політичні процеси в суспільстві й державі, показують себе як складні багатифункціональні явища, що спрямовані на розв'язання певних завдань. Функція покликана, *по-перше*, розкрити ту роль, яку виконує та чи інша соціальна система в цілому; *по-друге*, виявити залежність між різними соціальними системами, процесами, вираженими у функціонуванні її окремих елементів; *по-третє*, пояснити і зрозуміти причини тієї соціальної дії, яка підлягає стандартизації та регулюванню певними нормами і контролюється соціальними інститутами<sup>1</sup>. У зв'язку з цим доцільно проаналізувати, як саме співвідносяться функції правової та політичної культури, як вони впливають на суспільні процеси в державі та соціумі, в регулюванні суспільних відносин.

Наукова спільнота нашої держави присвятила багато праць окремим дослідженням як функцій правової культури (Г. П. Клімова, В. Д. Шишкін, С. М. Олейников, І. В. Осика та ін.), так і функцій політичної культури (В. О. Нікітенко, Г. Т. Тавадов, І. О. Поліщук і т.д.), але ще не було спроби проаналізувати їх співвідношення. Саме такому аналізу й буде присвячена наша стаття.

У правовій науці існує багато наукових поглядів і визначень поняття функції. Інколи функції визначають як напрям розвитку, дії, в словниках акцент робиться на тому, що це є обов'язок, коло діяльності<sup>2</sup>. Вза-



галі функція як категорія використовується не тільки в рамках юриспруденції, а й в інших науках, тому для висвітлення нашого питання доцільно звернутися до загальної теорії права в рамках визначення поняття функцій правової культури і до політології в рамках розуміння значення функцій в політичній культурі.

Ряд теоретиків права визначає функції правової культури як: «Основні напрями оволодіння суб'єктами суспільних відносин правовими цінностями, які з'являються у результаті розвитку суспільства в галузі права»<sup>3</sup>. Функцію визначають ще як цілеспрямовану діяльність, роботу, повинність, явище, що залежить від ко-го-небудь або чого-небудь, є формою його виявлення і перетворюється залежно від його змін<sup>4</sup>.

Досліджуючи співвідношення функцій правової та політичної культур, ми дійшли висновку, що існує низка функцій які є спільними як для одного, так і для іншого явища, оскільки правова і політична культури є, на наше глибоке переконання, різними «сторонами однієї медалі». Зокрема, це такі функції, як пізнавальна, оціночна, регулятивна, комунікативна, виховна, ціннісно-нормативна, прогностична. Дослідимо їх більш детально.

**Пізнавальна функція** проявляється через усвідомлення інформації про історичний процес становлення й розвитку правової та політичної культур. Вона проявляється в рамках правової культури через усвідомлення історичної діяльності людей щодо відображення юридичної теорії та правової дійсності в суспільстві. Суть пізнавальної функції полягає в тому, що вона «повинна давати істинне знання про свій об'єкт»<sup>5</sup>. Все це є характерним і в рамках політичної культур, адже пізнавальна функція проявляється через відображення політичної дійсності, що зумовлюється усвідомленням політичних явищ і процесів, їх оцінкою. Завдяки відображенню формується і відношення до тих чи інших політичних та правових явищ і процесів, їх сприйняття й усвідомлення як окремим індивідом, так і суспільством. Яскравим прикладом можуть стати події, що відбулись під час Революції гідності – і до сьогодні є частина суспільства, що сприймає їх не як процес формування громадянського суспільства, прояв політичної волі народу через використання свого права на свободу народних зібрань, а заколот, переворот, захоплення влади.

**Оціночна функція** полягає не тільки в обізнаності з правових і політичних процесів, що відбуваються у суспільстві та державі в цілому, але й є виразником суб'єктивного ставлення кожного індивіда до того чи іншого політико-правового явища. Оціночна функція в правовій та політичній культурі завжди є виразником суб'єктивного начала, фактично вона є індикатором рівня правової та політичної свідомості. Адже основними показниками тут виступають такі категорії-цінності як «добро», «зло», «справедливість», «благо», «користь» і в залежності від рівня правосвідомості та політичної свідомості суб'єкта оцінки ми отримуємо результат, безумовно цей результат залежить також від рівня свідомості і проблем пов'язаних з її деформацією, якщо така є.

**Регулятивна функція** правової та політичної культур полягає в тому, що знайомлячись, наприклад, з текстом правової норми, особа також усвідомлює рівень відповідальності за її порушення, тобто усвідомлює її певну суспільну інтерпретацію. Таке сприйняття правової інформації, вважає А. П. Семітко, за активним сприянням суб'єктів правової культури викликає глибокий виховний і, нарешті, регулятивний вплив на людину, коригуючи в позитивному напрямі її поведінку<sup>6</sup>. У політичній культурі вона проявляється у нормативних політичних рішеннях держави, що акумулюють у собі визнані політичні цінності й норми поведінки, які дають змогу активно регулювати політичні відносини між суспільством і державою, утворюючи політичний консенсус.

**Комунікативна функція** правової та політичної культур проявляється через зв'язок громадян як з правовими і політичними інститутами, так і між собою. Відбувається зв'язок у просторі (через існуючу правовому та політичну системи) і в часі (через надбання культурі від покоління до покоління).

**Виховна функція** проявляється через виховання певного рівня правової та політичної свідомості, що дасть змогу визнавати, дотримуватись і цінувати демократичні правові та політичні цінності, підвищувати і розширювати юридичний та політичний світогляд, поширювати правові й політичні наукові знання серед населення, готувати висококласних фахівців у даній галузі, конкурентоспроможних на ринку праці.

**Ціннісно-нормативна функція** проявляється через систему аксіологічних характеристик. Вона відображає цінності в праві та політиці, визначає саме право як цінність, проявляється в наданні ціннісних ознак тим чи іншим об'єктам і явищам правового та політичного буття у свідомості індивіда, групи, а потім і всього суспільства. Нормативність проявляється в тому, що всі ці політичні та правові цінності знаходять свій вираз через політичні рішення держави та втілюються у відповідних правових актах.

**Прогностична функція** проявляється як можливість передбачення наперед певних явищ в правовому і політичному просторі. На думку Г. П. Клімової: «Прогностична функція правової культури – можливість передбачувати напрями розвитку правової системи, правотворчості і реалізації права, юридичної практики, соціально-правової активності громадян»<sup>7</sup>. У політичній культурі дана функція проявляється через можливість передбачення політичної поведінки владних суб'єктів на базі раніше отриманих знань та спостережень за особливостями політичної поведінки, продукованих політичних цінностей і оцінок різних політичних явищ певними соціальними спільностями.

Проаналізовані нами вище функції можна назвати усталеними як в теорії права, так і в політичній теорії. Даний набір сьогодні не викликає суперечок у науковому колі, але для усвідомлення повної картини функціонального потенціалу правової та політичної культурі необхідно проаналізувати й ті функції, які є спірними та малодослідженими, хоча вони спільні як для політичної, так і для правової культур.

Найбільш актуальною, з нашого погляду, сьогодні є функція **глобалізації**, що притаманна як політичній, так і правовій культурі. Весь світ сьогодні глобалізується, бажаємо ми того чи ні. Все менше залишається

чистих правових та політичних систем, не затьмарених запозиченнями. Все більше на світовій арені відбувається моралізація в світовій політиці і праві, ми в основу ставимо ідеї гуманізму. На думку С. М. Олейникова: «Глобалізація стимулює до динамічної культурної взаємодії. Юридична акультурація в розумних межах сприяє модернізації права, збагачуючи правову культуру новими принципами і юридичними категоріями»<sup>8</sup>. Певною мірою ця функція проявляється, наприклад, через обов'язковість застосування практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя в Україні.

Свій вираз загальнолюдські цінності знайшли і в рамках політичної культури. В. О. Нікітенко вважає, що: «...у сучасних умовах, коли досить активно відбуваються процеси глобалізації та інтернаціоналізації, політична культура все більше наповнюється загальнолюдськими цінностями»<sup>9</sup>. Більше того, сьогодні держави все більше прагнуть утворити якісь наддержавні спільноти, що будуть об'єднувати економічні, соціальні стандарти й прагнення, наприклад, Європейський Союз. Великим глобалізаційним чинником є мережа Інтернет, яка також впливає на рівень правової та політичної культури соціуму, оскільки дає можливість знайомитись з носіями цих видів культур у різних державах, сприймати їх світогляд та життєвий досвід, таким чином змінюючи і трансформуючи певним чином власну правову та політичну культуру через зміну світогляду та світосприйняття.

Ще однією спільною функцією можна назвати *функцію моделювання*. Найбільш яскраво в дії її ілюструє виборчий процес. Проявляється вона залежно як від моделі виборчої системи, так і особливостей поведінки суб'єктів виборчих правовідносин. Наприклад, коли вони порушують виборчі права громадян і цим породжують необхідність їх захисту, чи, навпаки, діють відповідно до вимог закону. Дані моделі поведінки суб'єктів є наслідком накопиченого ними досвіду в сфері права і політики, а пусковий механізм (на наше переконання, ним є правова свідомість та політична свідомість) є результатом певного рівня правової та політичної культури.

*Ідеологічна функція* також є спільною для правової та політичної культури. Після більше семи десятиків років комуністичної ідеології, мабуть, складно повірити в те, що будь-яка ідеологія – це не зло, але ми переконані, що для побудови сильної правової держави ідеологія є важливою складовою. Державно-правова ідеологія повинна включати в себе основні національні цінності та ідеї, які б були сприйняті суспільством на генетичному рівні, які б несли не запозичене право та політику, а були перетворені під тиском ідеології держави на власну модель правової та політичної системи держави. Ще барон де Монтеск'є в своїй «*Esprit des lois*» постулював необхідність адаптації позитивного права до географічних особливостей країни та культурних особливостей свого народу<sup>10</sup>. При цьому саме в рамках політичної культури повинна бути напрацьована дана ідеологія і під її тиском введена в життя. Правова ж культура покликана забезпечити її виконання і дотримання під тиском певного рівня правосвідомості соціуму.

Як ми вже зазначали вище, правова і політична культура є різними сторонами одного соціального явища, вони дуже схожі але не тотожні, тому не зважаючи на значну кількість спільних функцій, все ж таки є ті, які притаманні одній або іншій, що індивідуалізують правову та політичну культури. Розглянемо індивідуалізуючи функції більш детально.

До індивідуальних функцій правової культури ми відносимо: функцію політичної оцінки права та правової поведінки, функцію координації громадських та особистих інтересів.

Говорячи про *функцію політичної оцінки права і правової поведінки*, ми відштовхуємося від рівня якості правотворчості, правозастосування і правового виховання, адже всі вони є водночас показником якості та рівня правової культури. Коли приймається закон, то його зміст і техніка написання залежать не тільки від фахових знань авторів та парламенту, а й від оцінки ними тексту законопроекту за внутрішньою шкалою цінностей, за шкалою цінностей, прийнятих в суспільстві, від рівня тих можливих «свідомих шпарин», які вони заклали до тексту законопроекту і за які потім проголосували (вже як політики). Динаміку праву надає політика, вона ж дуже часто формує й відношення до нього. Не тільки суворість і невідворотність покарання спонукають суб'єктів до дотримання вимог закону, а й суспільне ставлення до протиправного вчинку, внутрішній регулятор, що формується у індивідів в процесі правозастосування та правового виховання, особистий взірєць політичної і правової еліти соціуму.

Наступною індивідуальною функцією правової культури є *функція координації громадських та особистих інтересів*. Як зазначає О. В. Аграновська: «Правова культура виконує функцію координації громадських та особистих інтересів, цілей і мотивів діяльності людини. Ураховуючи власні потреби, інтереси та оцінки, людина, керуючись індивідуальною правовою культурою, свідомо погоджує свою поведінку з вимогами правових норм або чинить лише зовні правомірні дії, що не спираються на внутрішню мотивацію або відхиляються від запропонованого правовою нормою еталону поведінки»<sup>11</sup>. Ми повністю поділяємо думку науковця і вважаємо, що проявляється вона не тільки в рамках індивідуальної культури, але має своє вираження і в груповій та суспільній сферах.

Індивідуальними функціями політичної культури є функція вираження реалізації соціальних інтересів та мобілізаційна.

*Функція вираження реалізації соціальних інтересів* проявляє себе через вираження інтересів певної групи (корінного народу, наприклад) у владі. Професор І. О. Поліщук вважає, що вона «...покликана відтворити корінні інтереси соціальних спільнот, які стосуються влади у суспільстві»<sup>12</sup>. Корінним політичним інтересом суспільства є постійний розвиток демократії, управління і розширення дійсного народовладдя, самоуправління народу. У механізмі дії демократії особливе значення має врахування, вираження об'єктивно

обумовлених інтересів соціальних груп. Тут багато залежить від методів виявлення; зростання їхньої багатогранності передбачає постійне вдосконалення і тих надбудовних структур, за допомогою яких здійснюється врахування інтересів<sup>13</sup>. Оскільки сама по собі політика – це мистецтво компромісу, то саме ця функція в дії дає змогу знаходити цей компроміс, створюючи при цьому сильні політичні групи, які будуть представлені у владі і зможуть активно впливати на формування й розвиток політико-правових процесів у державі.

**Функція мобілізаційна** виражається в організації людей на вирішення певних політичних і соціальних завдань<sup>14</sup>. Вона може проявлятися в пропозиції суспільству кращої моделі політичної системи, якогось більш досконалого політичного механізму, таким чином спонукаючи суспільство мобілізувати свої сили для досягнення даного «ідеалу». Прикладом може слугувати, так званий Євромайдан, на який у 2013 р. вийшла молодь задля досягнення кращого соціального і політичного рівня життя, відкриття більших можливостей в реалізації свого ресурсного потенціалу тощо.

Підбиваючи підсумки, варто зазначити, що правова і політична культура є дуже близькими за своєю суттю явищами, і більшість функцій, які є для них спільними, яскраво це демонструють, але за своєю природою вони різняться і тому їм притаманні ті функції, що їх індивідуалізують.

<sup>1</sup> *Сербин Р. А.* Правова культура – важливий фактор розбудови правової держави : дис. ... канд. юрид. наук / Р. А. Сербин. – К., 2003. – С. 39.

<sup>2</sup> Словарь иностранных терминов / под ред. И. В. Лехина, С. М. Локшиной, Ф. Н. Петрова (гл. ред.) и Л. С. Шаумяна. 6-е изд., перераб. и доп. – М.: Изд-во «Советская Энциклопедия», 1964. – С. 703.

<sup>3</sup> Загальна теорія держави та права (основні поняття, категорії, прав. конструкції та наукові концепції): навч. посіб. / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Онищенко. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 321.

<sup>4</sup> *Сліпушко О. М.* Тлумачний словник чужомовних слів в українській мові. Правопис. Граматика / О. М. Сліпушко ; за ред. В. А. Михалко. – К.: Криниця, 1999. – С. 453.

<sup>5</sup> *Бандура О. О.* Єдність цінностей та істини у праві: моногр. / О. О. Бандура. – К.: Нац. акад. внутр. справ України, 2000. – С. 129.

<sup>6</sup> *Семитко А. П.* Правовая культура социалистического общества: сущность, противоречия прогресс / А. П. Семитко. – Свердловск: Изд-во Урал. ун-та, 1990. – С. 24–27.

<sup>7</sup> *Клімова Г. П.* Структура та функції правової культури / Г. П. Клімова // Вісник Національної юридичної академії України ім. Я. Мудрого: зб. наук. праць. – Х.: Право. – 2012. – № 1 (11). – С. 297. – (Серія «Філософія, філософія права, політологія, соціологія»).

<sup>8</sup> *Олейников С. М.* Процес глобалізації та функції правової культури / С. М. Олейников // Вісник Національної юридичної академії ім. Я. Мудрого : зб. наук. праць. – Х.: Право. – 2013. – № 4. – С. 234. – (Серія «Філософія, філософія права, політологія, соціологія»).

<sup>9</sup> *Нікітенко В. О.* Формування політичної культури в контексті геополітичної проблематики / В. О. Нікітенко // Гуманітарний вісник Запорізької державної інженерної академії. – 2014. – Вип. 59. – С. 85.

<sup>10</sup> Ralf Michaels Forthcoming in Oxford Handbook of European Private Law (Basedow Hopt, Zimmermann eds, Oxford University Press). – P. 1.

<sup>11</sup> *Аграновская Е. В.* Правовая культура и обеспечение прав личности / Е. В. Аграновская ; отв. ред. Е. А. Лукашева; АН СССР. Институт государства и права. – М.: Наука, 1988. – С. 24–28.

<sup>12</sup> *Поліщук І. О.* Політична культура: дефініція, структура та функції / І. О. Поліщук // Вісник Національного університету «Юридична академія ім. Я. Мудрого». – 2013. – № 3 (17). – С. 195.

<sup>13</sup> *Радченко Л. М.* Політичні інтереси: поняття, функції, типологія / Л. М. Радченко: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/64445/108-Radchenko.pdf?sequence=1> – С. 601.

<sup>14</sup> *Тавадов Г. П.* Політологія: навч. посіб. / Г. П. Тавадов. – М.: ФАИР-ПРЕСС, 2000. – 416 с.

## Резюме

### **Минькович-Слободяник О. В. Співвідношення функцій правової та політичної культур.**

У даній статті було здійснено спробу визначити особливості співвідношення функцій правової та політичної культур і охарактеризувати їх зміст і значення.

Правова і політична культура є виразником досягнення суспільства на певному етапі його становлення і розвитку, це постійно трансформуюча складова нашого буття, вони є невід'ємними від загальної культури, що крізь їх призму індивідуалізується залежно від певних правових та політичних традицій і географічних особливостей території, на якій вони «культивуються».

Правова і політична культура, впливаючи на правові та політичні процеси в суспільстві і державі, показують себе як складні багатфункціональні явища, що спрямовані на розв'язання певних завдань. У зв'язку з цим необхідно проаналізувати, як саме співвідносяться функції правової та політичної культур, як вони впливають на суспільні процеси в державі та соціумі, в регулюванні суспільних відносин.

**Ключові слова:** функція, правова культура, політична культура, глобалізація, моделювання, ідеологія.

## Резюме

### **Минькович-Слободяник Е. В. Соотношение функций правовой и политической культур.**

В данной статье была предпринята попытка определить особенности соотношения функций правовой и политической культуры, охарактеризовать их содержание и значение.

Правовая и политическая культура являются экстрактом достижения общества на определенном этапе его становления и развития, это постоянно трансформирующая составляющая нашего существования, они являются неотъемлемыми от общей

культури, індивідуалізуються через її призму в залежності від певних правових і політичних традицій і географічних особливостей території, на якій вони «культивуються».

Правова і політична культура, впливаючи на правові і політичні процеси в суспільстві та державі, показують себе як складні багатофункціональні явища, які направлені на виконання певних завдань. В цій зв'язі необхідно проаналізувати, як саме соотносяться функції правової і політичної культури, як вони впливають на суспільні процеси в державі та суспільстві, в регулюванні суспільних відносин.

**Ключевые слова:** функция, правовая культура, политическая культура, глобализация, моделирование

#### Summary

***Minkovich-Slobodyanik O. Correlation functions of the legal and political cultures.***

In this article we made an attempt to determine the level of correlation functions of the legal and political culture, to characterize their content and value.

The legal and political culture is the spokesman of the achievements of the society at a certain stage of its formation and development, it is constantly transforming part of our existence, they are essential from the general culture that through their lens individualized depending on certain legal and political traditions and geographical features of the territory in which they are cultivated.

The legal and political culture affecting the legal and political processes in society and the State to show itself as a sophisticated multi-functional phenomena, directed to perform certain tasks. The function is intended, firstly, to reveal the role played by one or another social system as a whole; and secondly, to discover the relationship between different social systems, processes expressed in the functioning of its individual elements; thirdly, to explain and understand the causes of the social action, which is subject to standardization and regulation by certain norms and controlled by social institutions.

**Key words:** function, legal culture, political culture, globalization, simulation, ideology.

УДК 347.965:342.1(477) «19/20»

#### **І. Я. СЕМЕНЮК**

*Іван Ярославович Семенюк, кандидат юридичних наук, старший викладач Львівського державного університету внутрішніх справ*

### **ОСОБЛИВОСТІ ЗДІЙСНЕННЯ ЗАХИСТУ УКРАЇНСЬКИМИ АДВОКАТАМИ У ПОЛІТИЧНИХ ПРОЦЕСАХ НАД ЧЛЕНАМИ УВО**

Проблематика дослідження зумовлена характером суспільно-політичних змін, які відбулись в історії українського народу. Законодавство 30-х років минулого століття визначало те, що український народ живе в демократичній державі, де формувались органи влади та управління, діяльність яких мала б ґрунтуватися на принципі законності, а людина, її права і свободи, є найвищою цінністю. Однак реальні обставини склались по-іншому. Правоохоронна система держави не повноцінно забезпечувала відновлення порушених прав громадян. Це стосується як правосуддя, в рамках якого здійснювався захист у суді, так і судочинства, що було під об'єктивом критики адвокатів. Таке становище пояснюється тим, що далеко не повною мірою враховується історичний досвід українських адвокатів у період політичних судових процесів 30-х років ХХ ст., як і їх внесок у розвиток громадської правосвідомості. Такі аспекти адвокатської діяльності є актуальними для науково-практичного дослідження й сьогодні.

Інститут адвокатури пройшов становлення, відображене в писаному праві держави. Цими питаннями займалися такі правознавці, як І. Гловацький, З. Книш, А. Бойков, О. Святоцький та інші.

Період 1918–1926 рр. характерний об'єднанням переважної більшості українських адвокатів у Союз Українських Адвокатів, значна частина яких брала участь у політичних судових процесах. У своїх спогадах, які вийшли окремим виданням, д-р С. Шухевич наголосив на тому, що серед загальної кількості правників, які брали регулярну участь у справах за подібні злочини, «було нас п'ять у Львові, що виступали в усіх великих, а то й менших процесах. Були ними: д-р Глушкевич, д-р Старосольський, д-р Ганкевич, д-р Шухевич, д-р Шевчук»<sup>1</sup>.

**Мета** даної статті полягає у виявленні особливостей захисту українськими адвокатами у судових процесах 1930-х років.

Справою визнання для молодого правника В. Старосольського в перші роки судової практики стала кримінальна справа проти М. Січинського за вбивство губернатора Потоцького, яка розглядалась у Львові у 1908 р., поряд із відомими адвокатами (К. Левицький, Т. Окуневський, В. Загайкевич).

Неодноразово виникали суперечки про жертвовність адвокатів при участі в судових процесах політичного характеру. Систематична неправда, поширена у суспільстві, про відсутність бажання обороняти політичних в'язнів провокувала антисимпатію населення. І. Гловацький у такому випадку цитує В. Старосольського, адвоката і доктора права, який зазначав що «проти українських адвокатів воюють систематично брехнею...»<sup>2</sup>.

Масові арешти та судові процеси, більшість з яких мала політичний характер, були пов'язані з діяльністю УВО та ОУН. Одним із перших таких процесів був судовий процес щодо 19-літнього абсолювента української львівської академічної гімназії М. Лемика («Постріл на захист мільйонів»), який мав виконати атентат (вбити посадову особу) на советського консула у Львові. У жовтні 1933 р. у Львові почався судовий процес проти М. Лемика. За декілька днів до початку судового процесу захищати підсудного зголосилися усі українські адвокати у Львові на чолі із доктором Левицьким. Польський суд категорично виступав проти того, щоб на лаві адвокатів засіла така велика кількість оборонців, і головним чином тому, що недавно перед тим між ССРСР і Польщею було підписано пакт про ненапад. І така «маніфестаційна» участь адвокатів, на думку польського суду, позначилась на польсько-советських міждержавних взаєминах. До оборони допущено лише професора д-ра В. Старосольського, д-ра С. Шухевича та д-ра С. Біляка (мав заступати Старосольського через хворобу останнього на той час). Судовий процес проти Лемика викликав сенсацію у всьому світі. Безперечно цікавим є те, що до оборони Лемика перед судом зголосився навіть один поляк (адвокат Пасхальський з Варшави).

У процесі провадження у таких судових справах адвокати зазнавали обмежень. Практично всі судді були за національністю поляками, саме це й пояснює їх ставлення до українців – як підсудних, так і їх оборонців. У всіх судових процесах до уваги судом не було взяти багато порушених адвокатами питань, які мали чимале значення для вирішення справи. У справі проти М. Лемика д-р С. Шухевич виносив такі питання: чи відомо свідку, які замки у консуляті, на якому правовому акті ґрунтується ставлення росіян та українців, чи відомо, хто такі Хвильовий та Скрипник. Судом було відкинуто практично всі запити про отримання відомостей за колективізацію та голод. Усі питання захисту були проігноровані суддями, що грубо обмежило оборону та ускладнило ситуацію для підзахисних. Разом із тим адвокати спеціально задавали такі звернення для того, щоб останні достукались до свідомості українського суспільства, суддів-поляків, усіх не байдужих до вирішення даної ситуації.

Дисциплінарний сенат адвокатури при Найвищому Суді, а також Начальна рада стежили за дотриманням адвокатами вказівок із наголосом на політичному характері судових справ. Неприпустимим було виявлення будь-яких дій з невдоволення вироком у справі, оскільки такі дії розцінювались як виступ проти правосуддя.

18 листопада 1935 р. у Варшаві розпочався судовий процес над членами ОУН. Він викликав жвавий інтерес в Європі та Північній Америці. Польська влада намагалася показати себе перед західним світом демократичною та правовою державою, дозволяла публікувати у пресі промови підсудних і матеріали процесу. Було передчуття тріумфу остаточного розгрому організаційного апарату ОУН та припущення, що промови її членів, які співпрацювали зі слідством, остаточно знищать авторитет організації в українському суспільстві. Незважаючи на це, самій організаційній структурі ОУН уже було завдано дуже вагомому удару.

У своїй праці, яка носить однойменну назву із розпочатим політичним судовим процесом у Варшаві, Зеновій Книш зазначив, що «Варшавський процес був драмою, а не плиткою комедією. І тішуся, що в присуді за вбивство Перецького не було присуду смерті»<sup>3</sup>.

Володимир Горбовий, Ярослав Шлапак, Лев Ганкевич, Олександр Павенцький – одні із найкращих оборонців-адвокатів, які виступили на захист учасників національно-визвольного руху в Західній Україні, членів УВО та ОУН у даному судовому процесі.

Відомо, що при виконанні своїх обов'язків як представника у судовій справі будь-який професійний юрист «співпрацює» з існуючою системою правосуддя, тим самим виконуючи важливу суспільну функцію – захист прав і інтересів пересічних громадян, юридичних осіб, надання їм правової допомоги. Своїми діями впливає та певною мірою спричинює реформування правової системи держави, що є важливим компонентом на етапі її творення.

Про це пише Степан Шухевич: «...варшавський прокурор Желенський в акті обвинувачення викликав як свідків в суд мене і доктора В. Старосольського (відповідно до чинного законодавства свідок не мав права обороняти підсудного – *авт.*). Мету такого поступку пізніше відверто пояснив львівський прокурор Прахтель-Морав'янський у приватній розмові: «То дивно, що варшавський прокурор боїться львівських адвокатів, а тому покликає їх на свідків, щоб позбутися їх із залів розправ...»<sup>4</sup>.

У процесі судового провадження у Варшаві на лаву підсудних сіло 12 членів ОУН, серед яких був і Степан Бандера. Справа Варшавського окружного суду протягом двох місяців набрала широкого розголосу не лише в Україні та Польщі, а й у цілому світі. Прокуратура Варшавського апеляційного суду звинувачувала: Степана Бандеру – у приналежності до ОУН і в тому, що він, будучи Провідником Крайової Екзекутиви, дав наказ Григорієві Мацейку вбити міністра внутрішніх справ Польщі Перацького; Ярослава Карпинця – у виготовленні бомби; Миколу Лебеда і Дарію Гнатківську – у підготовці атентату (розвідка про час, місце й найсприятливіші умовини для виконання акту); Миколу Климишина – у придбанні складників для бомби, яку виготовив Ярослав Карпинець, і за безпечне перевезення тієї бомби до польської столиці; Богдана Підгайного – за контакти Мацейка з Бандерою, видачу Мацейку пістолета «Гіспано» (калібр 7,65 мм) з набоями та за зв'язки з іншими організаторами атентату; Івана Малюцу – у тому, що проводив розвідку для підготовки атентату, і за те, що передавав гроші та інструкції для Лебеда і «робив старання», щоб полегшити втечу Мацейкові; Якова Чорнія, Євгена Качмарського, Романа Мигалья, Катерину Зарицьку і Ярослава Рака – у допомозі Мацейкові втекти й уникнути покарання за виконаний атентат. З акту обвинувачення стало відомо, що 15 червня 1934 р. бойовик ОУН Григорій Мацейко вбив польського міністра внут-

рішніх справ Перацького пострілом із пістолета під час того, коли міністр входив на обід до «Товариського клубу» на вулиці Фоксаль.

Перед початком розгляду справи у суді адвокат та доктор права Кость Левицький провів нараду Колегії оборонців у Львові, де обговорювались усі можливі тактики оборони, згодом реалізовані в процесі. Такі наради скликалися за потребою, чого вимагали складність та завдання у веденні певної справи. І це, варто признати, давало свій результат – позитивний для оборонців.

Із самого початку розгляду справи у Варшавському суді процес набув забарвлення «політичної демонстрації». Він ускладнювався й тим, що провадження здійснювалося польською мовою. Коли головний підсудний Степан Бандера заявив, що знає польську мову, але йому, як і іншим, належно говорити рідною, українською, мовою, голова суду заборонив йому це робити. Мотивування – у польських судах допущено провадження лише польською, за винятком східних воєводств.

Згідно з письмовими джерелами, полковник Євген Коновалець передав інструкцію до адвоката В. Старосольського: «Справу треба поставити ясно й визнати, що міністра вбили члени ОУН, не треба йти на будь-яке крутіство, бо воно не годиться у такій поважній справі...»<sup>5</sup>.

На судовому процесі у Варшаві 1935–1936 років Володимир Горбовий, який зголосився до оборони відразу, як стало відомо про таке штучне усунення колег, виступив захисником крайового провідника ОУН Степана Бандери, Я. Чорнія, Є. Качмарського.

Сторону обвинувачення зайняли відомі польські прокурори: прокурор варшавського апеляційного суду Рудніцкі, прокурор Желеньські (колишній журналіст). Акт обвинувачення опрацьований обома, але поведінка та зміст промов були різними – Рудніцкі спромігся зберегти повагу до себе самого і до підсудних, Желеньські при кожній нагоді висказував «негатив» польського шовінізму та оптимізму. Одним словом, звинувачення було в «належних» руках.

Адвокат В. Горбовий спростував посилення польських прокурорів на те, що українська церковна ієрархія осудила вбивство І. Бабія з рук ОУН за прислугування ворогам в стані страху ОУН. Зрозуміло, що кожний християнський єпископ повинен засуджувати вбивство. Переконливим у цьому випадку є знання польських правників українських судових справ протягом Варшавського процесу. Такі знавці визнавали, що – ОУН масова організація і користується народною симпатією. Процес почав набувати відтінку розширення націоналістичних ідей організації українських націоналістів. Своїми питаннями адвокати представляли перед суддями картину діяльності організації, ідейні погляди та мету, до якої прагнули. На питання Володимира Горбового про діяльність організації С. Бандера відповів: «Бойова діяльність Організації є лиш фрагментом. Ми займаємося всесторонньою пропагандистською діяльністю серед всіх, і своїх, і чужих». На питання Горбового, з яких сфер діяльності рекрутувалися члени ОУН, Бандера відповів: «З усіх, без огляду на своє становище»<sup>6</sup>. Позиція та мета організації в результаті такими відповідями була повністю з'ясована, що преса слово в слово часто доводила до свідомості читачів.

Становище українських адвокатів на процесі було далеко не просте. Оскільки процес мав відношення до політичних подій того часу, правники прагнули виразити це більш яскраво. Свідкам, прокурорам адвокати ставили відповідного характеру питання. Польські судді, як і сторона обвинувачення, знаючи про характер судового процесу щодо українського народу, намагались перешкодити спробам оборонців визначити «хижість і спротив до українців».

Судова система до українського народу виражала у всьому, зокрема, в процесі розгляду судової справи проти С. Бандери та товаришів. Як зазначав у своїй статті кореспондент газети «Новий Час», Володимир Горбовий «кинув» в адресу суддів, сторони обвинувачення, наступне: «Помилка людини може бути виправдана, але помилка органу справедливості – ні»<sup>7</sup>. Фраза була настільки різка, що не звернути увагу на таку тезу просто було неможливо. Такі дії виражались у накладенні штрафів на адвокатів.

Відданість адвокатів своїм внутрішнім переконанням та ідеям суспільства на Варшавському, а пізніше на Львівському судових процесах давали заряд оптимізму підсудним та усім присутнім.

Безперечно, всі без винятку оборонці знали, що частина їх запитань не буде допущена, але вони навмисне ставили їх, щоб ті були висвітлені на сторінках преси, аби підкреслити політичний характер процесу. Наприклад, при запитанні підсудних, коли ОУН здобула серед українського народу такий вплив, або ж – чи тільки діє на території Польщі український націоналізм і чи охоплює всі етнографічні землі, суд просто не дозволив відповідати на такі питання. У кожного українця в його свідомості залишалось те, що ОУН має великий вплив серед українського суспільства.

Із впевненістю можна вважати, що судовий процес у Львові був продовженням широковідомого Варшавського процесу ОУН. Здовго до початку Львівського процесу у пресі появились записи про новий політичний процес. Стало відомо, що прокурор викликав 35 свідків, серед них були «одні полісмени та кілька судових експертів».

Неодноразово при провадженні у політичному судовому процесі голова трибуналу переривав промову чи спробу довести, спростувати відомості, подані стороною обвинувачення. З'ясування співжиття польсько-го та українського народів, наголошення на особливостях саме політичних судових процесів, мовне питання, проблема імперіалізму українських націоналістів та взаємовідносин ОУН з іншими державами так і залишились не висвітленими повноцінно, як цього прагнули оборонці.

У процесі провадження в даній судовій справі невідомим чином постали відомості з «Архіву Сеника», що його, як черговий доказ сторони обвинувачення надала прокуратура. У своєму виступі на судовому засі-

данні доктор В. Старосольський зазначив, що наявні в матеріалах згаданого архіву відомості про факт отримання захисниками С. Шухевичем, С. Шевчуком та ним особисто коштів не відповідають дійсності. Усі обронці підтримали позицію фальсифікації відомостей архіву Сеника, оскільки на одних матеріалах були нечіткими підписи, на інших – відомості. Матеріали даного архіву тривалий час знаходились в руках польської поліції, а згодом були передані до Львівського суду – в якому пробули невідомий час. Такі спроби фальсифікації доказів, різноманітні закиди на адресу захисту були лише спробами усунути хоча б когось з числа правників.

На відміну від Варшавського процесу, який журналісти описували як «німий», у Львові польський процесуальний кодекс дозволяв в'язням відповідати рідною мовою, проте акт обвинувачення все ж прочитано польською. Суд мотивував це тим, що клопотання про зачитування обвинувачення українською мовою повинно було б податись ще до закінчення слідства. Газети подавали інколи майже слово у слово те, що говорили підсудні. Достатньо було підібрати газету того часу – і перед очима повна інформація про те, що таке Організація Українських Націоналістів, які її ідеологія, політично-програмові постанови, діяльність і навіть те, що підкреслюється у вимогах до кожного члена ОУН. Тобто, які моральні засади членства і що береться в основу виховання високоїдейних, відданих і жертвних борців за вільну Україну, за її державну суверенність.

У своїй черговій статті історик Іван Кедрин так описує особливість участі українських адвокатів у судових політичних процесах проти членів УВО та ОУН: «д-р Лев Ганкевич любив орудувати цитатами з польської літератури, а д-р Степан Шухевич чи д-р Маріян Глушкевич відзначались особливою петицією – Володимир Старосольський уводив у свою оборону підсудного (члена ОУН) елемент філософії і психоаналізу та аналізу польського карного кодексу на тлі староримського права чи кодексу Наполеона»<sup>8</sup>.

Пізніше, при висловленні протесту проти звинувачень польських прокурорів та обмежений доступ українських адвокатів до участі у справі, Володимир Старосольський сказав: «... ми з'явилися тут, щоб дати свідоцтво правді, щоб сповнити той обов'язок, який лежить на українцеві – адвокатуві, коли він є членом (українського) суспільства»<sup>9</sup>.

В. Горбовим зазначено факт існування угоди про видачу речей та осіб між Польщею та Чехо-Словаччиною, а також про відсутність будь-яких доказів про направлення поданих прокурором актів вилученого архіву ОУН, методом, зазначеним в угоді. Ця обставина, підтримана всіма правниками, була досить сумнівною, суд цього не врахував. Для захисту використовувались відомості українських часописів «Діло», «Новий Час», «Наш клич», що видавались протягом серпня 1933 р., як доказ протесту проти штучного голодомору в Україні, спричиненого політикою Москви. При вступі до судової промови В. Горбовий особливо яскраво та доступно, для усіх присутніх в залі суду, пояснив обставини розростання українського націоналістичного руху – УВО та ОУН, відродження української державності.

Загальноприйнятою в юриспруденції є позиція, згідно з якою забезпечити надійний захист прав та свобод людини і громадянина може лише судова система, яка діятиме вніятково на засадах, визначених Конституцією: законності; рівності всіх учасників судового процесу перед законом і судом; гласності судового процесу; змагальності сторін; додержання презумпції невинуватості в умовах незалежності й недоторканності суддів; є відкритою, демократичною і справедливою. Проте безпосередня участь адвокатури у таких судових засіданнях дозволяє всебічно представити та захистити права і законні інтереси сторін.

Таким чином, вироки польських судів щодо українців, обвинувачених у державній зраді та інших злочинах проти Польщі, вчинених на території Східної Галичини, були незаконними, оскільки за нормами міжнародного права Польща у цей період на українських землях була тимчасовим окупантом.

<sup>1</sup> Шухевич С. Моє життя: спогади. – Лондон: Видавництво Української Видавничої Спілки, 1991. – С. 507.

<sup>2</sup> Гловацький І. Ю. Етнічні норми професійної діяльності адвокатів Польщі в 20–30 рр. ХХ ст. // Правова держава. Міжвідомчий збірник наукових праць. Вип. 13. – К.: АН України: Інститут держави і права ім. М. В. Корецького. – К., 2002. – С. 509.

<sup>3</sup> Книш З. Варшавський процес ОУН: на підлозжі польсько-українських відносин тієї доби. Том 2 // Науково-дослідний інститут імені О. Ольжича. – Торонто: Срібна сурма, 1986. – С. 41.

<sup>4</sup> Шухевич С. Вказана праця. – С. 511.

<sup>5</sup> Там само. – С. 513.

<sup>6</sup> Книш З. Вказана праця. – С. 95.

<sup>7</sup> ЦДДА у м. Львові. Ф. 371. Оп. 1. Спр. 79. Арк. 136.

<sup>8</sup> Кедрин І. Володимир Старосольський (у 100-річчя народин) // Записки Наукового Товариства ім. Т. Г. Шевченка. Том 210: історично-філософська секція. Володимир Старосольський (1878–1942) / Редактор: Уляна Старосольська. – Нью-Йорк–Париж–Сідней–Торонто, 1991. – С. 390.

<sup>9</sup> Там само. – С. 112.

## Резюме

**Семенюк І. Я. Особливості здійснення захисту українськими адвокатами у політичних процесах над членами УВО.**

У даній статті досліджено особливості надання правової допомоги та здійснення захисту адвокатами у судових процесах у Східній Галичині 30-х років ХХ століття.

**Ключові слова:** адвокат, право, інститут адвокатури, судовий процес, правосуддя.

Резюме

**Семенюк И. Я. Особенности осуществления защиты украинскими адвокатами в политических процессах над членами УВО.**

В данной статье исследованы особенности предоставления правовой помощи и осуществления защиты адвокатами в судебных процессах в Восточной Галичине 30-х годов XX столетия.

**Ключевые слова:** адвокат, право, институт адвокатуры, судебный процесс, правосудие.

Resume

**Semeniuk I. Peculiarities of the protection of Ukrainian lawyers in political processes over the members of the UHV.**

In this article the features of the provision of legal aid and the protection of lawyers in court proceedings in Eastern Galicia of the 30s of the twentieth century were researched.

**Key words:** lawyer, law, institute of advocacy, litigation, justice.

УДК 342.71-054.7

**І. Д. СОФІНСЬКА**

*Ірина Дмитрівна Софінська, кандидат юридичних наук, докторант Навчально-наукового інституту права та психології Національного університету «Львівська політехніка»*

**ГРОМАДЯНСТВО ТА МІГРАЦІЯ: ЦИВІЛІЗАЦІЙНІ, КОНСТИТУЦІЙНІ ТА ГЛОБАЛІЗАЦІЙНІ ВИКЛИКИ СЬОГОДЕННЯ**

Світ, незважаючи на перманентну глобалізацію та повсюдну міграцію, ще не готовий до вимушеного переселення людей у зв'язку зі зміною клімату (викликану глобальним потеплінням, виверженням вулканів, підвищенням рівня світового океану і затопленням узбережжя, ураганами, посухами, повеннями, які спричиняють втрату врожаю, прісної води, посилення безробіття та голод місцевих мешканців) як із реальною загрозою для реалізації права людини на безпечне для життя і здоров'я довкілля. Ми ще не готові ні до філософсько-правового сприйняття «вимушеного переселення людей у зв'язку із зміною клімату», ні до його визначення у законодавчій площині, насамперед на міжнародно-правовому рівні. Навіть незважаючи на те, що відповідно до повідомлень Міжнародного моніторингового центру переміщень станом на кінець 2016 р. 24,2 млн осіб у 118 державах світу можуть вважатися переміщеними особами внаслідок кліматичних змін<sup>1</sup>.

Аналізуючи конституційність права людини на безпечне для життя і здоров'я довкілля, слід зазначити, що станом на 2012 р. 177 із 193 держав-учасниць Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) визнають таке право людини у своїх конституціях<sup>2</sup>. Серед них – Аргентина (ст. 41(1)), Бельгія (ст. 23(3(4))), Бразилія (ст. 225), Греція (ст. 24), Грузія (ст. 37(3)), Естонія (ст. 5, 53), Індія (ст. 21), Колумбія (ст. 79), Перу (ст. 2(22)), Угорщина (ст. 20(2)), Хорватія (ст. 69(2)) тощо. Окремо варто підкреслити, що першими державами у світі, які на конституційному рівні закріпили право людини на безпечне для здоров'я довкілля, стали Португалія у 1976 р. (ст. 66) та Іспанія у 1978 р. (ст. 45).

Відтак, і в Україні право людини на безпечне для життя і здоров'я довкілля є невід'ємним та невідчужуваним, належить до особистих немайнових прав фізичної особи, що забезпечують її природне існування та передбачене у ст. 50 (ч. 1) Конституції України 1996 року<sup>3</sup>. Абсолютно зрозумілим та законодавчо визначеним є те, що кожна людина (громадянин України, іноземець, біженець, шукач притулку чи особа без громадянства) має право на відшкодування шкоди, завданої порушенням цього права<sup>4</sup>.

Додатково у державах, які на конституційному рівні закріпили право людини на безпечне для життя і здоров'я довкілля, існує законодавство у сфері довкілля та ефективно функціонує судовий захист у випадку порушення цього права, є підписані й ратифіковані міжнародні угоди. Окремими державами, що не визнають конституційність права людини на безпечне для життя і здоров'я довкілля є Австралія, Афганістан, Камбоджа, Канада, Китай, Кувейт, Лаос, Ліван, Малайзія, М'янма, Нова Зеландія, Оман, Північна Корея, США (незважаючи на те, що Конгрес США ще в січні 1970 р. прийняв Національний акт про екологічну політику, а у 1996 р. була невдала спроба внести відповідну конституційну поправку), Японія тощо<sup>5</sup>. Франція «пішла» ще далі у контексті конституційного закріплення екологічних прав людини. У 2001 р. тодішній Президент Франції Жак Ширак подав пропозицію прийняти Хартію довкілля і, попри певний скептицизм, Конгрес прийняв 1 березня 2005 р. конституційний закон № 2005-205 «Про хартію довкілля», у ст. 1 якого йдеться про те, що «кожен має право жити в безпечному (усталеному) для здоров'я довкіллі»<sup>6</sup>.



Однак, незважаючи на всі вищезгадані конституційні положення щодо захисту права людини на безпечне для життя і здоров'я довкілля, серед науковців неодноразово виникають сумніви стосовно мети та потенційної користі закріплення у конституції держави цього права людини. Прихильники аргументують доцільність конституційного закріплення цього права людини у зв'язку із повсюдним реформуванням екологічного законодавства і посиленням відповідальності органів публічної влади за його порушення, що, без сумніву, має сприяти покращенню стану довкілля, зменшенню екологічних катастроф та ризиків їх виникнення. Водночас скептики (навіть певним чином критики) конституційного закріплення права людини на безпечне для життя і здоров'я довкілля переконані, що екологічні права людини в даному аспекті стають занадто «розмитими», щоби бути важливими, складними до застосування, а тому малоефективними. Ймовірно, такий скептицизм став результатом того, що понад 90 держав світу у своїх конституціях декларують наявність лише матеріального права людини на безпечне для життя і здоров'я довкілля і лише менше 40 з них передбачають процедуру судового захисту у випадку його порушення<sup>7</sup>.

Серед основних підстав чи передумов визначення та закріплення права людини на безпечне для життя і здоров'я довкілля на законодавчому рівні є вплив (як природний, так і викликаний втручанням людини) зміни клімату на навколишнє середовище та життєдіяльність людини, а саме: можливість кожної людини реалізувати свої права, свободи і привілеї та виконувати обов'язки. Науковці стверджують, що офіційне оприлюднення поняття «зміни клімату» відбулося у 1979 р., коли у Женеві в рамках діяльності ООН відбувся Перший світовий кліматичний конгрес. Рамкова конвенція ООН зі зміни клімату була затверджена 9 травня 1992 р. і відкрита до підписання під час Конференції Організації Об'єднаних Націй з навколишнього середовища і розвитку, неофіційно відомої як Саміт Землі, що відбулася у Ріо-де-Жанейро протягом 3–14 червня 1992 р. і в якій взяли участь уряди 172 держав світу. Ця рамкова конвенція ООН стала чинною 21 березня 1994 року.

Станом на 2015 р. усі держави-учасниці ООН ратифікували цю рамкову конвенцію ООН. Від імені України її підписали під час Саміту Землі 11 червня 1992 р., ратифікували 29 жовтня 1996 р.<sup>8</sup>, а чинною вона стала 11 серпня 1997 року. У ст. 2 цієї рамкової конвенції ООН під поняттям «зміна клімату» розуміється така зміна клімату, яка прямо або непрямо обумовлена діяльністю людини, породжує зміни у складі глобальної атмосфери і накладається на природне коливання клімату, що спостерігаються протягом порівняльних періодів часу<sup>9</sup>. Очевидно, що кожна держава-підписант цієї рамкової конвенції ООН зобов'язується здійснювати ефективну державну політику, спрямовувати усі зусилля та вживати попереджувальні заходи з метою зменшення чи пом'якшення негативних наслідків зміни клімату, які негативно впливають на здоров'я і добробут людей (ст. 3 ч. 3)<sup>10</sup>.

Наразі, незважаючи на перманентну зміну клімату, не існує єдиної стандартної дефініції, хто ж такий «кліматичний мігрант (*ecomigrant*)» чи «кліматичний біженець (*climate refugee*)» або, яке значення «кліматичного вигнання (*climate exile*)»<sup>11</sup>. Також немає визначення такої категорії людей у міжнародно-правовому полі, хоча на практиці вони існують майже у всіх державах світу. Науковці та експерти ООН припускають, що зараз не на часі вводити окреме визначення «кліматичного мігранта чи біженця», оскільки зміна клімату пов'язана безпосередньо із діяльністю людини (винаходами та інноваціями, випробуванням ядерної зброї, воєнними діями, вирубуванням прадавніх лісів, зміною рула рік тощо)<sup>12</sup>. Оскільки зміна клімату супроводжується різними політичними, економічними чи соціальними чинниками, то й поняття «кліматичного мігранта чи біженця» є додатковим до категорійного визначення «біженця», передбаченого Конвенцією ООН про статус біженців 28 липня 1951 року.

Відомо, що сторонами цієї конвенції є 145 держав світу (США, до прикладу, не є стороною цієї конвенції, а лише Протоколу щодо статусу біженців, прийнятого 16 грудня 1966 р.). Існують припущення, що ця конвенція є продуктом середовища Холодної війни, а тому вважається таким собі політико-правовим артефактом, застарілим за своєї сутності, оскільки не відповідає викликам глобалізації та масової міграції XXI ст. (а дефініція біженця далека від природи самого явища)<sup>13</sup>.

Отже, відповідно до положень вищезгаданої Конвенції ООН біженцем є та особа, яка «через обгрунтовані побоювання стати жертвою переслідувань з боку держави свого громадянства (національної приналежності) за ознакою расової належності, релігії, громадянства, належності до певної соціальної групи чи політичних поглядів знаходиться за межами країни своєї національної належності і не в змозі користуватися захистом цієї країни або не бажає користуватися таким захистом внаслідок таких побоювань» (ст. 1 ч. А п. 2)<sup>14</sup>. З цього визначення можна виділити чотири основні кумулятивні підстави, виконання яких є необхідним для визнання будь-якої особи біженцем: по-перше, бути за межами країни своєї національної належності; по-друге, мати побоювання стати жертвою переслідування; по-третє, побоювання стати жертвою переслідування за ознакою расової належності, релігії, громадянства, належності до певної соціальної групи чи політичних поглядів і, нарешті, ці побоювання повинні бути обгрунтовані<sup>15</sup>.

Традиційно (на підставі ст. 34 Конвенції ООН про статус біженців 1951 р.) наявність в особі статусу «біженця» передбачає проходження нею спрощеної процедури отримання громадянства у зв'язку із натуралізацією в багатьох демократичних державах світу<sup>16</sup>. Йдеться, до прикладу, про зменшення цензу осілості заінтересованої особи в державі бажаного громадянства, відсутність вимоги про знання нею історії та культури (як в Австрії, Болгарії, Греції, Данії, Ірландії, Ісландії, Іспанії, Італії, Македонії, Мексиці, Молдові, Польщі, Румунії, Сальвадорі, Словенії, Угорщині, Україні, Фінляндії, Франції, Чорногорії, Швеції тощо)<sup>17</sup>.

На підставі результатів переглянутого звіту ООН щодо кількості населення світу за 2017 р. відомо, що все населення світу становить близько 7.6 млрд людей, з них майже 60 % живуть в Азії (4,5 млрд осіб), 17 %

в Африці (1,3 млрд осіб), майже 10 % в Європі (понад 743 млн осіб), 9 % в Латинській та Південній Америці (сумарно 650 млн осіб) та 5 % у Північній Америці й Океанії (сумарно 400 млн осіб)<sup>18</sup>. За цими прогнозами населення більш ніж 51 держави світу до 2050 р. може зменшитися на понад 15 % (зокрема, йдеться про такі європейські держави, як Болгарія, Польща, Румунія, Україна, Хорватія та ін.)<sup>19</sup>. Тоді як в інших 11 державах світу (таких, як Китай, Індія, Нігерія, Демократична Республіка Конго, Пакистан, Ефіопія, Танзанія, США, Уганда, Індонезія та Єгипет) проживатиме більше половини усього людства<sup>20</sup>. Між країнами зберігається відчутна демографічна асиметрія. Причинами зменшення кількості населення є низька народжуваність, смертність, старіння та зубожіння населення, зміна клімату, міграція.

Деякі науковці вважають, що активне зменшення кількості населення стосується насамперед малих острівних держав у Тихому океані на зразок Мальдів, Тувалу чи Кірибаті, а тому саме вони у близькому майбутньому зможуть сформулювати спеціальну категорію переселенців – екологічних біженців<sup>21</sup>. Оскільки для отримання статусу біженця таким переселенням вкрай важко довести загрозу «прямого переслідування» в ситуації впливу зміни клімату на їхню життєдіяльність, то пропонується все ж називати їх більш нейтрально – екологічними мігрантами, а для їхньої ідентифікації використовувати сучасний еквівалент «паспорта Нансена»<sup>22</sup>.

Пrawdopodobно, що вперше термін «екологічний біженець (*environmental refugee*)» був вжитий у березні 1976 р. американським аналітиком з питань захисту навколишнього середовища Лестером Расселом Брауном у публікації Інституту всесвітнього спостереження, яка стосувалася вирішення 22 глобальних проблем людства<sup>23</sup>. Згодом, у 2008 р., Міжнародна організація з міграції запропонувала свій варіант визначення, який вони вживають у внутрішній комунікації, однак воно так і не було офіційно затверджене. На їхню думку, екологічні мігранти – це особи або групи людей, які, переважно з причин різких або прогресивних змін у навколишньому середовищі, що негативно впливають на їхнє життя або умови життя, зобов'язані покинути своє житло, тимчасово або на постійно; переселитися у межах своєї країни або за кордон<sup>24</sup>.

За класифікацією вищезгаданої Міжнародної організації з міграції у світі існують три типи екологічних мігрантів:

- **нагальні екологічні мігранти** (*environmental emergency migrants*), особи, тимчасове переміщення яких відбулося внаслідок стихійного лиха: землетрус, ураган, цунамі тощо;
- **вимушені екологічні мігранти** (*environmental forced migrants*): особи, які вимушені переїхати в інше місце внаслідок зміни навколишнього середовища: дефорестація чи вирубування прадавніх лісів, висушування озер);
- **вмотивовані екологічні мігранти** (*environmental motivated migrants*), також відомі **екологічно мотивовані економічні мігранти** (*environmentally induced economic migrants*): особи, які вибирають переїхати в інше місце, щоби уникнути проблем у майбутньому (глобальне потепління, посухи, повеней, які можуть спричинити втрату врожаю, прісної води).

Визначити точну кількість людей у світі, які підпадають під категорію «екологічних мігрантів», практично неможливо, оскільки зазвичай «екоміграція» супроводжується впливом на людину економічних, соціально-культурних чи політичних чинників. Однією із перших дослідниць, які намагалися це зробити, була Джоді Л. Джекобсон із США, яка у своїй праці «Екологічні біженці: критерій життєздатності (*Environmental refugees: a yardstick of habitability*)» 1988 р. навела цифру у 10 млн осіб (претендентів на визнання екологічними біженцями та отримання відповідного правового статусу), яка у ХХІ ст. може значно збільшитися: аж до 150–200 млн осіб<sup>25</sup>.

Наскільки складним є процес визначення суті та правової природи такої категорії людей, а також імплементації таких визначень, як «екологічний мігрант» чи «кліматичний біженець» у законодавство та право в цілому показала нещодавно Нова Зеландія. Відомо, що Австралія та Нова Зеландія згідно зі Світовим індексом щастя 2017 р. посідають 8-е та 7-е місця відповідно<sup>26</sup> (а за даними звіту аналітичного агентства GALLUP – 9-е та 8-е місця відповідно)<sup>27</sup>. Також ці південні та благополучні держави є одними з перших держав у світі, які безперервно отримують петиції від осіб, які вважають себе кліматичними біженцями<sup>28</sup>.

Можемо припустити, що активне випробування існуючих міжнародно-правових норм у контексті громадянства та міграції на «легітимність та правозастосовність» відбувається у міжнародно-правовій площині, починаючи з 2014 року. У світлі «кліматичної міграції» варто проаналізувати дві справи, які продемонстрували готовність держави до цивілізаційних і глобалізаційних викликів сьогодення та стосувалися застосування ст. ст. 124–131 Закону Нової Зеландії про імміграцію № 51 від 16 листопада 2009 р. з наступними змінами та доповненнями<sup>29</sup>.

### Справа Сігео Алезани (2014)<sup>30</sup>

Так, Сігео Алезана, фаховий вчитель із острівної держави Тувалу, разом із дружиною (теж громадянкою Тувалу) у 2007 р. на підставі туристичної візи приїхали до Нової Зеландії, де згодом народилося двоє їхніх дітей (вони не набули громадянство Нової Зеландії за народженням, а на острові Тувалу ніколи не були). Всі спроби отримати дозвіл на працевлаштування виявилися невдалими. Починаючи з червня 2009 р. сім'я заявника проживала в Новій Зеландії нелегально (сам заявник у 2010 р. отримав ще одну туристичну візу, але в лютому 2011 р. її дія закінчилася). Незважаючи на декілька відмов в отриманні дозволу на працевлаштування, родина у 2012 р. подала прохання про надання їм дозволу на постійне проживання.

Його адвокати наполягали, що «зміна клімату та перенаселення острова Тувалу зробили життя мешканців острова непридатним». Представник команди захисту розповів, що суд взяв до уваги всі факти на куму-

лятивній основі (зміна клімату, гуманітарна катастрофа) та постановив, що депортація сім'ї заявника із Нової Зеландії призведе до надзвичайно значного порушення усталених сімейних відносин, включаючи матір заявника, якою він піклується, і його п'ять сестер та їхніх дітей, які проживають у Новій Зеландії, маючи або громадянство цієї держави, або дозвіл на постійне проживання у ній.

Як додатковий аргумент у цій справі були використані положення Конвенції ООН про права дитини 1989 р.<sup>31</sup>, особливо в контексті ст. 3, що стосується «якнайкращого забезпечення інтересів дитини», у цій справі – проживання дітей у Новій Зеландії, поруч зі своїми родичами. Суд взяв до уваги радше гуманітарну природу справи, аніж «зміну клімату» як основну підставу для ухвалення позитивного рішення у цій справі та дозволив заявнику отримати дозвіл на постійне проживання в Новій Зеландії.

У рішенні в цій справі суд був дуже обережним у своїх судженнях, щоб не збільшити до Нової Зеландії притік іммігрантів, які прагнуть за допомогою подібних претензій (зміна клімату) отримати статус біженця<sup>32</sup>. Коментуючи це рішення, деякі правники прагнули передбачити, чи дана справа (зокрема, аргументи щодо впливу зміни клімату та навколишнього середовища на життя) стане очевидним правовим підґрунтям для наступних аналогічних справ та правовою підставою для того, щоб дозволити мігрантам залишатися в Новій Зеландії.

### **Справа Іоане Тейтіоти (2015)**<sup>33</sup>

Інша справа стосувалася Іоане Тейтіоти, громадянина острівної держави Кірибаті, який програв перед Верховним судом Нової Зеландії позов щодо надання йому та його сім'ї статусу біженців (а саме кліматичних біженців) насамперед тому, що не зміг довести «переслідування» у світлі трактування та застосування положень вищезгаданої Конвенції ООН про статус біженців 28 липня 1951 р. (обставини, що змусили його залишити країну своєї національної належності, повинні бути загальновідомими)<sup>34</sup>. За повідомленнями ЗМІ, це була чи не перша у юридичній практиці справа, яка стосувалася кліматичної міграції, а заявник міг стати першим у світі кліматичним біженцем.

Відповідно до матеріалів справи заявник народився на острові-атолі Табітеуеа, одному із 33 островів невеличкої тихоокеанської, бідної та ізольованої географічно, держави Кірибаті. Безробітний заявник разом із дружиною жив протягом чотирьох років у її родичів на острові Тарава. У 2007 р. він та його дружина отримали робочі візи і поїхали у Нову Зеландію, де згодом народилося троє їхніх дітей. Варто зазначити, що всі його діти не набули новозеландське громадянство за народженням, зважаючи на те, що їхні батьки на час народження не володіли громадянством Нової Зеландії чи принаймні не мали дозволу на постійне проживання в цій державі (відповідно до закону про громадянство 1977 р. зі змінами та доповненнями 2005 р.), а робочі візи на момент народження другої дитини в обох батьків були прострочені, оскільки їх дія закінчилася у 2010 році.

Заявник із сім'єю залишився в Новій Зеландії нелегально, а щоби уникнути депортації, він подав прохання про надання йому статусу біженця на підставі Закону Нової Зеландії про імміграцію № 51 від 16 листопада 2009 р. із наступними змінами та доповненнями. Але не відразу, а аж на початку 2012 року. Його адвокат вирішив представити заявника як кліматичного біженця, мотивуючи це тим, що заявник із сім'єю не може повернутися додому на Кірибаті, оскільки кліматичні зміни, спричинені впливом людини, на острові несуть небезпеку для життя та здоров'я його, дружини і дітей. Варто наголосити на низькому рівні інтеграції заявника у суспільство Нової Зеландії (англійською мовою він володіє на достатньому рівні, щоби порозумітися з іншими, а для своєї участі у судовому процесі використовував перекладача).

Первинний аргумент адвоката у цій справі стосувався того, що заявник, повернувшись додому на Кірибаті, може зазнати непрямого переслідування, викликаного глобальним потеплінням: заявник стверджував, що його острівний будинок йде під воду, а ґрунт стає непридатним для рослин і дерев (посівів, врожаю та харчування), що загрожує безпеці життя та здоров'я його, дружини і дітей.

Суд встановив, що такі факти важко визнати важливими доказами щодо визнання особи «кліматичним біженцем» і дозволити йому та членам його сім'ї залишитися жити у Новій Зеландії (оскільки заявник, на думку Суду, може переїхати жити на будь-який інший острів держави Кірибаті). До речі, відповідно до прогнозів вищезгаданого переглянутого звіту ООН щодо кількості населення світу за 2017 р. населення Кірибаті протягом цього століття збільшуватиметься (у 2017 р. – 116 тисяч осіб, у 2030 р. – 142 тисячі осіб, у 2050 р. – 178 тисяч осіб, у 2100 р. – 243 тисячі осіб), так як і тривалість життя громадян острівної держави та зменшення дитячої смертності<sup>35</sup>.

Ця справа набула широкого інтересу й висвітлювалася ЗМІ як Австралії, Європі та США, так і в самій Новій Зеландії (на думку судді Джона Прістлі, раніше такі незначні судові процеси у Новій Зеландії не привертали до себе стільки уваги у світі). Існує припущення, що ця справа могла б стати справжнім викликом для міжнародного права. Однак апеляційний суд постановив, що, хоча зміна клімату є серйозною і зростаючою проблемою, «його вплив на такі країни, як Кірибаті, належним чином не розглядається в рамках Конвенції про статус біженців 1951 року». Відомо, що Кірибаті, на відміну від Нової Зеландії чи Тувалу, не є стороною цієї конвенції<sup>36</sup>. Суддя Джон Прістлі висловив побоювання, що якщо цей правовий прецедент (визнання осіб кліматичними біженцями) пошириться по всьому світу, то він може відкрити двері (до прикладу, в Нову Зеландію) для мільйонів людей, які віч-на-віч стикаються з економічними обмеженнями, наслідками стихійних лих або з іншими труднощами, спричиненими змінами клімату.

У вересні 2015 р. заявник був все ж таки депортований додому в Кірибаті, де продовжує далі жити з родиною дружини на острові Тарава. За повідомленням інформаційного агентства ВВС заявник наголошує, що хоче жити у Новій Зеландії, «бо там краще життя, ніж на островах Кірибаті»<sup>37</sup>. Його ж адвокат наполягає на

продовженні судового процесу щодо його визнання органами публічної влади Нової Зеландії кліматичним мігрантом вже на міжнародно-правовому полі у Женеві.

Водночас варто зазначити, що у ст. 4 вищезгаданої рамкової конвенції ООН зі зміни клімату йдеться про те, що країни-підписанти (малі острівні держави на зразок Тувалу чи Кірибаті), які розвиваються, можуть очікувати від розвинутих країн-підписантів (наприклад, Нової Зеландії) на додаткове фінансування, страхування і передачу технологій з метою реалізації цієї конвенції (ч. 8 п. а)<sup>38</sup>. Однак це зовсім не означає, що Нова Зеландія, як високорозвинена держава, зобов'язана надавати громадянам цих острівних держав своє громадянство чи визнавати їх біженцям винятково на підставі змін клімату.

І, наостанок, поділяємо думку науковців (М. Шеферда та М. К. Гарсії), які стверджують, що не лише острівні держави Тихого океану потерпають від кліматичних змін. Наприкінці 2017 р. можна ствердно визнати руйнівний ефект штормів та ураганів найвищої категорії (Гарві, Ірма та Марія), які нещодавно «пройшлися» острівним державами Карибського регіону Атлантики (Антигуа і Барбуда, Гаїті, Домініканська Республіка, Куба, Пуерто Ріко), зробивши їхні північні райони непридатними для життя і ставши підставою для визнання місцевих мешканців цих держав «кліматичним біженцями»<sup>39</sup>. Антропогенний вплив на навколишнє середовище викликає не лише кліматичні зміни, які впливають на життя людей та змушують їх переселятися в інші землі, більш придатні для життя, а й передумови до подальшого осучаснення та удосконалення політико-правової доктрини громадянства (особливо, що стосується міграції).

Як висновок, на нашу думку, варто зазначити, що екологічні чинники на сьогодні є не менш важливими в процесі розвитку кожної демократичної держави, громадянського суспільства і місцевого самоврядування, аніж соціальні, політичні та економічні.

<sup>1</sup> Детальніше див. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.internal-displacement.org/internal-displacement/context-of-displacement/disasters-and-climate-change/>

<sup>2</sup> Boyd D. R. The Constitutional Right to a Healthy Environment, *Environment: Science and Policy for Sustainable Development*, Volume 54, Issue 4, 2012. – P. 4–5.

<sup>3</sup> Конституція України. Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

<sup>4</sup> Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол.: В. Я. Тацій (голова редкол.), О. В. Петришин (відп. секретар), Ю. Г. Барабаш та ін.; Нац. акад. прав. наук України. 2-ге вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2011. – С. 381–383.

<sup>5</sup> Boyd D. R. The Constitutional Right to a Healthy Environment, *Environment: Science and Policy for Sustainable Development*, Volume 54, Issue 4, 2012. – P. 4–5.

<sup>6</sup> Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement / Офіційний сайт законодавства Франції : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Charte-de-l-environnement-de-2004> – (дата звернення 24.07.2017).

<sup>7</sup> Daly E. Constitutional Protection for Environmental Rights: The Benefits of Environmental Process, *International Journal of Peace Studies*, Volume 17, Issue 2, 2012. – P. 72.

<sup>8</sup> Про ратифікацію Рамкової конвенції ООН про зміну клімату. Закон України від 29 жовтня 1996 р. № 435/96-ВР р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 50. – Ст. 277.

<sup>9</sup> Рамкова конвенція ООН зі зміни клімату від 9 травня 1992 р. // Офіційний вісник України. – 2012. – № 83. – С. 198. – Ст. 3381.

<sup>10</sup> Там само.

<sup>11</sup> Варто наголосити, що у січні 2010 р. відбулася прем'єра американського документального фільму «Кліматичні біженці (*Climate Refugees*)», у якому були продемонстровані численні інтерв'ю з відомими вченими, політиками та державними діячами (зокрема Лестером Расселом Брауном, Альбертом Гором, Бараком Обамою, Десмондом Туту та ін.) щодо впливу зміни клімату на навколишнє середовище та життєдіяльність людини. Критики назвали цей фільм «дзвінок будильника для кожної людини».

<sup>12</sup> McNamara K. E. Conceptualizing discourses on environmental refugees at the United Nations / *Population and Environment* (2007), 29. – P. 12–24.

<sup>13</sup> Millbank A. The Problem with the 1951 Refugee Convention // *Research Paper 5 2000-01*, Parliament of Australia: Department of the Parliamentary Library, September 2000. – P. 8–9.

<sup>14</sup> Конвенція ООН про статус біженців 28 липня 1951 р. / Офіційний сайт Верховної Ради України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_011](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_011) (дата звернення: 05.07.2017).

<sup>15</sup> McNamara K. E. Conceptualizing discourses on environmental refugees at the United Nations / *Population and Environment* (2007), 29. – P. 12–24.

<sup>16</sup> Конвенція ООН про статус біженців 28 липня 1951 р. / Офіційний сайт Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_011](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_011) (дата звернення: 05.07.2017).

<sup>17</sup> У Нідерландах, Німеччині, Словаччині та Чехії процедура отримання громадянства у зв'язку із натуралізацією біженцем чи будь-якою іншою особою збігаються.

<sup>18</sup> World Population Prospects: The 2017 Revision, Key Findings and Advance Tables / United Nations Department of Economic and Social Affairs/Population Division. 2017. – P. 1. ([https://esa.un.org/unpd/wpp/Publications/Files/WPP2017\\_KeyFindings.pdf](https://esa.un.org/unpd/wpp/Publications/Files/WPP2017_KeyFindings.pdf))

<sup>19</sup> World Population Prospects: The 2017 Revision, Key Findings and Advance Tables / United Nations Department of Economic and Social Affairs/Population Division. 2017. – P. 5. ([https://esa.un.org/unpd/wpp/Publications/Files/WPP2017\\_KeyFindings.pdf](https://esa.un.org/unpd/wpp/Publications/Files/WPP2017_KeyFindings.pdf))

<sup>20</sup> World Population Prospects: The 2017 Revision, Key Findings and Advance Tables / United Nations Department of Economic and Social Affairs / Population Division. 2017. – P. 14. ([https://esa.un.org/unpd/wpp/Publications/Files/WPP2017\\_KeyFindings.pdf](https://esa.un.org/unpd/wpp/Publications/Files/WPP2017_KeyFindings.pdf))

<sup>21</sup> Heyward C., Ödalen J. A New Nansen Passport for the Territorially Dispossessed / Working Paper 2013:3 // available here: [http://www.statsvet.uu.se/digitalAssets/443/c\\_443604-1\\_3-k\\_2013\\_3.pdf](http://www.statsvet.uu.se/digitalAssets/443/c_443604-1_3-k_2013_3.pdf)

- <sup>22</sup> Heyward C., Ödalen J. A New Nansen Passport for the Territorially Dispossessed / Working Paper 2013:3 // available here: [http://www.statsvet.uu.se/digitalAssets/443/c\\_443604-1\\_3-k\\_2013\\_3.pdf](http://www.statsvet.uu.se/digitalAssets/443/c_443604-1_3-k_2013_3.pdf)
- <sup>23</sup> Brown L., McGrath P. and Stokes B. Twenty Two Dimensions of the Population Problem. / Worldwatch Paper 5 // Washington DC: Worldwatch Institute, 1976. – P. 39.
- <sup>24</sup> Glossary on Migration, 2nd Edition. International Migration Law, No. 25 / R. Perruchoud and J. Redpath-Cross, eds. // International Organization for Migration, Geneva. – 2011. – P. 33.
- <sup>25</sup> Jacobson J. L. Environmental refugees: a yardstick of habitability / Worldwatch Paper 86. // Washington DC: Worldwatch Institute, 1988. – 46 p.
- <sup>26</sup> Детальніше див. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://worldhappiness.report/ed/2017/>
- <sup>27</sup> Детальніше див. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.gallup.com/opinion/gallup/206468/happiest-unhappiest-countries-world.aspx>
- <sup>28</sup> Palmer B. There's No Such Thing as a Climate Change Refugee, But There Ought To Be // <https://www.nrdc.org/onearth/theres-no-such-thing-climate-change-refugee> (November 2015).
- <sup>29</sup> Immigration Act 2009 / available here: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2009/0051/latest/DLM1440303.html#DLM1440300>
- <sup>30</sup> AD (Tuvalu) [2014] NZIPT 501370–371.
- <sup>31</sup> Конвенція ООН про права дитини від 20 листопада 1989 р. // Зібрання чинних міжнародних договорів України. – 1990. – № 1. – С. 205.
- <sup>32</sup> Детальніше див. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://forms.justice.govt.nz/search/IPT/Documents/Deportation/pdf/rem\\_20140604\\_501370.pdf](https://forms.justice.govt.nz/search/IPT/Documents/Deportation/pdf/rem_20140604_501370.pdf)
- <sup>33</sup> Teitiota v Chief Executive of Ministry of Business, Innovation and Employment [2014] NZCA 173.
- <sup>34</sup> Baker-Jones M., Baker-Jones M. Teitiota v The Chief Executive of Ministry of Business, Innovation and Employment – A Person Displaced / QUT Law Review, Volume 15, Issue 2, 2015. – P. 102–121.
- <sup>35</sup> World Population Prospects: The 2017 Revision, Key Findings and Advance Tables / United Nations Department of Economic and Social Affairs/Population Division. 2017. – P. 25, 39, 44. ([https://esa.un.org/unpd/wpp/Publications/Files/WPP2017\\_KeyFindings.pdf](https://esa.un.org/unpd/wpp/Publications/Files/WPP2017_KeyFindings.pdf))
- <sup>36</sup> Детальніше див. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.unhcr.org/protection/basic/3b73b0d63/states-parties-1951-convention-its-1967-protocol.html>
- <sup>37</sup> Детальніше див. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.bbc.com/news/world-asia-34674374>
- <sup>38</sup> Рамкова конвенція ООН зі зміни клімату від 9 травня 1992 р. // Офіційний вісник України. – 2012. – № 83. – С. 198. – Ст. 3381.
- <sup>39</sup> Shepherd M. Are Hurricanes Creating Climate Refugees In The Caribbean? // <https://www.forbes.com/sites/marshallshepherd/2017/09/21/are-hurricanes-creating-climate-refugees-in-the-caribbean/#5c3ada585e97> (21 September 2017).

#### Резюме

##### **Софінська І. Д. Громадянство та міграція: цивілізаційні, конституційні та глобалізаційні виклики сьогодення.**

Основною метою статті є спроба проаналізувати сутність і правову природу концепції «кліматичної міграції» та продемонструвати сучасні аспекти її реалізації на практиці. Якщо раніше міграція людей відбувалася з метою покращення особистого добробуту, то зараз все частіше йдеться про вимушене переселення людей у зв'язку зі зміною клімату. Особлива увага у цій статті звертається на поглиблення філософсько-правового сприйняття «вимушеного переселення людей у зв'язку зі зміною клімату», на його визначення у законодавчій площині, насамперед на міжнародно-правовому рівні. Проблема полягає в тому, що Конвенція ООН про статус біженців 1951 р. потребує «осучаснення», оскільки не відповідає викликам глобалізації та масової міграції XXI ст., а дефініція біженця далека від природи самого явища.

**Ключові слова:** громадянство, кліматична міграція, кліматичний біженець, зміна клімату, Конвенція ООН про статус біженців.

#### Резюме

##### **Софинская И. Д. Гражданство и миграция: цивилизационные, конституционные и глобализационные вызовы.**

Основной целью статьи является попытка проанализировать сущность и правовую природу концепции «климатической миграции» и продемонстрировать современные аспекты ее реализации на практике. Если раньше миграция людей происходила с целью улучшения личного благосостояния, то сейчас все чаще говорится о вынужденном переселении людей в связи с изменением климата. Особое внимание в статье обращается на углубление философско-правового восприятия «вынужденного переселения людей в связи с изменением климата», на его определение в законодательной плоскости, прежде всего на международно-правовом уровне. Проблема заключается в том, что Конвенция ООН о статусе беженцев 1951 г. нуждается в «осовременивании», поскольку не соответствует вызовам глобализации и массовой миграции XXI ст., а дефиниция беженца далека от природы самого явления.

**Ключевые слова:** гражданство, климатическая миграция, климатический беженец, изменение климата, Конвенция ООН о беженцах.

#### Summary

##### **Sofinska I. Citizenship and migration: civilization, constitutional and globalization challenges.**

In this article I focus merely on the essence and legal nature of the concept of «climate migration» in order to demonstrate contemporary aspects of its implementation into practice. Previously migration supposed to be a perfect instrument used by people to improve their welfare. But now, we should talk about “climate migrants” on behalf of people who are forced to leave their home region due to sudden or long-term climate changes to their local environment. In this article the author pays special attention to the deepening of the philosophical and legal perception of «forced relocation of people in connection with climate change», clarification of its legislative definition, especially on the international legal level. The problem is that the 1951 UN Convention on the Status of Refugees

needs to be modernized because it does not meet the challenges of globalization and permanent migration in the 21<sup>st</sup> century, and the definition of refugee is far from the nature of the phenomenon itself.

**Key words:** citizenship, climate migration, climate refugee, climate change, United Nations Convention Relating to Status of Refugees.

УДК 347.44

**І. М. ШАРКОВА**

*Ірина Миколаївна Шаркова, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Національного економічного університету ім. Вадима Гетьмана*

## **ЄВРОПЕЙСЬКА ПРАВОВА ТРАДИЦІЯ ТА НАЦІОНАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ: РЕЦИПІЙОВАНІСТЬ ПРИНЦИПУ ДОБРОСОВІСНОСТІ (BONA FIDES)**

Цивілістична наука й освіта в умовах глобалізації та європейської інтеграції все більше приділяє уваги теоретичним засадам зближення різних галузей приватного права. Це диктує необхідність звернення до римсько-правових витоків європейської культурно-правової традиції. Серед базових принципів римського приватного права особливої значущості набуває принцип добросовісності (*bona fides*). Без належного з'ясування сутності цього принципу неможливо сформулювати компетентного юриста-цивіліста нового гатунку, який має бути обізнаний як в компаративістиці, так і в історії правової культури.

Для оцінки ступеня розробленості теми дослідження необхідно виділити праці, які присвячені проблемам рецепції римського права таких авторів, як: Л. В. Авраменко, Г. М. Азнагулової, П. Г. Виноградова, М. Ю. Водкина, Ю. А. Задорожного, Л. О. Корчевної, Є. Ю. Куришева, З. П. Мельник, Ю. М. Оборотова. Однак безпосередньо сучасний принцип добросовісності вивчався такими вченими-цивілістами, як: Т. В. Боднар, Т. Ю. Дроздовою, В. І. Ємельяновим, Л. Л. Кондратюк, Н. С. Кузнецовою, Р. А. Майдаником, А. В. Смітюхом, Д. Г. Павленком, В. Д. Примаком, А. В. Поповою та іншими. Отже, назріла необхідність висвітлити проблему не тільки в теоретико-науковому, а й в прикладному дидактичному аспекті.

**Мета статті** полягає в тому, щоб з'ясувати ступінь реципійованості принципу добросовісності у чинне законодавство України для відповідного наповнення змісту як загальнотеоретичних, так і галузевих дисциплін.

Правова природа принципу добросовісності має явно виражений приватноправовий характер. Тому цей римсько-правовий принцип реципійований головним чином у цивільне законодавство. Отже, ухвалення Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) 16 січня 2003 р. є ключовою подією рецепції *bona fides* у вітчизняне законодавство.

Як свідчать результати емпіричного дослідження законодавства України за допомогою пошукової системи Верховної Ради України, за період з 1991 р. до ухвалення ЦК України поняття добросовісності та похідні від нього поняття згадувалися 105 разів у 34 Законах України.

Закріплення в Конституції України поняття недобросовісної конкуренції (ст. 42)<sup>1</sup> зумовило реципійованість норм добросовісності відповідно в масиві конкурентного законодавства.

Так, у досліджених нормативно-правових актах загалом нараховується 44 згадування поняття недобросовісної конкуренції. Від загальної кількості згадувань добросовісності та похідних понять в чинному законодавстві за цей період ця кількість становить 42 %. Це поняття згадується в 14 законах. Поняття «добросовісна конкуренція» міститься тільки в Законі України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» від 30 жовтня 1996 р. (ст. 2)<sup>2</sup>.

У Законі України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 7 червня 1996 р.<sup>3</sup> поняття недобросовісної конкуренції згадується 24 рази в 10 статтях. Тричі згадується це поняття в Законі України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16 квітня 1991 р.<sup>4</sup> і така ж кількість згадувань у Законі України «Про Антимонопольний комітет України» від 26 листопада 1993 року<sup>5</sup>.

Окрім конкурентного законодавства досить високий ступінь реципійованості норм добросовісності отримав інститут інтелектуальної власності. Зокрема, поняття, близькі до добросовісності («добросовісне користування певним суб'єктивним правом») вживаються у п'яти Законах України, що регулюють цю сферу відносин<sup>6</sup> (10 згадувань).

Проте більш істотним при розробці та ухваленні ЦК України виявився вплив кодифікованих актів з інших галузей законодавства.

Зокрема, обов'язок сторін господарського процесу «добросовісно користуватися належними їм процесуальними правами» встановлено у ст. 22 Господарського процесуального кодексу України від 6 листопада 1991 року<sup>7</sup>. Обов'язок морського агента «здійснювати добросовісно свою діяльність відповідно до інтересів судновласника або іншого довірителя і звичайної практики морського агентування» передбачено в Кодексі

торговельного мореплавства України від 23 травня 1995 р. (п. «а» ч. 2 ст. 117), а в ч. 2 ст. 118 цього Кодексу встановлена умова добросовісності третьої особи у відносинах морського агентування<sup>8</sup>.

У Земельному кодексі України від 25 жовтня 2001 р. згадується «добросовісне, відкрите і безперервне користування земельною ділянкою» (ч. 1 ст. 119)<sup>9</sup>.

У ст. 7 Сімейного кодексу України 10 січня 2002 р. серед загальних засад регулювання сімейних відносин виділяються засади справедливості, добросовісності та розумності, «відповідно до моральних засад суспільства»<sup>10</sup>.

Отже, до 2003 р. в незалежній Україні принцип добросовісності рецепційовано в значній кількості нормативно-правових актів, що було враховано в процесі підготовки проекту Цивільного кодексу України.

Істотною характеристикою ЦК України, яка відрізняє його від багатьох інших новітніх цивільних кодексів пострадянських країн, полягає у тому, що в ньому принцип добросовісності рецепційований як загальна засада цивільного законодавства. Так, ст. 3 ЦК України визначає справедливість, добросовісність та розумність як загальні засади цивільного законодавства, що повторюється щодо засад зобов'язального права у ст. 509 ЦК України.

Слід зауважити, що це поняття увійшло в законодавство в одному контексті з поняттями справедливості та розумності, що цілком відповідає загальній тенденції ототожнення римськими юристами добросовісності (*bona fides*) зі справедливістю взагалі (*aeguitas*)<sup>11</sup>.

Необхідно підкреслити, що закріплення римсько-правового принципу добросовісності у речовому праві є традиційним для вітчизняного цивільного законодавства. Це підтверджує, що правові терміни «добросовісний набувач» та «добросовісний володілець» належать до найбільш вживаних у цивілістичному дискурсі.

Новим є закріплення вимоги добросовісності щодо учасників відносин інтелектуальної власності. Так, ч. 1 ст. 470 ЦК України приписує, що будь-яка особа, яка до дати подання заявки на винахід, корисну модель, промисловий зразок (або якщо було заявлено пріоритет, до дати пріоритету заявки в інтересах своєї діяльності) добросовісно використала винахід, корисну модель, промисловий зразок в Україні або здійснила значну і серйозну підготовку для такого використання, має право на безоплатне продовження такого використання або використання, яке передбачалося зазначеною підготовкою (право попереднього користувача). Подібні вимоги щодо користування компонуванням інтегральних мікросхем, раціоналізаторськими пропозиціями, торговими марками, комерційною таємницею передбачаються в ст. ст. 480, 484, 500, 507 ЦК України. Разом із тим дотримання обов'язку добросовісно користуватись об'єктом інтелектуальної власності визнається умовою безоплатного продовження такого користування до реєстрації прав на відповідний об'єкт.

Принцип добросовісності отримав законодавче закріплення як вимога щодо представника юридичної особи. Так, згідно з ч. 3 ст. 92 ЦК України орган або особа, яка відповідно до установчих документів юридичної особи чи закону виступає від її імені, зобов'язана діяти в інтересах юридичної особи добросовісно і розумно та не перевищувати своїх повноважень.

Дуже важливо, що законодавець у чинному Цивільному кодексі України передбачив необхідність протидії зловживанню суб'єктивними цивільними правами учасниками відносин у сфері конкуренції у підприємницькій діяльності. Саме з метою попередження таких зловживань не допускається використання цивільних прав для неправомірного обмеження конкуренції, зловживання монополюючим становищем на ринку, а також недобросовісна конкуренція (п. 5 ст. 13 ЦК України).

З метою переходу до якісної оцінки ступеня рецептованості *bona fides* у ЦК України доцільно з'ясувати як статті, в яких згадуються принцип та норми добросовісності, розподіляються по структурних елементах Кодексу.

Так, у Книзі першій «Загальні положення» «добросовісність» та похідні поняття згадуються 7 разів у шести статтях, що становить близько 25 % від загальної кількості таких згадувань у ЦК України.

Особливо виділяється Розділ I «Основні положення», в якому вимога добросовісності прямо передбачена в чотирьох статтях (ст. ст. 3, 12, 13). Як вже зазначалося, в п. 6 ст. 3 «Загальні засади цивільного законодавства» наведено справедливість, добросовісність та розумність. У п. 5 ст. 12. «Здійснення цивільних прав» закріплена презумпція добросовісності: «Якщо законом встановлені правові наслідки недобросовісного або нерозумного здійснення особою свого права, вважається, що поведінка особи є добросовісною та розумною, якщо інше не встановлено судом. У п. 5 ст. 13, як вже зазначалося, згадується похідне поняття від «добросовісності» – «недобросовісна конкуренція», яка не допускається.

У Розділі II «Особа» загальних положень такі згадування репрезентовані в двох статтях (ст. ст. 39 та 92). Так, у третій частині ст. 39 передбачена відповідальність за недобросовісну заявлену вимогу про визнання особи недієздатною. У третій частині ст. 92 «Цивільна дієздатність юридичної особи» встановлено, що орган або особа, яка відповідно до установчих документів юридичної особи чи закону виступає від її імені, зобов'язана діяти в інтересах юридичної особи добросовісно і розумно та не перевищувати своїх повноважень.

У Розділі IV «Правочини. Представництво» такі згадування відмічаються двічі у ст. 212, у третій та четвертій частині, якої закріплені фікції настання (ненастання) певної обставини, з якою пов'язуються правові наслідки щодо правочину, якщо настанню цієї обставини недобросовісно перешкоджала (сприяла) сторона, якій це невігідно (вігідно).

Найбільш рецепційованими принцип та норми добросовісності виявилися в Книзі третій «Право власності та інші речові права». Тут у шести статтях виявлено 19 згадувань норм добросовісності, що становить близько 60 % від загальної кількості. Переважна більшість цих статей міститься у Розділі I «Право власнос-

ті» (330 – двічі, 344, 388 – чотири рази, 389, 390 – шість разів). Так, у ст. 330 закріплюються правові наслідки набуття добросовісним набувачем (володільцем) права власності на майно, відчужене особою, яка не мала на це права. У ст. 344 передбачено, що добросовісний характер володіння майном є умовою набуття права власності на це майно (набувальної давності). У ст. 388 встановлено низку обмежень права власника на витребування майна від добросовісного набувача. А в ст. ст. 389 та 390 передбачено порядок витребування грошей, цінних паперів та майна від добросовісного набувача (володільця). У ст. 400, що належить до Розділу II «Речові права на чуже майно», передбачено обов'язок недобросовісного володільця негайно повернути майно особі, яка має на нього право власності чи інше право або яка є добросовісним володільцем.

Важливо зауважити, що перша частина ст. 344 вказує на одну із ознак добросовісного володіння – «відкритість», у першій частині ст. 388 наведено важливу характеристику добросовісного набувача – не знав і не міг знати, що набуває майно за відплатним договором у особи, яка не мала права його відчужувати.

Значно менше згадувань «добросовісності» та похідних понять у Книзі четвертій «Право інтелектуальної власності» – 6 згадувань у п'яти статтях (ст. ст. 470, 480, 484, 500, 507 – двічі). Мінімально вербалізована рецепція добросовісності в Книзі п'ятій «Зобов'язальне право». Одне таке згадування відмічається у Розділі I «Загальні положення про зобов'язання» (ст. 509), де, як уже зазначалося, закріплені добросовісність, розумність та справедливість як засади зобов'язального права. Інше – у Розділі II «Окремі види зобов'язань», підрозділ 2 «Недоговірні зобов'язання» (ст. 1215). Важливо підкреслити, що жодних проявів саме такої форми рецепції добросовісності (вербально визначеної) не виявлено в нормах договірного права.

З ухваленням, а згодом і з набуттям чинності ЦК України поняття добросовісності отримує все більше закріплення в чинному законодавстві України. За результатами контент-аналізу Законів України, ухвалених за період з 16 січня 2003 р. до 16 листопада 2017 р., виявлено 49 згадувань поняття «добросовісність» та похідних понять у 32 Законах України.

Серед новітніх нормативно-правових актів, у яких приділено увагу реалізації принципу добросовісності, необхідно виокремити Закон України «Про електронні довірчі послуги» від 5 жовтня 2017 р. № 2155-VII<sup>12</sup>, Закон України «Про ринок електричної енергії» від 13 квітня 2017 р. № 2019-VIII<sup>13</sup>, Закон України «Про фінансову реструктуризацію» від 14 червня 2016 р. № 1414-VIII<sup>14</sup>.

Не вдаючись до детального порівняння вітчизняного цивільного законодавства з усім масивом чинних нормативно-правових актів України, доцільно обмежитись констатацією того, що порівняно з іншими галузями чинного законодавства України принцип добросовісності отримав більш системне закріплення саме в ЦК України.

Як явно недостатня має бути оцінена реципіюваність принципу добросовісності (*bona fides*) у вітчизняне процесуальне законодавство. Так, у чинному Цивільному процесуальному кодексі України від 18 березня 2004 р. добросовісність згадується лише двічі і тільки як суб'єктивна характеристика осіб, які беруть участь у справі<sup>15</sup>. У ч. 3 ст. 27 закріплено обов'язок цих осіб «добросовісно здійснювати свої процесуальні права і виконувати процесуальні обов'язки». У ч. 3 ст. 240 передбачена відповідальність за недотримання цієї вимоги: «Суд, установивши, що заявник діяв недобросовісно без достатньої для цього підстави, стягує із заявника всі судові витрати»<sup>16</sup>. Лише два рази згадується поняття добросовісності у Кодексі адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. (ст. 2, ст. 49)<sup>17</sup>.

Ступінь рецептованості *bona fides* у цивільне законодавство України набагато вищий порівняно з господарським законодавством, де поняття добросовісності взагалі не є поширеним. Зокрема, у ст. 6 Господарського кодексу України від 16 січня 2003 р.<sup>18</sup> серед загальних принципів господарювання принцип добросовісності навіть не згадується. Господарський кодекс лише оперує поняттям «недобросовісна конкуренція», розкриваючи його зміст у ст. 32 як будь-які дії у конкуренції, що суперечать правилам, торговим та іншим чесним звичаям у підприємницькій діяльності. Водночас необхідно підкреслити, що сфера господарювання є однією з найбільш небезпечних щодо зловживання правом і тому вимоги до добросовісності суб'єктів господарювання мають бути значно вищими.

Отже, можемо зробити такі висновки. Загальна оцінка процесу новітньої рецепції принципу та норм добросовісності у вітчизняне цивільне законодавство спонукає до висновку про те, що Цивільний кодекс України 2003 р. є основним актом цивільного законодавства, у якому найбільшою мірою і максимально системно реципіюваний римсько-правовий принцип добросовісності (*bona fides*). Короткий огляд розвитку цивільного законодавства України після ухвалення ЦК України демонструє, що саме цей кодекс справив потужний вплив на подальшу рецепцію принципу добросовісності у вітчизняне цивільне право. Тому саме в процесі підготовки сучасних юристів, які спеціалізуються в сфері правового регулювання економічних відносин, цей кодифікований акт має бути ретельно проаналізований на основі римсько-правової концепції добросовісності.

<sup>1</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

<sup>2</sup> Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні: Закон України від 30 жовтня 1996 р. № 448/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 51. – Ст. 292.

<sup>3</sup> Про захист від недобросовісної конкуренції: Закон України від 7 червня 1996 р. № 236/96-В // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 36. – Ст. 164. Пізніше Законом України від 18 грудня 2008 р. № 689-VI до Закону було внесено ст. 281, в якій міститься чотири згадування поняття недобросовісної конкуренції.

<sup>4</sup> Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон України від 16 квітня 1991 р. № 959-XII // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 29. – Ст. 377.



<sup>5</sup> Про Антимонопольний комітет України : Закон України від 26 листопада 1993 р. № 3659-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 50. – Ст. 472.

<sup>6</sup> Про охорону прав на сорти рослин : Закон України від 21 квітня 1993 р. № 3116-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 21. – ст. 218; Про охорону прав на знаки для товарів і послуг: Закон України від 15 грудня 1993 р. № 3689-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 7. – Ст. 36; Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем : Закон України від 5 листопада 1997 р. № 621/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 8. – Ст. 2; Про охорону прав на винаходи і корисні моделі : Закон України від 15 грудня 1993 р. № 3687-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 7. – Ст. 32.

<sup>7</sup> Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р. № 1798-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 6. – Ст. 56.

<sup>8</sup> Кодекс торговельного мореплавства України від 23 травня 1995 року № 176/95-ВР // Відомості Верховної Ради України – 1995. – №№ 47, 48, 49, 50, 51, 52. – Ст. 349.

<sup>9</sup> Земельний кодекс України 25 жовтня 2001 р. № 2768-ІІ // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3. – Ст. 27.

<sup>10</sup> Сімейний кодекс України 10 січня 2002 р. № 2947-ІІІ // Відомості Верховної Ради. – 2002. – № 21. – Ст. 135.

<sup>11</sup> Муромцев С. А. Гражданское право Древнего Рима / Сергей Андреевич Муромцев ; науч. ред. В. С. Ем ; отв. ред. А. Д. Рудоквас ; Московский государственный университет им. М. В. Ломоносова. Кафедра гражданского права юридического факультета. – М. : Статут, 2003. – С. 34.

<sup>12</sup> Про електронні довірчі послуги : Закон України від 5 жовтня 2017 р. № 2155-VIII // Голос України. – 2017. – № 206 (Набрання чинності відбудеться 07.11.2018).

<sup>13</sup> Про ринок електричної енергії : Закон України від 13 квітня 2017 р. № 2019-VIII // Відомості Верховної Ради. – 2017. – № 27–28. – Ст. 312.

<sup>14</sup> Про фінансову реструктуризацію : Закон України від 14 червня 2016 р. № 1414-VIII // Відомості Верховної Ради України. – 2016. – № 32. – Ст. 555.

<sup>15</sup> Цивільний процесуальний кодекс України 18 березня 2004 р. № 1618-ІV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40. – С. 1530. – Ст. 492.

<sup>16</sup> Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. № 1618-ІV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40–41, 42. – Ст. 492.

<sup>17</sup> Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. № 2747-ІV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 35. – С. 1358. – Ст. 446.

<sup>18</sup> Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-ІV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18, 19–20, 21–22. – Ст. 144.

#### Резюме

**Шаркова І. М. Європейська правова традиція та національне законодавство України: рецепційованість принципу добросовісності (bona fides).**

Стаття починається з вивчення використання принципу добросовісності в цивільному праві і відстежує його історичне походження. Мета статті – поставивши в центр дослідження принцип добросовісності, визначити загальні риси сучасних правових систем як основу їх зближення. Подальше посилення та розширення рецепції добросовісності в українському законодавстві є наріжним каменем політики уряду в правовій сфері. На закінчення пояснюється, як українські юристи повинні дійти єдиного розуміння принципу добросовісності.

**Ключові слова:** європейська правова традиція, рецепція римського права, принцип добросовісності, законодавство України, юридична освіта.

#### Резюме

**Шаркова І. Н. Европейская правовая традиция и национальное законодательство Украины: рецептированность принципа добросовестности (bona fides).**

Статья начинается с изучения использования принципа добросовестности в гражданском праве и отслеживает его историческое происхождение. Цель статьи – поставив в центр исследования принцип добросовестности, определить общие черты современных правовых систем как основу их сближения. Дальнейшее усиление и расширение рецепции добросовестности в украинском законодательстве является краеугольным камнем политики правительства в правовой сфере. В заключении объясняется, как украинские юристы должны прийти к единому пониманию принципа добросовестности.

**Ключевые слова:** европейская правовая традиция, рецепция римского права, принцип добросовестности, законодательство Украины, юридическое образование.

#### Summary

**Sharkova I. European legal tradition and national legislation of Ukraine: degree of reception of the good faith principle (bona fides).**

This paper starts by surveying the use of good faith in civil law and traces its historical origins. The purpose of this article is to delineate new convergent similarities of modern legal systems, using good faith as a focal point of investigation. The further intensification and expansion of the good faith reception in Ukrainian legislation are the cornerstones of the Government's policies in the legal sphere. The article concludes by explaining how Ukrainian lawyers need to come to terms with the principle of good faith.

**Key words:** European legal tradition, reception of Roman law, good faith principle, legislation of Ukraine, legal education.

**Л. А. КОРУНЧАК**

*Лариса Анатоліївна Корунчак, викладач Херсонського державного університету*

## **СОЦІАЛЬНІ ФАКТОРИ УТВОРЕННЯ ДЖЕРЕЛ ПРАВА: СИНЕРГЕТИЧНИЙ АСПЕКТ**

Сучасна епоха визначила в якості домінуючих начал цивілізації ідеї свободи, прав людини, справедливості, взаємної поваги. Особлива місія в процесі досягнення, забезпечення й захисту загальнолюдських цінностей, закріплення нових прогресивних соціальних відносин покладається на правовий інструментарій, оскільки ефективність перетворень у різних сферах соціального життя багато в чому визначається належним правовим регулюванням. Тенденція до активної законодавчої, кодифікаційної діяльності проявляється в усіх пострадянських державах. Цей процес викликав потребу в розробці концепції організації законодавчого процесу, орієнтації правової політики на всебічне вдосконалення законотворчості.

Аналізуючи саме правоутворення, можна виділити два аспекти щодо його розгляду: державний аспект – зв'язок держави і права в умовах державно-організованого суспільства; соціальний аспект – співвідношення права і суспільства. У останньому випадку увага насамперед має звертатись на соціальну природу права і джерел, які його породжують.

Сприйняття проблем правотворення в соціальному аспекті сприяло соціолого-правовим та філософсько-правовим розробкам таких вчених: О. О. Бандури, Л. М. Бойко, Ж.-Л. Бержель, М. Вебера, Ж. Карбоньє, Р. Коттеррелла, К. Кульчар, Н. Лумана, В. М. Селиванова, Т. Парсонса, Р. Паунда, С. В. Поленіної, Т. І. Тарахонич, Р. О. Халфіна, У. Евана, Л. С. Явича та ін.

Визначаючи важливість проведених названими авторами розробок і цінність отриманих ними результатів, слід зазначити, що комплексного соціокультурного дослідження складного багатоетапного процесу формування права (тобто створення джерел права) у сучасній реальності до теперішнього часу ще не проводилося. З наукового аналізу нормотворчого процесу «випав» соціальний компонент; представлені в юридичній літературі конструкції правотворчого процесу завершувалися «позитивацією» права, наданням йому юридично значущого характеру; не досліджено процес сприйняття правових новел правосвідомістю та соціальною практикою. Пропуск в пізнанні функціонального зв'язку права і суспільства, динамічних процесів обміну інформацією між ними значною мірою ускладнює завдання формування національної правової системи, що відповідає гуманістичним правовим традиціям, сучасним стандартам правової культури, очікуванням і потребам суспільства.

Починаючи розмову про соціальні фактори, одразу зазначимо, що неможливо виявити будь-яке джерело права, яке не було б ними обумовлене.

Ш. Монтеск'є у «Дусі законів» зазначав, що багато речей керує людьми: клімат, релігія, закони, правила правління, приклади минулого, манери, звичаї, і як результат всього цього створюється загальний дух народу. Чим більше посилюється в народі дія однієї з цих причин, тим більше послаблюється дія інших<sup>1</sup>. Отже, соціальні фактори діють не незалежно один від одного, а системно, впливаючи один на одного, синергетично.

Аналіз взаємодії права з іншими компонентами соціальної дійсності (економікою, політикою, ідеологією та ін.) потребує застосування міждисциплінарного, синергетичного підходу, дослідження соціальних, культурологічних, психологічних, філософських аспектів права. Інтеграція різних напрямів гуманітарного знання дає змогу відтворити цілісну картину правоутворення.

Зазвичай виділяють зовнішні та внутрішні соціальні фактори. Зовнішні соціальні фактори (основні) пов'язані з проблемною ситуацією, яка потребує вирішення. Внутрішні (забезпечуючі) – допомагають вирішити цю ситуацію, врегулюють її на рівні законодавства. До основних соціальних факторів належать економічний, демографічний, політико-правовий, національний, соціокультурний, ціннісно-психологічний, географічний, моральний. Розглянемо деякі з них.

Центральне місце серед соціальних факторів займає економічний фактор, оскільки слугує вираженням умов розвитку суспільства. Існує цілий ряд законів, метою яких є забезпечення економічного росту суспільства. І політичні, і правові норми (а відповідно, і джерела права, у яких вони закріплені) пов'язані з економічними відносинами; виступають своєрідними лакмусовими папірцями змін в економічному житті суспільства.

Ще одним важливим фактором правоутворення виступає політика. На перший план виходить боротьба за владу та необхідність співробітництва в рамках законодавчої діяльності. Результатом такого компромісу між різними політичними силами виступають прийняті правові норми. І тут ми часто можемо спостерігати суб'єктивні уподобання або можливі відомчі інтереси безпосередніх суб'єктів нормотворчості.

Як зазначав А. Б. Венгерів, у сфері політики все буквально кипить від зіткнення необхідних та випадкових явищ. У ній виникає безліч нестабільних, нестійких процесів, діють синергетично нерівноважні соціальні інститути. Задумане та сплановане часто при здійсненні обертається прямо протилежним, починає роз-

виватися зовсім інакше, підпорядковуючись якимось своїм, самоорганізуючим началам. Вчений характеризував політику як сферу виникнення, зіткнення та об'єднання інтересів, організації і реалізації державної влади, існування партій, національних рухів та інших атрибутів політичного життя. Також він звертав увагу на зв'язок політики й економіки. У спробі вийти з економічної кризи пильну увагу слід приділяти кризі політичній, зокрема, кризі державної влади, появі таких феноменів, як двовладдя, розпад вертикально-ієрархічних структур влади, боротьба між гілками влади, сутичка за владу між центром та місцями, боротьба політичних лідерів за владу. Крім того, політична криза – це ще й криза моральних, правових начал у політиці<sup>2</sup>.

У правотворчій діяльності необхідно також враховувати національну та місцеву специфіку, звичаї, традиції, релігійні вірування. Водночас, як зазначає С. В. Полєніна при аналізі національних меншин, перебільшення ролі національного фактора в законотворчості, перетворення його на якийсь безумовний пріоритет при вирішенні проблемних ситуацій, які потребують законодавчої регламентації, так само небезпечно, як і применшення його значення<sup>3</sup>. Потрібно орієнтуватись на взаємовпливи між різними соціальними факторами, аналізувати ситуації за допомогою синергетичного підходу.

У даному випадку оптимальним рішенням буде винайдення своєрідної золотієї середини, яка б поєднувала історичний та державно-культурний досвід народів, що представляють країну в цілому. І це особливо важливо в умовах глобалізації. На думку Л. М. Бойко, саме культурно-цивілізаційні засади існування українського народу у кризовому стані спроможні виконати необхідну ідентифікаційну функцію, яка дасть на решті змогу виробити адекватний політико-правовий курс із одночасним збереженням самотутньої духовної специфіки, тим самим наближуючи, а не відриваючи право від його єдиного можливого суб'єкта – народу<sup>4</sup>.

Досліджуючи роль релігії, зазначимо: традиційно склалося так, що у питаннях повсякденного життя українці орієнтувалися насамперед на релігійні канони, а тому нерідко Закон Божий заміняв закон юридичний. Саме із православ'ям пов'язана низка властивостей українського менталітету, таких як зосередженість на духовному житті (самовдосконалення), терпимість, смиренність, невойовничість та ін., що не могло не накласти свій відбиток на сприйняття державно-правової реальності<sup>5</sup>.

Слід також звернути увагу і на геополітичне положення країни. Оскільки Україна межує з багатьма країнами, то уже в самому геополітичному розташуванні ніби закладені передумови для активної взаємодії різних культур, що лише поглибилася за рахунок культурно-історичного досвіду. Особливо це помітно на кордонах.

У процесі відбору правових норм важлива роль відводиться морально-етичним чинникам, адже і мораль, і право є регуляторами суспільного життя. Ці два види соціальних норм взаємодоповнюють одна одну: мораль дає внутрішню мотивацію, норми права ж встановлюють примус для виконання.

Зокрема, В. М. Селіванов та Н. Г. Діденко визначають право як сукупність етичних суспільних цінностей, таких як справедливість, порядок, моральність, правдивість та інші, які ґрунтуються на ідеї соціальної рівності<sup>6</sup>. Зрозуміло, що така взаємопов'язаність не може не відобразитись у джерелах права, адже саме в них найбільш важливі моральні норми знаходять своє закріплення.

Т. І. Тарахонич наголошує на тому, що право та мораль спільно впливають на поведінку суб'єктів, діють в єдиному полі суспільних зв'язків. Вони формують еталони поведінки, ціннісно-нормативну орієнтацію суспільства; вони характеризуються структурною єдністю, оскільки формують власні системи, в які включають суспільні відносини, суспільну свідомість і норми. Право та мораль засновані на спільності соціально-економічних інтересів, культури суспільства, прихильності людей до ідеалів свободи і справедливості, вони мають єдину духовну природу, єдиний ціннісний стрижень – справедливість<sup>7</sup>.

М. М. Вопленко звертає увагу на те, що джерела права формуються і удосконалюються під історично безперервним «пресингом» з боку моралі. Саме вона визначає моральний потенціал та легітимність діючих правових норм. Мораль виглядає достатньо потужним і соціально чутливим резервуаром, з якого черпаються можливості для удосконалення джерел права. Справа у тому, що так званих морально байдужих правових норм у джерелах права значно менше, ніж норм, які мають свої моральні аналоги. І це дає змогу даним системам соціального регулювання паралельно розвиватися на відносинах «ревнивої» конкуренції та підтримки одна одної<sup>8</sup>.

Як зазначає О. І. Цибулевська, мораль являє собою той фон, середовище, яке зумовлює появу, здійснення й зміну норм права. Розглянута під іншим кутом зору мораль виступає як причина, умова, що визначає процес формування права. Моральні та правові цінності (життя людини, її права й свободи, гідність, безпека), які виступають механізмом узгодження конкуруючих інтересів, потужною інтегруючою силою, здатною подолати виникаючі протиріччя та конфлікти, являються правоутворюючими факторами і повинні знаходити відображення в законодавстві<sup>9</sup>.

Моральний фактор здійснює вплив на правотворчий процес на всіх етапах його розвитку. Саме під впливом моралі складається моральна та правова культура учасників процесу законотворчості (депутатів, громадян, посадових осіб).

Як підкреслює О. О. Бандура, право є одним із основних засобів самоорганізації суспільства. Цю свою функцію воно здійснює передусім шляхом запровадження у суспільне життя загальнолюдських цінностей, підтримання їх дієвості<sup>10</sup>.

Механізм узгодження конкуруючих інтересів суб'єктів правовідносин визначається діями, які спрямовані на досягнення відповідності принципів права моральним цінностям. Таке компромісне рішення виступає критерієм істинності правової новели.

Право пройняте нормами моралі. Наприклад, юридично закріплений обов'язок батьків щодо виховання дітей (ст. 150 Сімейного кодексу України)<sup>11</sup> у своїй основі містить моральні вимоги. Без звернення до дослідження моральних понять не можна виявити значення низки термінів: «образя особистої гідності», «розумні строки», «неможливість спільного проживання», «низькі мотиви», «дії, що відзначаються особливим цинізмом» та ін. Складнощі у взаємодії моралі та права виникають і в питаннях трансплантації органів, проведення клінічних випробувань лікарських засобів на добровольцях, штучного запліднення, евтаназії. Хвиля протестів прокотилася в Польщі восени 2016 р. при розгляді питання щодо заборони абортів.

Під впливом моральних вимог право постійно збагачується; зростає його роль як соціального регулятора. Водночас, активно впливаючи на мораль, право сприяє більш глибокому її вкоріненню в суспільстві. Правові та моральні норми спільно формують еталони поведінки, ціннісно-нормативну орієнтацію суспільства, мають єдину духовну природу, єдиний ціннісний стрижень – справедливість.

Морально-етична природа права проявляється в його соціальному призначенні, функціях і принципах, виступає активним інструментом перетворення суспільства, досягнення соціальної солідарності на підставі підтримання моральних пріоритетів. Якщо суспільство визнає й приймає ці цінності та норми, тоді воно найбільшою мірою забезпечує людині розкриття її потенціалу, як істоти розумної, моральної, вільної. Однак вплив моралі на право не завжди однаковий і залежить від певного періоду розвитку суспільства.

Суспільство – відкрита система, що являє собою організм, який виконує свої основні життєві функції саме через діяльність. Під час цієї діяльності виникають відносини між суспільством у цілому, націями, народами, соціальними групами, індивідами. У структурі відносин завжди існує активне начало – певні протиріччя. Завдяки ним соціальне середовище створює нові форми діяльності. Не буде протиріч – не буде розвитку. Протиріччя безперервні. Вони не зникають у процесі розвитку соціуму, а існують завжди, проявляючись як хаос на мікрорівні системи. За загальним принципом соціальної динаміки хаос на мікрорівні відповідає певному порядку на макрорівні. Цей порядок існує у вигляді тимчасового компромісу, який зумовлений зовнішніми умовами і обмеженням наявних ресурсів. При їхній зміні динамічна рівновага в системі порушується та починається нова боротьба між суб'єктами взаємодії. Внаслідок означеної боротьби система виходить на новий компромісний рівень, на якому випробовується все, що не заборонено об'єктивними законами, але закріплюється лише те, що є стійким до зовнішніх і внутрішніх дестабілізуючих процесів та впливів.

Як зазначає С. Ю. Малков, соціально-економічні системи шляхом проб та помилок виробляють механізми стримувань та противаг, компенсації внутрішніх напружень, що допомагає досягти стійкості системи в цілому. До таких механізмів належать:

- владне регулювання відносин між елементами, яке здійснюється органами управління соціально-економічних систем;
- обмеження свавілля дій елементів соціально-економічних систем за допомогою законів, нормативних настанов, які вимагають виконання і спрямовані на залагодження наявних протиріч (обмеження хаосу);
- ідеологічні та соціально-психологічні засоби стримування агресивних інтенцій: релігійні імперативи, норми моралі та ін. (стримування хаосу).

Ті соціально-економічні системи, яким вдається виробити ефективну систему компенсації внутрішніх напружень, виживають. Ті соціально-економічні системи, яким це не вдається, у підсумку розпадаються або гинуть у конкурентній боротьбі з іншими системами<sup>12</sup>.

Слід зазначити, що будь-яким відкритим системам (у т.ч. соціальним) притаманна еквіфінальність – існування різних шляхів досягнення успіху в одній і тій самій ситуації. Стосовно відкритих систем, зокрема соціальних, закономірність еквіфінальності проявляється у досягненні ними певного стану, який не залежить від вихідних умов і визначається виключно параметрами системи<sup>13</sup>.

Іншими словами, будь-яка соціальна система (у т.ч. і суспільство) має декілька квазістійких станів (аттракторів) – так зване «віяло можливостей», що передбачає багатоваріантний розвиток системи. Через деякий час система опиниться в якомусь із передбачених аттракторів, але в якому конкретно – буде залежати від багатьох факторів і значною мірою – від цілеспрямованої дії її органів управління. Таким чином, можливості органів управління обмежені кількістю аттракторів цієї системи, але, водночас, саме органи управління передусім визначають, у який із наявних аттракторів потрапить система.

Крім того, як було наголошено вище, механізм компенсації внутрішніх напружень у соціумі може діяти через прийняття законів, нормативних настанов, тобто прийняття різних норм та їх закріплення в джерелах права. Самі ж норми створюються з урахуванням різних груп цінностей (матеріальних або духовних), дія кожної з яких буде більш ефективною для конкретно визначеного історичного часу.

До матеріальних цінностей належать знаряддя і засоби праці, предмети і речі безпосереднього споживання. Цінності духовні – це ідеї, теорії, думки: політичні, правові, моральні, естетичні, філософські, релігійні, екологічні тощо.

Визначити, які саме цінності будуть більш ефективними для функціонування механізму компенсації внутрішніх напружень у певний період розвитку суспільства можна, виходячи із загальної тенденції соціодинаміки: при появі надлишкового ресурсу збільшується нерівність. При недостатності ресурсу відбувається об'єднання заради виживання та зменшення нерівності (спрощення системи). Це означає, що в умовах надлишкового ресурсу суспільство спрямоване на збільшення майнового розшарування. У такому суспільстві нівелюється необхідність у релігійних, ідеологічних механізмах забезпечення соціально-психологічної стабільності суспільства. Пропагандистська машина спрямована на збудження бажань, на формування «сус-

пільства споживання». Як наслідок, деідеологізація, плюралізм, переключення свідомості з духовних цінностей та матеріальні.

В умовах недостатності ресурсу в суспільстві вже існує різке майнове розшарування, і система (суспільство) змушене це розшарування якимось чином зменшити. Для зменшення наявної нерівності, забезпечення соціально-психологічної стабільності в такий період використовуються системи патронажа, клановості, кастовості, які передбачають допомогу бідним з боку багатих. Часто також формується відповідна ідеологічна сфера (колективістська мораль, релігія та ін.), збільшується роль різних політичних, моральних, естетичних норм.

Іншими словами, при дефіциті ресурсів, за наявності нерівності, різкого майнового розшарування суспільство намагатиметься спрямовувати свою увагу на розвиток та впровадження духовних цінностей, у протилежному випадку, за умов профіциту ресурсів, більша увага приділяється цінностям матеріальним.

Отже, економіка, політика, культура, ідеологія, мораль виникають під дією умов суспільного життя, тобто мають об'єктивний характер. Їх аналіз, дослідження умов, які впливають на правоутворення, створення джерел права допомагає виявити слабкі сторони правового регулювання та винайти результативні напрями для підвищення ефективності створюваного законодавства.

<sup>1</sup> Історія вчень про державу і право: хрестоматія для юрид. вищ. навч. закл. і ф-тів / авт.-уклад. Г. Г. Демиденко; за заг. ред. О. В. Петришина. – 5-те вид., доп. і змін. – Х.: Право, 2011. – С. 303.

<sup>2</sup> Венгеров А. Синергетика и политика / А. Венгеров // Общественные науки и современность. – 1993. – № 4. – С. 58–68.

<sup>3</sup> Поленина С. В. Социальные аспекты законодательной деятельности / С. В. Поленина // Советское государство и право. – 1981. – № 11. – С. 8–9.

<sup>4</sup> Бойко Л. М. Західні та східні цивілізаційні впливи у формуванні українського правового менталітету / Л. М. Бойко // Міжнародний науковий журнал «Порівняльно-правові дослідження». – 2007. – № 1–2. – С. 175.

<sup>5</sup> Там само. – С. 177–178.

<sup>6</sup> Селіванов В. Правова природа регулювання суспільних відносин / В. Селіванов, Н. Діденко // Право України. – 2000. – № 10. – С. 16.

<sup>7</sup> Тарахонич Т. І. Право та мораль у системі соціальної регуляції / Т. І. Тарахонич // Проблеми філософії права. – 2003. – Т. 1. – С. 149.

<sup>8</sup> Вопленко Н. Н. Источники и формы права : учеб. пособ. / Н. Н. Вопленко. – Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2004. – С. 33.

<sup>9</sup> Цыбулевская О. И. Нравственные основания современного российского права / О. И. Цыбулевская; под ред. Н. И. Матузова. – Саратов: ГОУ ВПО, Саратовская государственная академия права, 2004. – С. 8.

<sup>10</sup> Бандура О. О. Деякі аспекти взаємного зв'язку цінностей та істини у праві / О. О. Бандура // Проблеми філософії права. – 2003. – Т. 1. – С. 111.

<sup>11</sup> Сімейний кодекс України: Закон України від 10 січня 2012 р. № 2947-III : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2947-14/page>

<sup>12</sup> Малков С. Ю. Синергетика и моделирование социальных процессов / С. Ю. Малков // Синергетическая парадигма. Социальная синергетика. – М.: Прогресс-Традиция, 2009. – С. 221–222.

<sup>13</sup> Атаманчук Г. В. Теория государственного управления : курс лекций / Г. В. Атаманчук. – М.: Юрид. лит., 1997. – С. 37–38.

#### Резюме

##### **Корунчак Л. А. Соціальні фактори утворення джерел права: синергетичний аспект.**

У статті розглядається необхідність проведення комплексного, синергетичного дослідження соціальних факторів утворення джерел права. Акцентується увага на ролі морально-етичних чинників у процесі формування правових норм, існуванні протиріч як необхідній умові розвитку та впровадження цінностей через закріплення в джерелах права як складовій механізмі компенсації внутрішніх напружень у системі (суспільстві).

**Ключові слова:** джерела права, соціальні фактори правоутворення, регуляція суспільних відносин, синергетика, механізм компенсації внутрішніх напружень системи.

#### Резюме

##### **Корунчак Л. А. Социальные факторы образования источников права: синергетический аспект.**

В статье рассматривается необходимость проведения комплексного, синергетического исследования социальных факторов образования источников права. Акцентируется внимание на роли морально-этических факторов в процессе формирования правовых норм, существовании противоречий как необходимым условию развития и введения ценностей через закрепление в источниках права как составляющей механизма компенсации внутренних напряжений в системе (обществе).

**Ключевые слова:** источники права, социальные факторы правообразования, регуляция общественных отношений, синергетика, механизм компенсации внутренних напряжений системы.

#### Summary

##### **Korunchak L. Social factors of forming sources of law: synergetical aspect.**

The article reveals the need for an integrated, synergetical research social factors forming sources of law. Focuses on the role of moral-ethnical factors in the process of forming of legal norms, the existence of contradictions as a necessary condition for development and implementation of values through consolidation in the sources of law as an element of compensation mechanism of internal stress in system (society).

**Key words:** sources of law, social factors of forming of law, regulation of public relations, sinergetics, compensation mechanism of internal stress system.

М. С. ПИРТКО

Михайло Сергійович Пиртко, аспірант Львівського національного університету імені Івана Франка

## СОЦІАЛЬНО-ПОЛІТИЧНІ ПЕРЕДУМОВИ ФОРМУВАННЯ ЦЕНТРАЛІЗОВАНОЇ ДЕРЖАВИ В АВСТРІЇ (ІХ–ХVІІ СТ.)

Прагнення України увійти повноправним членом до Європейського Союзу зумовлюють потребу у вивченні державно-правового досвіду розвитку прогресивних європейських країн. Особливий інтерес для України становить Республіка Австрія, її державно-правовий розвиток у період середньовіччя, нової та найновішої історії. Це має першорядне значення для аналізу сучасної західноєвропейської державності загалом, тенденції її розвитку, соціально-політичної та партійної систем, західної демократії, інститутів прав і свобод людини тощо.

Як відомо, землі Австрії у давнину були заселені іллірійським населенням, а потім кельтами. На межі до нашої і нашої ери територію на південь від Дунаю завоювали римляни, ввівши її до складу римських провінцій Норік, Реція і Паннонія. На місці кельтських поселень римляни заснували адміністративно-політичні й торговельні центри – Віндобону (Відень), Ювавум (Зальцбург) та ін.<sup>1</sup>.

У процесі «великого переселення народів» на територію Австрії вторгалися різні племена. У другій половині VI ст. н.е. тут осіли германські племена, зокрема, бавари, у східній частині – слов'яни (словенці). Бавари і словенці у VII ст. утворили й перші держави на території Австрії – Баварію та Карантанію, які змушені були відбивати часті напади кочівників, – аварів, а згодом – угорців<sup>2</sup>. Більша частина земель Австрії наприкінці VIII ст. була приєднана королем франків Карлом Великим до складу Франкської держави. Тут утворено так звану Східну марку<sup>3</sup>. У IX ст. Австрія (нім. *Österreich*) була крайньою східною територією у складі Франкської імперії, а також прикордонною зоною німецьких поселень зі слов'янськими землями. Карл Великий назвав країну *Ostmark* (Східна прикордонна територія)<sup>4</sup>. У 996 р. для позначення території над Дунаєм уперше використано термін *Ostarrichi*<sup>5</sup>.

Після розпаду Імперії франків та підписання Верденського договору 843 р. австрійські землі увійшли до складу Східно-франкського королівства, ставши частиною Баварського герцогства. Саме в той час спостерігаємо активну колонізацію східної частини Австрії, яка супроводжувалася християнізацією й германізацією місцевого населення. У першій половині X ст. ці землі захопили угорські племена, але внаслідок переможної битви 10 серпня 955 р. під Аугсбургом, контроль над ними встановив німецький імператор Оттон I, утворивши баварську Східну марку – пізніше маркграфство Австрія (термін «*Austria*» вперше зафіксовано у 1147 р.). У 1156 р. в результаті складної юридичної пертурбації маркграфство перетворили на герцогство, де утвердилась правляча династія Бабенбергів<sup>6</sup>.

У 976 р. від Баварського герцогства відокремилось як самостійне герцогство Каринтія, яке вирізнялося політичною нестабільністю. Вже до початку XII ст. з його складу виокремилися незалежні князівства Штирія (Карантанська марка), Крайна, Істрія та низка прикордонних марок<sup>7</sup>. Територія Тіролю у X–XI ст. потрапила під вплив католицької церкви, єпископи якої отримали від німецьких імператорів широкі судові та фінансові привілеї. У 1286 р. Тіроль приєднав до свого складу Каринтію і Крайну, ставши одним із найбільших князівств південно-східної Німеччини. Разом із тим з XII ст. провідну роль у регіоні серед німецьких середньовічних князівств поступово починає відігравати Австрійське герцогство. Головними чинниками зростання політичної ваги Австрії були вдале геополітичне розташування в басейні Дунаю, на перетині важливих європейських торговельних доріг<sup>8</sup>.

Після згасання династії Бабенбергів (1246 р.) більша частина австрійської території увійшла до складу держави чеського короля Пржемисла Оттокара II. Втім, у 1278 р. швабський король Рудольф I Габсбург у битві біля Сухих Крут розбив чеське військо і поширив свою владу на Австрійське герцогство<sup>9</sup>. Так була започаткована більш ніж шістьсотрічне правління династії Габсбургів (*Habsburger*) в Австрії<sup>10</sup>. Характерно, що надбані придунайські землі затьмарили своїм багатством родові володіння династії у Швабії та Ельзасі.

Уже перші правителі Габсбургів<sup>11</sup>, які одночасно виступали імператорами Священної Римської імперії німецької нації, проводили політику зміцнення центральної влади й об'єднання розрізнених земель у межах єдиної монархії. У 1335 р. їм вдалося приєднати Каринтію і Крайну, 1363 р. – Тіроль – землі, які становили ядро спадкових володінь Габсбургів – найбагатшого і наймогутнішого князівського роду Німеччини. Внаслідок активної зовнішньої політики і володінням титулом римських імператорів династія Габсбургів, поширила владу над дрібними німецькими державами.

Своє багатство представники династії здобували завдяки постійним війнам та династичним шлюбом (принцип «*Bella gerant alii, tu felix Austria nube*» – «Нехай інші воюють, ти ж, щаслива Австріє, одружуйся»)<sup>12</sup>. Наприклад, наприкінці XV ст. Максиміліан I Габсбург (1493–1519 рр.) одружився зі спадкоємицею

Бургундського дому, поширивши свою владу на Нідерланди<sup>13</sup>. Його син Філіп, натомість, побрався із спадкоємицею іспанського трону, започаткувавши іспанську гілку династії Габсбургів. Вдала шлюбна політика дала змогу нащадкам Максиміліана Габсбурга поширити свою владу на Угорщину. Реалізуючи «спадкове право» на землі Богемії і Угорщини, Фердинанд I домігся у 1526 р. свого обрання на престол Чехії та Угорщини<sup>14</sup>. Гасло монархів «*Austriae est imperare orbi universo*» – «Австрія є правителькою всього світу» сповна відображало стан справ великої держави.

У 1521 р. з ініціативи імператора Карла V у м. Вормс відбулося засідання рейхстагу, у якому взяла участь рада курфюрстів (князів Священної Римської імперії німецької нації, рангом нижче за короля, але вище за єрцгерцога). За договором 28 квітня 1521 р. Карл V і Фердинанд I домовилися про розподіл володінь Габсбургів на іспанські та центральноєвропейські<sup>15</sup>. Перший отримав Іспанію з її італійськими володіннями і заморськими територіями, а другий – Австрію (спершу лише Внутрішню Австрію, а через рік – також Тіроль, Бургенберг і Передню Австрію). Розділивши володіння, Габсбурги узгодили поміж собою ключові питання як зовнішньої, так і внутрішньої політики<sup>16</sup>.

У XVI ст. відбулися помітні зрушення в економічному і політичному розвитку австрійських земель. Так, Тіроль, Штирія, Верхня Австрія й Каринтія, являли собою один із головних районів європейської гірничобудівної промисловості. Суттєво зросло товарне виробництво, зокрема сільськогосподарське. Щоправда, такі результати досягалися завдяки експлуатації підвладних територій. У політичному відношенні Австрія була станом-представницькою монархією, залишаючись конгломератом земель, об'єднаних династією. Щойно за Максиміліана I фіксуємо реальні спроби об'єднати управління усіма австрійськими землями та консолідувати австрійські володіння Габсбургів<sup>17</sup>.

У зовнішньополітичному вимірі основним фактором, який визначав розвиток Австрії, було просування Османської імперії (Туреччини) на європейський континент. У 1453 р. турки здобули Константинополь (майбутній Стамбул), поклавши край існуванню Візантійської імперії, невдовзі завоювавши Сербію, Боснію, Герцеговину, Угорщину, Хорватію, Трансильванію. У 1529 р. турки підійшли до столиці – Відня, але їх вдалося зупинити. Так розпочалися австро-турецькі війни, які тривали більше півтора століття. Австрія стала головним опонентом турецької експансії, гуртуючи навколо себе інші християнські держави Південно-Східної Європи. У 1683 р. турки у черговий раз підійшли до Відня, взявши його в облогу, однак були змушені відступити під натиском австрійців за допомоги польського війська під проводом Яна Собеського та українських козаків (в обороні міста відзначився Юрій Кульчицький, родом із с. Кульчиць з-під Самбора)<sup>18</sup>.

Наступне розширення території монархії Габсбургів відбулося унаслідок чергової австро-турецької війни (1683–1699 рр.). Австрія захопила більшу частину Угорщини, Трансильванії, більшу частину Хорватії й Словенії. На зламі XVII – початку XVIII ст. Габсбурги приєднали нові території в Італії. Унаслідок першого (1772 р.) і третього (1795 р.) поділів Речі Посполитої Австрія приєднала польські та українські землі – Західну і Східну Галичину. Юридичною підставою цього приєднання був той факт, що короткий час Галицько-Волинським князівством володіли угорські королі, поширивши свою владу в результаті міжусобиць галицьких бояр і князів. Приєднані землі отримали назву «Королівства Галичини та Володимерії з великим князівством Краківським і князівствами Освенцімським і Заторським»<sup>19</sup>.

Проаналізований вище матеріал свідчить, що на ранньому етапі своєї історії Габсбурзькі землі були зібранням майоратських володінь (*Stände*), а не державою у прямому юридичному розумінні. Їхня єдність упродовж XVI – початку XVIII ст. базувалася на персональних уніях, які встановлювали і регулювали принципи успадкування престолу представниками правлячої династії<sup>20</sup>. Країна складалася з Австрії, Чехії, Сілезії, Моравії (т.зв. земель Святого Вацлава) та Угорщини, Словаччини й Хорватії (т.зв. земель Святого Стефана). Крім того, у Німеччині Габсбурги володіли містами Констанц, Пассау, Фрайбург та деякими іншими територіями при річках Рейн, Неккар і Ельзас<sup>21</sup>.

Центром, навколо якого об'єднувалася імперія Габсбургів з часу свого утворення, виступали австрійські землі (*oesterreichischer Kreis*). Вперше вони були оголошені неподільними тільки в 1602 р.<sup>22</sup>, а в заповіті імператора Фердинанда II (1578–1637) зустрічаємо похідний з іспанського права принцип, який полягав у «збиранні» всіх країн і володінь в один майорат з метою врегулювання успадкування престолу за правом первородства<sup>23</sup>. Парадоксально, але до того австрійські правителі не надто прагнули централізувати державу – вони не скликали Генеральних Штатів чи загальної асамблеї станів, як в інших західноєвропейських країнах, запобігаючи виступам проти правлячої династії<sup>24</sup>. Зрештою, поступовій консолідації основного ядра габсбурзьких володінь, на нашу думку, сприяли дві обставини: *по-перше*, імператорський двір зумів подолати внутрішню смуту і стану анархію; *по-друге*, більшість власне австрійських земель не зазнали значних руйнувань під час Тридцятилітньої війни, порівняно з німецькими та чеськими землями.

Хоч австрійські землі були найбільш лояльними і становили основу Габсбурзької імперії, однак їхню вагу підважували, з одного боку, порівняно невелика територія, а з, другого боку – гірський характер значної частини регіону робив її непривабливою для великих дворянських помість. Таким чином, критична маса німецькомовної австрійської аристократії була надто малою, щоби стати притягальним центром імперії в період, коли станова структура суспільства виступала опорою для державного управління тогочасних європейських держав<sup>25</sup>.

Авторитетний британський дослідник історії Австрії Алан Дж. Тейлор справедливо зазначав, що «Імперія Габсбургів... мала унікальний, незнаний в інші часи і в іншій місцевості, устрій... Майже триста років, ці території не мали якоїсь спільної назви. Це були «землі дому Габсбургів» або «землі імператора Священ-

ної Римської імперії... Габсбурзькі землі не були об'єднані в одне ціле ані географічно, ані національно... Габсбурги були останніми володарями агонізуючої вселенської монархії середньовіччя й успадкували від неї космополітичний характер»<sup>26</sup>. Як видається, цей космополітизм найбільше проявлявся у столиці імперії – Відні. У його межах абсолютистська держава акумулювала чиновників з німецьких національних груп Габсбурзької монархії, тим самим їх асимілюючи<sup>27</sup>.

На відміну від німецьких князівств, населення яких було тісно пов'язане племінною спільністю і присутніми йому культурними та історичними традиціями, на території Австрійської імперії проживав різномірний етнічний склад (з великою часткою слов'ян). Відтак важливою особливістю історико-правового розвитку Австрії було те, що територіально-князівська влада тут склалася на різномірній етнічній території, де населення було пов'язане тільки єдністю політичного панування й залежності<sup>28</sup>. У процесі співжиття Габсбурзькі землі виробляли спільну культуру і, до певної міри, спільне господарство. Як ми уже зазначали, найбільшої централізації вдалося досягти в австрійсько-чеських провінціях, тоді як на інших територіях про єдність говорити не доводиться. На нашу думку, низький ступінь централізації був перешкодою для нормального функціонування державних органів влади. Однак, водночас, ця багатоманітність давала певні можливості. Так, дослідник М. Бах зазначав, що «головну причину того, що внутрішній світ держави так довго не був порушений, необхідно шукати в різномітті і різномірності поглядів окремих національностей»<sup>29</sup>.

Друга половина XVII – перша половина XVIII ст. характеризувалися кризою імператорського дому Габсбургів. Політика монархів була достатньо суперечливою: нерідко один правитель правлячої династії зводив нанівець починання свого попередника, або принаймні їх не продовжував<sup>30</sup>. Невдоволення станів централізаторською та релігійною політикою, непорозуміння всередині самої династії, затяжні війни й загрози нових військових конфліктів справляли вирішальний вплив на політичне життя держави<sup>31</sup>.

Задля збільшення ефективності управління і централізації державним механізмом використовувалися різноманітні правові та політичні заходи. Наприклад, імператор Леопольд I (1658–1705 рр.) докладав значних зусиль для зміцнення відносин з католицькою церквою, за що отримував підтримку з боку тодішнього Папи Римського Інокентія XI (1676–1689)<sup>32</sup>. Католицизм розцінювався як інструмент уніфікації розрізненої монархії, а християнська ідея лежала в основі інституту імперії, оскільки легітимність влади в душі консерватизму і традиції виводилася від Бога<sup>33</sup>. Саме за імператора Леопольда I Австрія набула ознак окремішності, тоді як Німеччина (в розумінні німецькі держави) та Іспанія (на чолі з Габсбургами) пішли власним шляхом розвитку<sup>34</sup>.

Крім продуманої церковної політики в інтересах держави монарх вдало використовував династичні шлюби і практику дарування титулів<sup>35</sup>. На відміну від польських королів, Габсбурги володіли правом надавати дворянство на свій розсуд (титули, маєтки тощо)<sup>36</sup>. У взаєминах з імперськими князями і курфюрстами ще з XVII ст. превалювали засади і порядок ленної ієрархії, що дозволяло творити принаймні видиму управлінську єдність<sup>37</sup>. Підвищення у титулах, придворних званнях та інші аналогічні заходи були, на думку Габсбургів, тими інструментами, з допомогою яких зміцнювалася корпоративна ієрархічна структура імперії, а також підкреслювалися вага і незмінність імператора на чолі цієї ієрархії<sup>38</sup>. Маніпулювання титулами не було головною метою імператорського двору; мета полягала у зміцненні зв'язків суб'єктів імперії з її правовою системою і з габсбурзькою політичною конструкцією. Традиційна система ленних прав за Леопольда остаточно трансформувалася у придворне представництво, в ієрархію престижу, на чолі якої стояв імператор<sup>39</sup>.

Наслідуючи французького короля Людовіка XIV, Леопольд I прагнув сам виконувати функції першого міністра, не дозволяючи представникам із оточення зміцнювати свої позиції. Наприкінці 1660-х – на початку 1670-х рр. імператор почергово усунув з двору князя Йоганна Вайкхарда фон Ауершперга (1615–1677) і Вацлава Еусебіуса фон Лобковіца (1609–1677)<sup>40</sup>. Причиною опали В. фон Лобковіца став його спротив війні з французьким королем Людовіком XIV, а зухвалі висловлювання про власного імператора зумовили відсторонення і заслання Лобковіца в Раудніц, що в Богемії<sup>41</sup>.

Початком політики централізації імперії за Леопольда I слугувала реформа воєнної організації імперії, ухвалена 1681 р. Регенсбурзьким рейхстагом. Відповідно до цього рішення утворювалася розгалужена система імперських округів, створювався інститут послів імператора в імперії. Однак влада Леопольда не була настільки сильною, щоби відновити навіть попередній централізований режим, відомий як *gubernium*<sup>42</sup>. Проте йому вдалося домогтися прийняття угорськими становими зборами у Братиславі Габсбургів як спадкової, а не виборної династії, анулювавши право на опір – *jus resistendi*<sup>43</sup>.

Ініціювання змін всередині країни пов'язуємо з так званим «молодим двором» імператора, до якого належали граф Гундакер фон Штархемберг, його брат Ернест Рюдигер Штархемберг (оборонець Відня у 1683 р.), князь Карл Теодор Зальм (згодом гофмайстер), принц Євгеній Савойський, граф Йоганн Вратислав фон Міровітц, дипломат Філіп Людвіг фон Зінцендорф<sup>44</sup>. Після фінансової кризи у 1703 р. імператор звільнив голову Надвірної палати (казначейства) графа Залобурга і президента придворної військової ради графа Мансфельда, призначивши на їхні місця своїх ставлеників – графа Г. Штархемберга і принца Євгенія Савойського. У 1705 р. до них приєднався новий імперський віце-канцлер Фрідріх Карл фон Шьонборн, племянник курфюрста Майнцького. У середовищі цих людей зародилася ідея реформування габсбурзької державної системи, зокрема фінансів, суду й управління<sup>45</sup>. Далеко не все вдалося здійснити, однак серед реалізованих заходів варто виокремити встановлення жорсткішого контролю центру над регіонами; відокремлення фінансової адміністрації від військової; врегулювання видатків<sup>46</sup>.

Отже, з часу свого виникнення, Габсбурзька монархія була конгломератом неналежно уніфікованих регіонів, що не мали спільної етнічної й територіальної назви. До XVII ст. австрійський правлячий дім досяг



незначних успіхів у державному будівництві: політична єдність розрізаних земель залишалася хиткою, а спроби централізації впиралися у спротив станів окремих земель (Чехія, Угорщина). Династичне правління Габсбургів у кожній окремо взятій провінції базувалося на відмінній адміністративно-правовій основі, а складові імперії об'єднувалися на основі персональних уній.

<sup>1</sup> Цьолнер Е. Історія Австрії; пер. з нім. / Е. Цьолнер. – Л.: Літопис, 2001. – С. 27.

<sup>2</sup> Wandruszka A. The House of Habsburg: Six Hundred Years of European Dynasty / A. Wandruszka. – New York: Doubleday, 1964. – P. 24–25.

<sup>3</sup> Тищик Б. Історія держави і права Австрії та Австро-Угорщини (X ст. – 1918 р.): навч. посіб. / Б. Тищик. – Л.: ЛНУ імені Івана Франка, 2003. – С. 4.

<sup>4</sup> Germany and the European East in the Twentieth Century / Ed. by Eduard Mühle. – Oxford: Oxford Press, 2003. – P. 21.

<sup>5</sup> From Ostarrichi to Austria : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.austria.info/us/basic-facts/about-austria/history>

<sup>6</sup> The Babenbergs : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.austria.info/us/basic-facts/about-austria/history>

<sup>7</sup> Цьолнер Е. Вказана праця. – С. 61–62.

<sup>8</sup> Wereszycki H. Historia Austrii / H. Wereszycki. – Wrocław: Ossolineum, 1986. – S. 56.

<sup>9</sup> Monumenta augustae domus Austriacae. Tom 3. Herrgott Marquard. – Wien, Freiburg, St. Blasien, 1760. – S. 2.

<sup>10</sup> Тищик Б. Вказана праця. – С. 5.

<sup>11</sup> Габсбурги (нім. Habsburger) – династія, яка правила в Австрії (1282–1918), Іспанії та її володіннях (1516–1700), Чехії й Угорщині (1526–1918), Австро-Угорщині (1867–1918); імператори Священної Римської імперії (1438–1806, крім 1742–1745). У роки правління Карла V (імператора Священної Римської імперії з 1519) під владою Габсбургів опинилася величезна територія: Нідерланди, частина Італії, Іспанія та її колонії в Америці, а з 1526 р. – Чехія й Угорщина. Внаслідок першого поділу Речі Посполитої 1772 р. Габсбурги поширили владу на Галичину, а в 1774 р. – на Буковину. Представниками династії Габсбургів, які володіли Галичиною і Буковиною та мали титул королів Галичини і Лодомерії (Володимирії), були: Марія Терезія (1740–1780), Йосиф II (1780–1790), Леопольд II (1790–1792), Франц I (1792–1835), Фердинанд I (1835–1848), Франц-Йосиф I (1848–1916), Карл I (1916–1918). 11 вересня 1918 р. імператор Карл I зрікся престолу; 3 квітня 1919 р. Установчі збори Австрійської Республіки прийняли закон, за яким Габсбургів було позбавлено всіх прав, вигнано за межі країни, а їхнє майно конфісковано.

<sup>12</sup> Tu felix Austria nube : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.habsburger.net/de/themen/tu-felix-austria-nube> [3.12.2017].

<sup>13</sup> Monumenta augustae domus Austriacae. Tom 3. Herrgott Marquard. – Wien, Freiburg, St. Blasien, 1760. – S. 147.

<sup>14</sup> Там само. – С. 252.

<sup>15</sup> Там само. – С. 347.

<sup>16</sup> Daten zur Geschichte der Stadt Worms : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://web.archive.org/web/20130102175338/http://www.worms.de/downloads/Chronik.pdf>

<sup>17</sup> Monumenta augustae domus Austriacae. Tom 3. Herrgott Marquard. – Wien, Freiburg, St. Blasien, 1760. – S. 147–148.

<sup>18</sup> Тищик Б. Вказана праця. – С. 6.

<sup>19</sup> Настасяк І. Історико-правовий аналіз входження Галичини до складу Австрійської імперії / І. Настасяк // Вісник Львівського університету. – Л., 2003. – Вип. 38. – С. 87. – (Серія «Юридична»).

<sup>20</sup> Jaworski I. Historia ustroju państw zachodnio-europejskich (Francja, Anglja, Niemcy) / I. Jaworski. – Wilno: Nakładem sekcji wydawniczej koła prawników studentów U.S.B., 1931. – S. 70.

<sup>21</sup> Evans R. The Making of the Habsburg Monarchy, 1550–1700: An Interpretation / R. Evans. – Oxford: Clarendon Press, 1979. – P. 41.

<sup>22</sup> Там само. – P. 48.

<sup>23</sup> Monumenta augustae domus Austriacae. Tom 3. Herrgott Marquard. – Wien, Freiburg, St. Blasien, 1760. – S. 352.

<sup>24</sup> Тейлор А. Дж. Габсбурзька монархія 1809–1918; пер. з англ. / А. Дж. Тейлор. – Л.: ВНТЛ–Класика, 2002. – С. 15–16.

<sup>25</sup> Андерсон П. Родословная абсолютистского государства ; пер. с англ. / П. Андерсон. – М.: Издательский дом «Территория будущего», 2010. – С. 292.

<sup>26</sup> Тейлор А. Дж. Габсбурзька монархія 1809–1918; пер. з англ. / А. Дж. Тейлор. – Л.: ВНТЛ–Класика, 2002. – С. 11.

<sup>27</sup> Górak A., Latawiec K. Kancelaria organów w Galicji. Wybór źródeł / A. Górak, K. Latawiec. – Lublin: Wydawn. Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, 2012. – S. 8.

<sup>28</sup> Monumenta augustae domus Austriacae. Tom 3. Herrgott Marquard. – Wien, Freiburg, St. Blasien, 1760. – S. 335.

<sup>29</sup> Бах М. Австрія в первую половину XIX века / М. Бах ; пер. с нем. – Санкт-Петербург, 1906. – С. 122.

<sup>30</sup> Пристеп Е. Краткая история Австрии / Сокращенный перевод с немецкого Н. М. Соболевой, М. П. Соколова и Л. П. Хвостовой, редакция и предисловие М. А. Полтавского. — М.: Издательство иностранной литературы, 1952. – С. 169.

<sup>31</sup> Srbik H. Der Staatliche Exporthandel Österreichs von Leopold I bis Maria Theresia / H. Srbik. – Wien: Braumüller, 1907. – S. 6.

<sup>32</sup> Scheicl F. Leopold I. und die österreichische Politik während des Devolutionskrieges 1667/68 / F. Scheicl. – Lpzg: O. Wigand, 1888. – S. 16.

<sup>33</sup> Małecki M. Ideologiczne podstawy reform tereziańsko-józefińskich / M. Małecki // Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa. – Kraków, 2010. – Vol. 3. – S. 111.

<sup>34</sup> Вандич П. Ціна свободи. Історія Центрально-Східної Європи від Середньовіччя до сьогодення / П. Вандич. – К.: Критика, 2004. – С. 116.

<sup>35</sup> Scheicl F. Leopold I. und die österreichische Politik während des Devolutionskrieges 1667/68 / F. Scheicl. – Lpzg: O. Wigand, 1888. – S. 21.

<sup>36</sup> Вандич П. Ціна свободи. Історія Центрально-Східної Європи від Середньовіччя до сьогодення / П. Вандич. – К.: Критика, 2004. – С. 106.

<sup>37</sup> Monumenta augustae domus Austriacae. Tom 3. Herrgott Marquard. – Wien, Freiburg, St. Blasien, 1760. – S. 330.

<sup>38</sup> Шиндлинг А. Леопольд I (1658–1705) // Шиндлинг А., Циглер В. Кайзеры (Священная Римская империя, Австрия, Германия); пер. с нем. / Антон Шиндлинг, Вальтер Циглер. – Ростов-на-Дону: Феникс, 1997. – С. 214.

<sup>39</sup> Evans R. The Making of the Habsburg Monarchy, 1550–1700: An Interpretation / R. Evans. – Oxford: Clarendon Press, 1979. – P. 153.

<sup>40</sup> Там само. – P. 144.

<sup>41</sup> About the Lobkowitz Family : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.lobkowitz.com/en/collections-about/>

<sup>42</sup> Андерсон П. Родословная абсолютистского государства ; пер. с англ. / П. Андерсон. – М.: Издательский дом «Территория будущего», 2010. – С. 295.

<sup>43</sup> Krones F. Zur Geschichte Ungarns (1671–1683). Mit besonderer Rücksicht auf die Tätigkeit und die Geschicke des Jesuitenordens / F. Krones. – Wien: Tempsky, 1893. – S. 56.

<sup>44</sup> Шмидт Г. Иосиф I (1705–1711) // Шиндлинг А., Циглер В. Кайзеры (Священная Римская империя, Австрия, Германия); пер. с нем. – Ростов-на-Дону: Феникс, 1997. – С. 227–228.

<sup>45</sup> Там само. – С. 231.

<sup>46</sup> Srbik H. Der Staatliche Exporthandel Österreichs von Leopold I bis Maria Theresia / H. Srbik. – Wien: Braumüller, 1907. – S. 156.

#### Резюме

##### **Пиртко М. С. Соціально-політичні передумови формування централізованої держави в Австрії (IX–XVII ст.).**

У статті проаналізовано соціально-політичні передумови формування централізованої держави в Австрії (IX–XVII ст.). Зазначено особливості формування централізованої держави в Австрії у досліджуваний період. Автор акцентує увагу на тому, що до XVII ст. австрійський правлячий дім досяг незначних успіхів у державному будівництві: політична єдність розрізнених земель залишалася хиткою, а спроби централізації впиралися у спротив станів окремих земель (Чехія, Угорщина).

**Ключові слова:** централізована держава, державне будівництво, імперія, Габсбурги, Австрія.

#### Резюме

##### **Пиртко М. С. Социально-политические предпосылки формирования централизованного государства в Австрии (IX–XVII вв.).**

В статье проанализированы социально-политические предпосылки формирования централизованного государства в Австрии (IX–XVII вв.). Указано на особенности формирования централизованного государства в Австрии в исследуемый период. Автор акцентирует внимание на том, что в XVII в. австрийский правящий дом достиг незначительных успехов в государственном строительстве: политическое единство разрозненных земель оставалась неустойчивым, а попытки централизации упирались в сопротивление состояний отдельных земель (Чехия, Венгрия).

**Ключевые слова:** централизованное государство, государственное строительство, империя, Габсбурги, Австрия.

#### Summary

##### **Pyrtko M. Socio-political preconditions for the formation of a centralized state in Austria (IX–XVIII centuries).**

The article analyzes the socio-political preconditions of the formation of a centralized state in Austria (IX–XVIII centuries). The peculiarities of the formation of a centralized state in Austria in the investigated period are noted. The author emphasizes the fact that until the XVII century. The Austrian ruling house achieved little progress in public construction: the political unity of the fragmented lands remained shaky, and attempts at centralization resisted the resistance of the states of certain lands (Czech Republic, Hungary).

**Key words:** centralized state, state building, empire, Habsburg, Austria.

УДК 340.12:[341.1+341.64]

**Yu. Yu. REMINS'KA**

*Yuliia Yuriivna Remins'ka, PhD student of Law faculty of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

### **SOME METHODOLOGICAL REMARKS REGARDING THE CONCEPT OF INTERNATIONAL LAWMAKING (OUTSIDE THEORETICAL PERSPECTIVE)**

**Problem statement.** Modern civilized society cannot be imagined without appropriate rules of behavior, designed to regulate everyday relationships. This is precisely why issues related to the lawmaking activity remain relevant and require continuous evaluation of new situations and opportunities for establishing an adequate legal regulation of particular public relations. Thus, the *relevance* of the current article is resulted primarily from the intensification of international legal relations and particular need of modern nations in cooperation and coordination of their legal policies.

**Reviewing existing literature on the current subject.** There is a rapidly growing literature on international lawmaking. Different aspects of this phenomenon were discussed and outlined in researches of both Ukrainian and

foreign legal scholars. Particularly, among national scientists are O. O. Nigreeva and O. I. Chapliuk. Also certain issues concerning international lawmaking process were represented in works written by such foreign legal experts as C. Brölmann, H. H. Koh, J. K. Levit, Y. Radi, W. M. Reisman, B. K. Woodward. At the same time, instead of complex theoretical review, overwhelming majority of legal scientists examines questions about so-called “informal international lawmaking” (for example, J. Pauwelyn, R. A. Wessel, J. Wouters). But the lack of academic evaluation of general lawmaking practice matters a great deal: without appropriate theoretical foundations, there will be legal lacunas in international legal practice that in its turn will have a negative effect on cooperation between States and other international institutions.

Based on problem definition, the main *aim* of the current article is to show in outlined way what exactly international lawmaking is, what attributes it possesses and what unique features it has.

Abovementioned has resulted in specific *structure of the research*, intentionally selected by the author in order to revitalize the doctrine of international lawmaking in its general theoretical dimension. *Paragraph I* predominantly focused on important features of lawmaking, which enabled author to draw a distinction between this and other related processes. *Paragraph II* provides with necessary methodological background, in terms of which all issues related to the international lawmaking purposefulness are assessed. *Paragraph III* aims at examining existed in scientific literature approaches to the international lawmaking definition. And, finally, in *Conclusions*, the author suggests original system of international lawmaking attributes that constitute its theoretical model. On this basis, a unique definition of international lawmaking is also offered.

### I. Lawmaking: essential characteristics and related concepts

Without any qualms, among most interesting and “hard-hitting” issues is the question about *lawmaking definition*. As the authors of “Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking” Y. Radi and C. Brölmann noted: “Linguistic instability is one sign of a changing world, and the word ‘lawmaking’ is indeed used with various and divergent meanings – depending on one’s premises... This makes the term limited in theoretical vigor but flexible enough to describe the multifaceted normative practice that is observed by policy-makers and lawyers today”<sup>1</sup>. It is fair to say, however, that such “linguistic instability” particularly refers to the issue of demarcation of “lawmaking” from other similar (to some extent) concepts.

Today, unfortunately, there is no interdisciplinary experience in foreign legal science that would combine the methodology of legal research with the basic ideas and categorical apparatus of linguistics. Without getting into specifics, consistent with the key tenets of **legal linguistics**, it is pertinent to suggest the unique delineation of processes aimed at the creation various forms of rules of conduct. In view of this, “*delineation scheme*” can be constructed as follows:

1) **Law-formation** – relatively lengthy multidimensional process covering various forms and methods of the law materialization, its existence, harmonization and further development; inherently, this concept is the most extensive in scope, because includes a wide range of social, economic and cultural factors influencing the need for the emergence of law (in its objective sense); this process begins with the society needs in the regulation of certain legal relations.

2) **Lawmaking** in most general sense can be defined as a creative intellectual process associated with the activities of authorized representatives (actors) (states, intergovernmental and non-governmental international organizations, local self-government bodies, different public and civic organizations etc.) aimed at creating, alteration or abolishing the legal norm (as a rule of conduct).

3) **Legislative drafting** – concept, which is substantively narrower in its content than the previous one; the materialized result of this process is the piece of legislation; according to this, legislative drafting serves as a type of law-making and denotes the process of creation, changing or repealing of normative legal acts of the higher legal force.

4) **Rulemaking** – is one of the key categories in legal techniques; considering rulemaking in a narrow legal and technical sense, it can be defined as a formal process of creating a legal prescription; from this angle, the aim of rulemaking is to identify reasons for adopting regulatory act as well as necessary technical instruments for its further functioning (it refers to the special technique used in the process of creation and structuring regulatory legal acts).

The proposed demarcation can serve as an appropriate methodological framework for the present scientific research. Suggested “delineation scheme” will help to address one of the crucial questions about international lawmaking – a question about its purposefulness.

### II. Law-making on the global level: the relevance of existence

Scientific discourse has always been characterized by a pluralism of opinions about a certain phenomenon. The concept of international lawmaking is not an exception. In scholar’s world, all the doubts about relevance of international lawmaking are de facto limited to the following *three major premises*:

1) *decentralized and unsystematic arrangement of international law functioning*; this includes two main aspects: first one related to the fact that the system of international law has not classic triangular separation of powers; continuing in this direction, the absence of unified legislator should be taken into account; consequently, all of this leads to the further academic debates concerning the question about contemporary system of international law sources, precisely that is the question about hard and soft international law; another quite challenging question is the question about different legal regimes operating under the international law; such is denoted by a so-called “fragmentation of international law” – process emerging as a result of diversification and expansion of international law<sup>2</sup>;

2) *overriding importance of the consent in international law*; as A. Guzman aptly remarked: “The importance of consent is built into the DNA of international law scholars”; it is believed, the concept of consent in international law is designed to protect the State interests and support their sovereign equality; it is recognized that since States act on behalf of their populations; hence, every State in its politics seeks to ensure respect for domestic interests; so, any rule of international law made without consent cannot be regarded as legitimate; that is exactly why the **consent-based theory** is considered one of the scientific most formidable challenges in general theory of (international) law; furthermore idea about the need for state consent is intertwined enough with concept of national interest prevalence and state interest-based theory (see information given in the next premise)<sup>3</sup>;

3) *nationalist critique of international law*, which is reflected in following statements: a) only national interests are “the sole means to “suppress the chaotic and dangerous aspirations of governments in the international field” and b) globalization itself “has thrust the “sovereign” into a zero-sum power grab with international regimes”; in this context, all critic discussions are dominated by the **concept of national interest prevalence**; conversely, this is reflected in **state interest-based theory**, which means that from the nationalists’ point of view, international law represents a number of rules which reflect or/and coincide with “state interest” and to a large extent are “executive interests”; in case where international law “interrupts” or otherwise restricts will of state authority to gain “state interests”, governmental authority would simply bypass or even disregard such norms<sup>4</sup>.

All these issues have a direct impact on the methodological understanding of international lawmaking process. At the same time, it is important to recognize that social progress depends primarily on incremental changes in international legal field. In this endeavor, the interrelationships between domestic and international legal orders are undeniable. Being under intensive globalization transformations, national legal systems need to be streamlined and their lawmaking processes should be unified (in sense of standardization) with a special focus on reorientation to the new spheres of the human activity. Within this framework, some authors suggested what is euphemistically called “*cognitive landscapes*” – understood as specific factors, according to which there is an urgent need for an international law-making to exist. Strong emphasis should be made especially on the “*socio-legal landscape*” which includes following facts: a) social – the urgent need of interstate cooperation results in the growing interdependency between States (as well as other legal actors); such interdependence is caused by the will of States to cooperate with each other in order to promote their common interests; b) legal facts primarily encompass phenomenon of an increasing number of international organizations, which intrinsically “create normativity both in their relations with third parties and vis-à-vis their member states (so-called phenomenon of proliferation of international organizations); alongside with “judicialisation” of international affairs, rapid growth of such institutions shows that they can be assigned to the full-fledged subjects of international lawmaking; c) doctrinal facts presuppose that all representations about the essence and specificity of international law are dynamic and develop in accordance with the main challenges faced by the international society; more broadly speaking, this means that legal doctrine in its practical dimension plays an important role for the development of international lawmaking (for example, the notion of “legal personality” is among key concepts in contemporary international legal doctrine); in its turn, with the aid of certain legal doctrine it is possible to conceptualize new phenomena and then incorporate them into a particular set of rules (as it was with the soft law)<sup>5</sup>.

As a matter for discussion, all the methodological aspects analyzed above can serve as a pillar for reflection an equally important theoretical issue – the question of international lawmaking definition, what will be done in the next paragraph.

### III. The concept of international lawmaking in contemporary scholarly studies: the issue of definition

The situation regarding definition and comprehensive understanding of international lawmaking concept can be characterized as rudimentary. Regardless, there is no cohesive approach to the definition of international lawmaking at the present moment. In addition, there are only few researches devoted to the international lawmaking, which contain definition of the current phenomenon.

Therefore, in order to ensure systemic view, it is essential to **subdivide approaches** to the understanding of international lawmaking into special groups. The first group related to the Ukrainian scholar’s ideas, and the second one – to the foreign.

**National theory of international lawmaking.** Sometimes, in domestic academic literature extended references are made to the international lawmaking as a purposeful activity of States in the development of international legal norms. Such-like point of view, in our opinion, is to some extent incorrect for two basic reasons. Firstly, defining States as only subjects of international lawmaking, there is a question of abusing of power by them and their reluctance to take into account public interests. Secondly, during the active globalization processes and world civic society transformations, among subjects of international lawmaking are also various international organizations.

However, there are more progressive visions regarding the notion of international lawmaking. For instance, O. I. Chapliuk defines international lawmaking as historically changing, creative, international initiative process, carried out by the subjects of international law in order to create norm of international law by harmonization the interests (positions) of the parties involved, which results in the adoption of an international instrument containing international legal norms<sup>6</sup>.

Another author, O. O. Nigreyeva, has rightly observed there are only few researches made by domestic legal scientists devoted to the assessment of the international lawmaking process (especially from the theoretically-legal perspective – *added by the author*). In researcher’s opinion, international lawmaking should be viewed from two tra-

ditional (for Ukrainian legal doctrine) perspectives – narrow and broad. According to the *narrow understanding*, international lawmaking is considered as the formation of new international legal norm: making a certain rule of conduct (in international relations) as a legally binding by expressing *opinio juris*. At the same time, another, *broad understanding* of the international lawmaking assumes this notion can be defined as the entire process of developing rules of international law, which includes two main stages: coherence in willingness of international law subjects regarding the certain rule of conduct and providing by them a consent to make such rule of conduct legally binding. For the author, in this case, the subjects of international lawmaking can have traditional form (for example, States or international intergovernmental organizations) or whose international legal personality is controversial (for instance, international non-governmental organizations and transnational corporation)<sup>7</sup>. The abovementioned approach to the understanding of the international lawmaking is undoubtedly should be commended. However, two main observations should be made. First and foremost, now, in the contemporary general law theory, there are no contentious debates about “controversial” legal personality of non-traditional international lawmaking subjects. Moreover, a review of recent academic papers suggests that at the present moment traditional international lawmaking is currently under the stagnation process. With increasing attention by the international community being given to the legal approximation, there has been a major shift in the selection of the most appropriate ways and types of lawmaking. This will create opportunities to apply qualitatively new legal instruments to public relations regulations (so-called “informal lawmaking”). Secondly, it would seem that such approach has lent a sense of “ambivalence”, that is a great risk to perceive the international lawmaking simultaneously in two ways: as a preferential benefit for States and intergovernmental bodies and as a process of creating legally binding rules of conduct. Given a number of factors including enormous potential of different international organizations acts (which shall be treated as recommendatory) the scope of international lawmaking has been expanded significantly.

**Foreign theory of international law-making.** It is fair to say, there are cases, when the authors in their scientific investigations have used such expressions as “*transnational lawmaking*”, “*international norm generating process*”, “*world legislation*”, “*global rulemaking*”, “*lawmaking in international affairs*” etc. instead of well-known “international lawmaking”.

Surprisingly, however, there is no common understanding of “international lawmaking” in foreign legal theory. As an example, back in 1981, Professor of Yale Law School, W. Michael Reisman, in his Lecture “International Lawmaking: A Process of Communication” rightly pointed out that “the problem of lawmaking has always been more urgent and, apparently, more complicated in international law”. On the scholar’s opinion, international lawmaking can be understood as the process in which certain policies that self-described as law are made. In broader sense, international lawmaking may be represented as “the aggregate of processes in the [international] community by which political representatives at varying levels of consciousness are shaped and changed”. The international lawmaking, in this sense, is a **process of communication** and all subjects involved in this processes, form so-called “communications networks”<sup>8</sup>.

Talking about international lawmaking definition, there is also another special methodological approach, according to which the term itself is divided into three **segments**:

- “law”, which is understood statically as a body of rules (this segment can visually show all possible ways and methods for law creation);
- “making” serves as a marker for the type of process used to make such law; this means that lawmaking by its nature can be taken in various ways; for instance, there is such-like “conscious lawmaking”, which intended to create different treaties; conversely, there are also a wide range of “diffuse processes of interaction between actors and involuntary crystallization of normativity”;
- “international” identifies normative authority, that determines subject of international lawmaking and emphasizes on its unlimited character (in comparison with domestic analogue)<sup>9</sup>.

As can be seen from the information analyzed above, international lawmaking is fundamentally multifaceted concept. With an aim to make profound theoretical evaluation, following **conclusions** should be made. Essentially, there is some methodological confusion regarding the notion of international lawmaking. Foreign legal tradition makes no distinction between lawmaking and other related processes. This creates additional theoretical debates among scholars about the relevance of international lawmaking as a full-fledged process aimed at developing Law in its objective meaning. International lawmaking controversy based primarily on arguments whether or not this concept is relevant for modern international community. Beyond all doubts, national laws, international jurisprudence and doctrine are in agreement that international lawmaking establishes the appropriate framework and criteria for States and different institutions to become principal actors on the world scene. All this is done in order to comply with main obligation – promotion and protection of human rights. Within this intensely regulatory global framework, it is necessary to suggest author’s own vision of “**constitutional attributes**” inherent in theoretical construction of international lawmaking:

- complex intellectual and multileveled process of communication, which is supported simultaneously by international and national authority and different levels of governance;
- is based on the principle of the Rule of Law, according to which all subjects of international law are equal in their will to ensure the national interest as well as are bound by universally acknowledged rules of conduct;
- provides for the international legal personality; is carried out by authorized subjects;
- has various aspects of normativity; in this context, we are talking about different degrees of normativity and divergent legal regimes;

– has no distinct limits on the creation of law; this is probably could be linked to particular law traditions, functioning at international level;  
– as one of the form of multilateral cooperation, takes place within certain legal procedures;  
– depending on various types, has a wide range of outputs – legal instruments that has different legal status, intended use and objective; as a result, many types of this process should be identified: formal (traditional) and informal, consensual and non-consensual, aimed at harmonization of domestic rules worldwide or regulating a concrete situation etc.

Hence, it follows that international lawmaking should be defined as *based on the Rule of Law principle complex intellectual and multileveled process of communication between authorized subjects that takes place within certain legal procedure and focuses on materialization of the global community needs in particular legal instrument which constitute appropriate conditions for international institutions practices related to the fostering of social and economic development.*

**Prospects for the further scientific research.** There is an urgent need in *unification* and *systematization* of current knowledge regarding the structural elements of the international lawmaking and its stages (phases), “biodiversity” of actors of international lawmaking process; scientific classification of international lawmaking and a host of other scientifically important issues.

<sup>1</sup> Brölmann C. Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking / C. Brölmann, Y. Radi, 2016. – 512 p. – (Research Handbooks in International Law series). – P. 1.

<sup>2</sup> see, for example, Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law [Digital resource] // Report of the Study Group of the International Law Commission: Data access mode: [http://repositorio.cdpcd.net:8080/bitstream/handle/123456789/676/Inf\\_KoskeniemiM\\_FragmentationInternationalLaw\\_2006.pdf?sequence=1](http://repositorio.cdpcd.net:8080/bitstream/handle/123456789/676/Inf_KoskeniemiM_FragmentationInternationalLaw_2006.pdf?sequence=1)

<sup>3</sup> Guzman A. Against Consent [Digital resource] / Andrew Guzman // Virginia Journal of International Law, Vol. 52, No 4. – 2012. – Data access mode: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1862354](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1862354) – pp. 748–752.

<sup>4</sup> Levit J. K. Bottom-Up International Lawmaking: Reflections on the New Haven School of International Law [Digital resource] / Janet Koven Levit // Yale Journal of International Law. – Volume 32, Issue 2. – 2007. – Data access mode: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1301&context=yjil> – P. 396.

<sup>5</sup> Brölmann C. Ib. – pp. 3–7.

<sup>6</sup> Чаплук О. І. Міжнародна правотворчість як категорія [Електронний ресурс] / Оксана Іванівна Чаплук // Часопис Київського університету права. – № 4. – С. 96–101. – 2009. – Режим доступу: [http://kul.kiev.ua/images/chasop/2009\\_4/96.pdf](http://kul.kiev.ua/images/chasop/2009_4/96.pdf) – С. 99.

<sup>7</sup> Нігрєєва О. О. Правотворчість у міжнародному праві: до питання про визначення [Електронний ресурс] // Науковий вісник міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція. – № 6-3. – Т. 2. – 2013. – С. 157–160. – Режим доступу: <http://www.vestnik-pravo.mgu.od.ua/archive/juspradenc6-3-2/40.pdf> – С. 158.

<sup>8</sup> Reisman W. M. International Law-making: A Process of Communication [Digital resource] / W. Michael Reisman // Yale Law School Faculty Scholarship. – Faculty Scholarship Series. Paper 713. – P. 101–120. – 1981. – Data access mode: [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1719&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1719&context=fss_papers) – P. 101.

<sup>9</sup> Brölmann C. Ib. – P. 2.

#### Резюме

**Ремінська Ю. Ю.** Деякі методологічні зауваги відносно концепції міжнародної правотворчості (за межами теоретичного розуміння).

Стаття присвячена характеристичі міжнародної правотворчості в рамках спеціальної теоретико-правової методології. Особливо наголошується на необхідності відрізнити правотворчість від інших, схожих за своєю правовою природою, процесів. Враховуючи це, автор пропонує новий підхід до вирішення вищеозначеної проблеми. З-поміж іншого, ключовими питаннями, розглянутими в поточному дослідженні є: доцільність існування правотворчості на міжнародному рівні та найбільш оптимальний підхід до визначення поняття, що позначає цей процес. Зроблено висновок, що міжнародна правотворча діяльність за своєю природою є явищем комплексним та багатограним. Маючи у своєму складі особливі «конститутивні ознаки», міжнародна правотворчість уявляє собою складний інтелектуальний та різновекторний комунікативний процес, спрямований на якісне вдосконалення існуючої суспільної відносини за допомогою правової норми.

**Ключові слова:** правотворчість, міжнародна правотворчість, правоутворення, законотворчість, нормотворчість, теорія узгодження воля, норми міжнародного права, концепція національного інтересу, теорія державного інтересу.

#### Резюме

**Реминская Ю. Ю.** Некоторые методологические замечания относительно концепции международного правотворчества (за пределами теоретического понимания).

Статья посвящена характеристике международного правотворчества в рамках специальной теоретико-правовой методологии. Особенно подчеркивается необходимость отличать правотворчество от других подобных процессов. Учитывая это, автор предлагает новый подход к решению вышеуказанной проблемы. Среди прочего, ключевыми вопросами, рассмотренными в текущем исследовании являются: целесообразность существования правотворчества на международном уровне и наиболее оптимальный подход к определению понятия, обозначающего этот процесс. Сделан вывод о том, что международная правотворческая деятельность по своей природе является комплексным и многогранным явлением. Владея особыми «конститутивными признаками», международное правотворчество представляет собой сложный интеллектуальный и разновекторный коммуникативный процесс, направленный на качественное совершенствование существующих общественных отношений с помощью правовой нормы.

**Ключевые слова:** правотворчество, международное правотворчество, правообразование, законотворчество, нормотворчество, теория согласования волей, нормы международного права, концепция национального интереса, теория государственного интереса.

### Summary

**Remins'ka Yu. Some methodological remarks regarding the concept of international law-making (outside theoretical perspective).**

The article gives theoretical description of international lawmaking within special methodological grounds. Special emphasis is placed on the need to distinguish lawmaking from other resembling processes. In this vein, the author suggests a new approach to the solution of the abovementioned problem. Additionally, the main issues addressed in this article are: purposefulness of international lawmaking and most palatable approach to its definition. It is concluded that international lawmaking is basically complex and multifaceted legal phenomenon. Sharing distinct "constitutional attributes", international lawmaking can be represented as complex intellectual and multileveled process of communication aimed at qualitative improvement of current public relations by means of legal norms.

**Key words:** lawmaking, international lawmaking, law formation, legislative drafting, rulemaking legal techniques, consent based theory, rules of international law, concept national interest prevalence, state interest-based theory.

УДК 331.105.44:342.734](477)(045)

**В. В. СОЛОМІНЧУК**

*Вікторія Володимирівна Соломінчук, аспірант  
Національного педагогічного університету імені  
М. П. Драгоманова*

## ПРОФЕСІЙНІ СПІЛКИ В СИСТЕМІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА

Історія засвідчує, що успіх демократичних перетворень знаходиться в прямій залежності від розвиненості інституту захисту прав і свобод людини і громадянина, які є основоположною цінністю правової, демократичної, соціальної держави. Відповідно до ч. 2 ст. 3 Конституції України права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави.

Саме з додержанням та належною реалізацією гарантованих Конституцією України прав і свобод людини і громадянина безпосередньо пов'язаний процес розбудови демократичної правової держави в Україні<sup>1</sup>. Тому забезпечення здійснення, охорони та захисту основних прав людини є одним із вихідних положень сучасної загальної теорії правової держави<sup>2</sup>.

Дослідженню механізмів захисту прав та різним аспектам правозахисної діяльності значну увагу приділяли такі вчені, як В. Бабкін, О. Бандурка, К. Волинка, Б. Андрусишин, Н. Оніщенко, Н. Пархоменко, О. Огородник, В. Погорілко, М. Рогозін, В. Сіренко, О. Скакун, Г. Стадник, П. Рабінович, Т. Пашук та інші.

Конституція України визначає систему органів та посадових осіб різних рівнів, які повинні захищати права і свободи людини і громадянина. Це, зокрема, Президент України, Верховна Рада, Кабінет Міністрів України, місцеві державні адміністрації, Конституційний Суд України, суди загальної юрисдикції та спеціалізовані суди, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, прокуратура, інші правоохоронні органи нашої країни.

У теорії держави і права, як правило, акцентується увага на правозахисній діяльності державних органів, адвокатури, юридичних клінік, омбудсмена. Разом із тим у механізмі захисту прав людини особливе місце посідають також інші інституції, зокрема, професійні спілки.

Роль інститутів громадянського суспільства в системі захисту прав людини визначається їхніми завданнями, функціями, результатами діяльності. Тому для розуміння ролі професійних спілок у системі захисту прав людини необхідно здійснити аналіз їхніх функцій, методів та форм роботи.

У загальному значенні «функція» означає виконання, здійснення, а також діяльність, обов'язок, призначення, роль – саме так це слово звучить у перекладі з латинської *functio*. Функції профспілок досліджувало багато науковців, зокрема, радянські учені І. Снігирьова, Н. Єфремова, В. Догадов і сучасні Г. Чанишева, Б. Андрусишин, О. Процевський, В. Нікіфоров, К. Двірна, Г. Стоян та інші.

О. Процевський класифікував функції профспілок на виробничо-економічну, захисну, культурно-виховну, нормативну та організаційну<sup>3</sup>. В. Догадов виділяв такі функції профспілок: представництво інтересів трудящих, участь в організації та регулюванні народного господарства, участь в адміністративній діяльності негосподарських державних органів<sup>4</sup>. Н. Єфремова основними функціями профспілок вважала школу управління, школу господарювання, школу комунізму, функцію з представництва та захисту інтересів працівників<sup>5</sup>.

Зважаючи на правову природу радянських профспілок, видається логічним надання радянськими вченими переваги таким функціям, як: залучення працівників до управління виробництвом, сприяння підви-

щенню трудової дисципліни, функції міжнародної солідарності. Захисну ж функцію радянські учені – дослідники профспілок, як правило, або не визнавали пріоритетною, або не виділяли взагалі, називаючи її представництвом інтересів трудящих, турботою про працюючих тощо.

Сьогодні ж все більше учених говорять про захист прав та інтересів як про основний напрям діяльності профспілок. Такої думки дотримуються Б. Андрусишин, Г. Стоян, Ф. Цесарський, А. Шемяков, В. Цвих, Т. Ляшенко, В. Андріїв та інші. Така позиція є результатом поступового визнання захисту прав, свобод і законних інтересів людини і громадянина пріоритетом діяльності всіх суспільних інститутів, переосмисленням правової природи профспілок, відмовою від виконання функцій, притаманних радянським профспілкам як частині державного апарату.

Примітно, що й серед радянських вчених також були ті, які на перший план виводили правозахисну функцію. Так, І. Снігірєва наголошувала на тому, що профспілки покликані слугувати додатковим суспільним гарантом прав та інтересів працівників та суспільства<sup>6</sup>. На тому, що правозахисна робота є одним із основних напрямів діяльності профспілок, наголошували також В. Чибісов<sup>7</sup>, Н. Александров<sup>8</sup>, А. Цепін<sup>9</sup> та інші. Це пояснюється тим, що, незважаючи на жорсткий контроль однієї партії над всіма громадськими організаціями, у тому числі профспілками, останні формально залишалися правозахисною організацією. Тому у ході дослідження правозахисної діяльності сучасних профспілок важливо не видати за дійсність імітацію такої діяльності.

Соціально-правова держава повинна не лише проголошувати права і свободи людини, а й безпосередньо впливати на їх здійснення – забезпечувати, охороняти та захищати їх<sup>10</sup>.

На жаль, сьогодні державою не створено можливості для забезпечення достатнього життєвого рівня та належного соціального захисту громадян. Необхідно зазначити, що левову частку відповідальності за стан реалізації соціально-економічних прав, а відтак і за розвиток соціальної держави, несуть і профспілки.

Громадяни України часто внаслідок правової неосвіченості неспроможні самостійно захистити свої соціально-економічні права, а рівень їх доходів не дає змоги звернутися за кваліфікованою допомогою до приватних юридичних компаній. Такий стан речей актуалізує правозахисну діяльність професійних спілок.

Оскільки діяльність профспілок нерозривно пов'язана з дотриманням прав людини, як правило, найбільш високий рівень профспілкової активності існує в демократичних, правових, соціально орієнтованих суспільствах<sup>11</sup>. Простежується чіткий взаємозв'язок між станом розвитку соціально-правової держави та ефективністю правозахисної роботи профспілок: де існують сильні, дієздатні профспілки, які результативно здійснюють захист прав та інтересів спільчан, там високий рівень реалізації громадянами своїх прав, зокрема трудових та соціально-економічних. Для становлення й розвитку правової держави важливо підтримувати профспілки та сприяти їх діяльності, оскільки вони містять значний правозахисний потенціал. Профспілки ж, в свою чергу, заінтересовані та безпосередньо беруть участь у розбудові соціально-правової держави, оскільки завдяки цьому досягаються дві важливі мети: по-перше, це сприяє самій діяльності профспілок, адже соціально-правова держава не лише сама забезпечує, охороняє та захищає права людини, а й створює необхідні умови для захисту прав людини громадськими організаціями, по-друге, цей процес сприяє задоволенню інтересів членів профспілки, оскільки соціально-правова держава покликана забезпечувати права людини. Таким чином, рівень сприяння державою у здійсненні профспілками правозахисної діяльності є певним індикатором демократичності держави.

Разом із правозахисною в науковій літературі згадується також представницька функція профспілок, адже відповідно до ст. 2 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» професійні спілки створюються з метою здійснення представництва й захисту трудових, соціально-економічних прав та інтересів членів профспілки.

Разом із тим вчені, які досліджують функції профспілок, не єдині у поглядах на те, чи є представницька функція самостійною функцією профспілок. Ю. Щотова вважає, що представництво є однією з форм реалізації профспілками захисної функції<sup>12</sup>. Ф. Цесарський, відстоюючи таку ж позицію, обґрунтовує її тим, що представницька функція створює належні передумови для реалізації захисної функції<sup>13</sup>. М. Чабаненко також дотримується думки, що захисна функція є основною функцією профспілок, а представництво має допоміжний, забезпечувальний характер щодо функції захисту<sup>14</sup>. Г. Чанишева вважає, що представництво і захист не можна ототожнювати, оскільки вони є різними за своїм юридичним змістом правовими категоріями. Учена переконана, що «представництво, на відміну від захисту, не може розглядатися як запобігання порушенню прав та законних інтересів працівників, поновлення вже порушених прав та притягнення до відповідальності їх порушників»<sup>15</sup>.

Поділяючи в цілому позицію Г. Чанишевої щодо того, що представництво та захист не можна ототожнювати, все ж не можемо погодитися з тим, що вони є різними за своїм юридичним змістом правовими категоріями. Представництво та захист нерозривно пов'язані між собою, метою представництва може бути лише захист прав та інтересів. У зв'язку з цим, на нашу думку, більш правильною є позиція, за якою представництво є однією із форм правозахисної діяльності. Поряд з представницькою – правотворча та правоосвітня діяльність профспілок, здійснення громадського контролю, надання консультаційної правової допомоги. Варто зазначити, що названі вище види діяльності профспілок є тією чи іншою мірою проявом їх правозахисної діяльності. Таким чином, можна говорити про те, що правозахисна функція є визначальною, ключовою функцією профспілок. Саме вона обумовлює їхню участь у розбудові соціально-правової держави, адже забезпечення реалізації прав людини – основна мета правової держави, а забезпечення соціально-трудова прав – основна мета соціальної держави.



Аналізуючи роль профспілок у системі захисту прав людини, необхідно дослідити сам характер такого захисту.

У теорії держави і права «захист прав» використовується як у вузькому, так і в широкому значенні. У вузькому значенні право на захист розуміється як діяльність, спрямована на поновлення порушених прав. Є. Білозьоров розглядає право на захист як суб'єктивне право людини на відновлення порушених прав і свобод, яке включає можливість людини вдаватися до примусу держави в разі порушення її прав, може бути реалізоване як за допомогою самозахисту, так і за допомогою звернення до відповідних органів та організацій<sup>16</sup>. Саме із відновленням порушеного права поняття захисту пов'язують і О. Скакун<sup>17</sup> та Л. Кожура<sup>18</sup>.

Діяльність же, спрямовану на попередження порушення права, більшість учених, як правило, називають правоохоронною. З огляду на таке розуміння понять «захист» та «охорона», окремі науковці (О. Бандурка, С. Лихова) відносять професійні спілки до системи правоохоронних органів<sup>19</sup>.

Окрему групу учених становлять дослідники, які розглядають «захист» у широкому розумінні. І. Дір вважає, що захист – це не тільки діяльність з відновлення порушення громадянських прав людини в Україні (правовідновлювальний аспект), а й також діяльність, спрямована на забезпечення належної реалізації (правозабезпечувальний аспект) та запобігання порушенню громадянських прав людини (превентивний аспект)<sup>20</sup>.

О. Соколенко, характеризуючи захист прав громадян як ознаку та основну функцію правової держави, виокремлює напрями такого захисту: попередження порушення прав громадян, а також підтвердження чи відновлення оскаржуваних чи порушених прав, контроль і нагляд за дотриманням прав громадян<sup>21</sup>.

Т. Пашук за змістом (напрямом) соціальної функції у захисті права людини у правозахисній діяльності вирізняє: попереджувальну, припиняючу (присікальну), відновлювальну<sup>22</sup>.

В. Цвих зауважує, що захист, який зводиться лише до корегування неправильно прийнятих заходів, що призвели до утиску прав та інтересів, носить відновлюваний, а тому запізнілий характер. Вчений вважає, що захист слід тлумачити ширше, включаючи до нього процеси зародження, формування, розвитку, стабілізації та згасання потреб, інтересів і прав. Це передбачає здійснення захисту не після того, як вчинено дії, що утискують права та інтереси людей, а до їх здійснення. З огляду на це, на думку В. Цвиха, правильніше захист визначати як «дії, спрямовані на припинення або недопущення порушення прав та інтересів людей»<sup>23</sup>.

І. Чумаченко<sup>24</sup>, Ф. Цесарський<sup>25</sup>, М. Чабаненко<sup>26</sup> у широкому розумінні підходять до визначення поняття правозахисної функції та вважають, що вона охоплює собою як відновлення вже порушених прав, так і попередження порушень прав працівників.

При цьому О. Лисяк до правозахисної діяльності профспілок відносить також діяльність, спрямовану на притягнення до відповідальності посадових осіб, які порушують трудове законодавство<sup>27</sup>.

Частково погоджуючись із вищевказаними авторами, вважаємо, що таке широке тлумачення поняття правозахисної діяльності профспілок є виправданим та пов'язаним із широкими повноваженнями, які надаються профспілкам для виконання мети їхньої діяльності – захисту трудових, соціально-економічних прав та інтересів членів профспілки, у тому числі й щодо попередження порушень прав працівників.

На нашу думку, у Законі «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» закладено розуміння діяльності щодо захисту прав та інтересів саме в широкому значенні, як діяльності, спрямованої на забезпечення реалізації прав і свобод людини і громадянина, захисту цих прав і свобод, їх відновлення у разі порушення, притягнення до відповідальності посадових осіб, які порушують трудове законодавство. Разом із тим у теорії держави і права таку діяльність, як правило, називають забезпеченням прав. Так, К. Волинка зазначає, що діяльність із забезпечення прав та свобод особи включає дії, спрямовані на перетворення закріплених у законі прав і свобод на дійсність (забезпечення реалізації прав і свобод), забезпечення правової охорони, а також захисту прав і свобод особи<sup>28</sup>. Зважаючи на це у ст. 2 Закону України «Про профспілки, їх права та гарантії діяльності» слова «представництва та захисту» варто змінити на «забезпечення».

Т. Пашук підкреслює, що діяльність, спрямована на захист прав людини, може бути правозахисною (наприклад, судовий захист, використання оперативних санкцій), а може бути квазіправозахисною (вона не може самостійно забезпечити захист права, наприклад, діяльність громадських організацій).

Поняття «квазіправозахисна діяльність» не може бути застосоване до профспілок. Як відомо, префікс «квазі» означає «начебто», «уявний». На нашу думку, основним критерієм, який би дозволив віднести ту чи іншу діяльність до правозахисної, є досягнення (або ж намагання досягнути) результату – відновлення порушених прав, визнання оспорюваних прав, попередження порушення прав.

Наприклад, у випадку ініціативи роботодавця звільнити працівника у зв'язку із скороченням, прогулом, появою на роботі в нетверезому стані, якщо заплановане звільнення не відповідає трудовому законодавству, прийняття профспілковим органом підприємства, установи, організації обґрунтованого рішення про ненадання згоди на розірвання трудового договору може вплинути на реалізацію права працівника на працю.

У разі порушення роботодавцями, їх об'єднаннями, органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування умов колективних договорів чи угод, чим порушуються права спілчан, профспілки, їх об'єднання направляють цим суб'єктам подання про усунення зазначених порушень, яке розглядається в тижневий термін. Якщо після надходження подання порушення усунуто, результатом дій профспілки є відновлення порушених прав у досудовому порядку. Якщо ж роботодавці, їх об'єднання, органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування відмовляються усунути порушення умов колективних договорів чи угод, профспілки можуть оскаржити неправомірні дії або бездіяльність посадових осіб у судовому порядку. На реалізацію прав громадян впливають також дії профспілок як учасників колективних трудових спорів, внаслідок вирі-

шення яких у багатьох випадках поновлюються права працівників. Завдяки організації протестних акцій здебільшого вдається не допустити прийняття норм, спрямованих на звуження прав та гарантій громадян.

Ці приклади переконливо свідчать про здатність профспілок виконувати функцію захисту прав людини. Тому таку діяльність не можна назвати квазіправозахисною. Хоча при цьому варто зазначити, що профспілки не мають компетенції щодо прийняття обов'язкових рішень з можливістю застосування державного примусу, ця діяльність є громадською формою захисту прав та інтересів.

Якщо ж говорити про форми здійснення правозахисної функції, то, здійснивши аналіз повноважень профспілок, можна виділити основні з них:

а) надання юридичної допомоги (надання консультацій і роз'яснень з правових питань, складення заяв, скарг, процесуальних та інших документів правового характеру);

б) представництво інтересів громадян у державних органах, органах місцевого самоврядування, перед іншими особами;

в) представництво інтересів громадян у колегіальних органах (Національній тристоронній соціально-економічній раді, громадських радах при центральному та місцевих органах виконавчої влади, комісіях із соціального страхування тощо);

г) представництво інтересів у судах;

г) участь у соціальному діалозі (укладання Галузевої угоди, регіональних галузевих угод і колективних договорів, здійснення контролю за їх виконанням);

д) участь у вирішенні колективних трудових спорів, у тому числі організація страйків;

е) здійснення громадського контролю;

є) організація різноманітних протестних акцій (пікетування, мітингів, зборів з метою захисту прав і інтересів працівників, пенсіонерів, студентів);

ж) участь у правотворчому процесі з питань формування та реалізації державної соціальної і економічної політики, регулювання трудових, соціальних, економічних відносин щодо недопущення прийняття нормативно-правових документів, які стосуються звуження прав та інтересів громадян;

з) направлення звернень до органів виконавчої та законодавчої влади, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини.

Здійснення профспілками впливу на суспільні відносини у сфері забезпечення прав людини і громадянина визначає їхнє призначення та роль у суспільстві. Таким чином, профспілки є одним із інституційних елементів у системі забезпечення прав людини і громадянина, який сприяє виконанню державою її правозахисної функції.

<sup>1</sup> Андрусишин Б. І. Права і свободи людини в «умовах ризиків інформаційного суспільства» / Б. І. Андрусишин // Дев'ять юридичні читання: Політико-правова реформа в Україні, історія, сучасність, перспективи: матеріали Міжнародної наук. конф., 24–25 трав. 2013 р. – К.: Вид-во НПУ імені М. П. Драгоманова, 2013. – С. 12–16. – С. 12.

<sup>2</sup> Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави: навч. посіб. 9-е вид., зі змінами / П. М. Рабінович. – Л.: Край, 2007. – 192 с. – С. 30.

<sup>3</sup> Советское трудовое право: учеб. / под ред. А. И. Процевского. – К.: Вища школа, 1981. – 360 с. – С. 58.

<sup>4</sup> Догадов В. М. Правовое положение профессиональных союзов в СССР. Очерки профсоюзного права / В. М. Догадов. – М.-Л.: ГИЗ, 1928. – 176 с. – С. 26.

<sup>5</sup> Ефремова Н. И. Возрастание роли профсоюзов на современном этапе коммунистического строительства и их основные функции / Н. И. Ефремова // Советские профсоюзы. – 1976. – № 1. – С. 32–35. – С. 32.

<sup>6</sup> Снигирева И. О. Профсоюзы как субъекты советского трудового права: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / И. О. Снигирева. – М., 1988. – С. 5.

<sup>7</sup> Чибисов В. А. Правовые аспекты реализации защитной функции советских профсоюзов: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.05 / В. А. Чибисов. – М., 1975. – С. 34.

<sup>8</sup> Александров Н. Г. Защита законных интересов трудящихся – одна из основных задач советских профсоюзов / Н. Г. Александров // Советские профсоюзы. – 1972. – № 3. – С. 32–36. – С. 32.

<sup>9</sup> Цепин А. И. Функции советских профсоюзов в развитом социалистическом обществе / А. И. Цепин // Советское государство и право. – 1977. – № 7. – С. 20–28. – С. 21.

<sup>10</sup> Порівняльне правознавство (правові системи світу): моногр. / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К.: Парламентське вид-во, 2008. – 488 с. – С. 90.

<sup>11</sup> Веприцький Р. С. Правове регулювання захисту соціально-економічних прав людини в сфері праці: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05 / Р. С. Веприцький; Харк. нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2008. 19 с.

<sup>12</sup> Щотова Ю. М. Поняття представництва професійною спілкою інтересів працівників при реалізації ними права на звернення за захистом / Ю. М. Щотова. – С. 188–192. – С. 188.

<sup>13</sup> Цесарський Ф. А. Захисна функція профспілок, форми її реалізації: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.05 / Ф. А. Цесарський. – Х., 2004. – 21 с. – С. 5.

<sup>14</sup> Чабаненко М. М. До поняття захисної функції професійних спілок / М. М. Чабаненко // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2014. – № 4. – С. 166–172. – С. 170: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvdduvs\\_2014\\_4\\_23](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvdduvs_2014_4_23)

<sup>15</sup> Чанишева Г. І. Основні функції профспілок в умовах ринкової економіки / Г. І. Чанишева // Актуальні проблеми держави і права. – 2008. – Вип. 37. – С. 17–24: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdr\\_2008\\_37\\_4](http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdr_2008_37_4)

<sup>16</sup> Білозьоров С. В. Правові гарантії захисту прав і свобод людини в Україні: реалії та проблеми / С. В. Білозьоров // Адвокат. – 2009. – № 8. – С. 26–30: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/adv\\_2009\\_8\\_5](http://nbuv.gov.ua/UJRN/adv_2009_8_5)

<sup>17</sup> Скакун О. Ф. Теория государства и права: учеб. / О. Ф. Скакун. – Х.: Консум, 2000. – 704 с. – С. 138.

<sup>18</sup> Кожура Л. О. Адміністративно-правовий захист та охорона: поняття та співвідношення / Л. О. Кожура // Науковий Вісник Ужгородського національного університету. – 2015. – Вип. 35. – Т. 2. – С. 119–122. – (Серія «Право») : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.visnyk-juris.uzhnu.uz.ua/file/No.35/part\\_2/31.pdf](http://www.visnyk-juris.uzhnu.uz.ua/file/No.35/part_2/31.pdf)

<sup>19</sup> Копетюк М. Нормативно-правові аспекти визначення поняття правоохоронного органу й правоохоронної діяльності / М. Копетюк // Історико-правовий часопис. – 2013. – № 1. – С. 134–138 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/ipch\\_2013\\_1\\_30.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/ipch_2013_1_30.pdf)

<sup>20</sup> Дір І. Ю. Захист громадянських прав людини в Україні у рамках Ради Європи : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / І. Ю. Дір; Ін-т законодавства ВР України. – К., 2010. – 20 с. – С. 6.

<sup>21</sup> Соколенко О. Л. Захист прав громадян як основна функція правової держави / О. Л. Соколенко // Часопис Київського університету права. – 2013. – № 2. – С. 118–121. – С. 119.

<sup>22</sup> Пашук Т. І. Право людини на ефективний державний захист її прав та свобод: автореф. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень» / Т. І. Пашук ; Львівський національний університет ім. І. Франка. – Л., 2006. – 17 с. – С. 12.

<sup>23</sup> Цвих В. Ф. Профспілки у громадянському суспільстві: теорія, методологія, практика: моногр. / В. Ф. Цвих. – К.: ВПЦ «Київський університет», 2002. – 376 с. – С. 184–185.

<sup>24</sup> Чумаченко І. М. Поняття і класифікація функцій профспілок у сучасних умовах ринкової економіки / І. М. Чумаченко // Вісник Запорізьк. юридичного інституту. – 2004. – № 2. – С. 72–79. – С. 75.

<sup>25</sup> Цесарський Ф. А. Вказана праця. – С. 7–15.

<sup>26</sup> Чабаненко М. М. До поняття захисної функції професійних спілок / М. М. Чабаненко // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2014. – № 4. – С. 166–172. – С. 170 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvdduvs\\_2014\\_4\\_23](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvdduvs_2014_4_23)

<sup>27</sup> Лисяк О. І. Правові форми участі профспілок у регулюванні трудових відносин: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.05 / О. І. Лисяк. – Х., 2004. – 20 с. – С. 6, 7.

<sup>28</sup> Волинка К. Г. Механізм забезпечення прав і свобод особи: питання теорії і практики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / К. Г. Волинка ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2000. – 16 с. – С. 5.

#### Резюме

##### **Соломінчук В. В. Професійні спілки в системі забезпечення прав людини і громадянина.**

У статті здійснено аналіз правозахисної функції профспілок, ролі професійних спілок у системі захисту прав людини, взаємозв'язок стану їхньої правозахисної діяльності з рівнем розвитку соціально-правової держави.

**Ключові слова:** захист прав та інтересів, правозахисна діяльність, демократична, соціально-правова держава, професійні спілки.

#### Резюме

##### **Соломінчук В. В. Профессиональные союзы в системе обеспечения прав человека и гражданина.**

В статье осуществлен анализ правозащитной функции профсоюзов, роли профессиональных союзов в системе защиты прав человека, взаимосвязь состояния их правозащитной деятельности с уровнем развития социально-правового государства.

**Ключевые слова:** защита прав и интересов, правозащитная деятельность, демократическое, социально-правовое государство, профессиональные союзы.

#### Summary

##### **Solominchuk V. The trade unions in Human Rights Protection System.**

The article analyzes the human rights functions of trade unions, the role of trade unions in the system of human rights protection, the relationship status of their advocacy with the level of social and legal state.

**Key words:** protection of rights and interests, advocacy, democratic, social and legal state, trade unions.

УДК 342.565:341.3[430:438]"1939/1945"

**Л. М. ТРЕПАК**

*Леся Михайлівна Трепак, здобувач Львівського національного університету імені Івана Франка*

## **УТВОРЕННЯ ТА СТРУКТУРА НІМЕЦЬКИХ СПЕЦІАЛЬНИХ СУДІВ І ПРОКУРАТУРИ В ПОЛЬСЬКОМУ ГЕНЕРАЛЬНОМУ ГУБЕРНАТОРСТВІ У РОКИ ДРУГОЇ СВІТОВОЇ ВІЙНИ**

Другова Світова війна розпочалась нападом III Рейху на Польщу 1 вересня 1939 року. Передумовою початку війни стало підписання німецько-радянського договору про ненапад 23 серпня 1939 р., що отримав назву «Пакт Молотова – Ріббентропа». Окрім договору, було підписано таємний протокол про розподіл сфер впливу у Центрально-Східній Європі між гітлерівською Німеччиною та сталінським Радянським Союзом<sup>1</sup>.

Наявність таємного протоколу відкидалась Радянським Союзом тривалий час, і тільки у 1989 р. його визнав перший президент Радянського Союзу Михайло Горбачов, опублікувавши його текст у радянській пресі.

Німецькі війська, володіючи значною перевагою у військовій техніці та людських ресурсах, незважаючи на опір польської армії, у складі якої перебувало понад 200 тис. українців, швидко просувалася у глибину польської території. Виконуючи зобов'язання, взяті під час підписання «пакту Молотова – Ріббентропа», 17 вересня 1939 р. війська Червоної Армії перейшли радянсько-польський кордон і, не зустрічаючи значного опору, зайняли територію Західної України та Західної Білорусії<sup>2</sup>. Цьому передувала нота польському послу у Москві 17 вересня 1939 р., у якій говорилось: «Польська держава фактично перестала існувати і радянський уряд змушений взяти під захист території Західної України та Західної Білорусії». На початку жовтня 1939 р. майже повністю було ліквідовано опір польської армії. У результаті військових дій загинуло близько 70 тис. польських солдатів та офіцерів, десятки тисяч було поранено. У радянський та німецький полон потрапило понад 500 тис. польських солдатів і офіцерів<sup>3</sup>. 28 вересня 1939 р. було підписано новий радянсько-німецький договір про дружбу і кордони, де остаточно було встановлено німецько-радянський кордон по річках Нарва – Буг – Сян<sup>4</sup>. Доля захоплених у полон польських офіцерів і заарештованих органами НКВС у Західній Україні та Західній Білорусії працівників поліції, жандармів, суддів, державних чиновників були трагічною. Їх розстріляно радянськими каральними органами у Катині, Козельську, Старобельську, Осташкові, Харкові та інших концтаборах і тюрмах. Їх загальна кількість становила понад 22 тис. осіб.

На окупованих польських землях розпочалася політика репресій та масового знищення мирного населення. На основі декрету нацистського диктатора Адольфа Гітлера від 8 жовтня 1939 р. «Про організацію адміністрації східних територій, приєднаних до Рейху» до Німеччини було приєднано місто Гданськ, Помор'я, Познаньщина, Сілезія, частини Лодзького, Варшавського та Краківського воєводств. Інші польські землі увійшли на основі декрету від 12 жовтня 1939 р. «Про адміністрацію окупованих земель» до Польського Генерального Губернаторства. Генеральним Губернатором було призначено члена німецького уряду, колишнього адвоката Ганса Франка. Структурно Польське Генеральне Губернаторство поділилось на чотири дистрикти: краківський, радомський, варшавський і люблінський<sup>5</sup>.

Після початку радянсько-німецької війни 22 червня 1941 р. та захоплення українських земель територія Східної Галичини (Львівська, Тернопільська, Станіславська (Івано-Франківська) та Дрогобицька області) були включені до Польського Генерального Губернаторства у складі дистрикту Галичини, на основі постанов Гітлера від 17 та 22 липня 1941 року<sup>6</sup>.

Спеціальні суди стали одними з перших судових органів, які розпочали діяльність у Польському Генеральному губернаторстві. До юрисдикції спеціальних судів, що були знаряддям репресій проти місцевого населення, відносились виключно кримінальні справи. На основі розпорядження Польського генерального губернатора Ганса Франка від 15 листопада 1939 р. керівники дистриктів зобов'язувались усіма доступними засобами сприяти діяльності спеціальних судів<sup>7</sup>. За встановленими у гітлерівській Німеччині правилами спеціальні суди на окупованих територіях могли розпочинати свою роботу, якщо у місті функціонували органи влади. Першими були створені спеціальні суди у Кракові та Радомі. Для Варшавського і Люблінського дистриктів було створено спеціальний суд у Варшаві. Пізніше було утворено окремі спеціальні суди для люблінського дистрикту. Утворені в часи військового правління спеціальні суди в Пьорткові, Ченстохові і Кельцях втратили статус окремих судів і стали відділеннями спеціального суду у Радомі<sup>8</sup>. Також були створені відділення від спеціального суду краківського дистрикту в Жешуві та в Замості – від спеціального суду люблінського дистрикту. Відділення спеціального суду у Замості було створено у 1940 році<sup>9</sup>. Спеціальні та інші суди на території люблінського дистрикту створювались дещо пізніше, що було пов'язано з планами передачі частини Люблінського дистрикту Радянському Союзу. Після підписання радянсько-німецького договору про дружбу і кордони від 28 вересня 1939 р. Люблінщина була зайнята військами німецького Вермахту. До кінця жовтня 1939 р., коли Люблінщиною управляла військова адміністрація, не було створено жодного командування збройних сил Німеччини німецького суду за винятком військових судів Вермахту. На підставі першого параграфу розпорядження генерального губернатора Ганса Франка від 15 листопада 1939 р. керівники дистриктів отримали право на реорганізацію спеціальних судів у межах дистрикту<sup>10</sup>.

Після закінчення Другої світової війни Ганс Франк був засуджений нюрнберзьким трибуналом як військовий злочинець до страти<sup>11</sup>.

Керівники дистриктів не могли втручатися у професійну діяльність судів. Аналогічно діяли органи прокуратури при спеціальних судах. Зміни в структурі спеціальних судів Люблінського дистрикту відбулися навесні 1941 р., коли спеціальний суд у Замості було перенесено до Холма<sup>12</sup>. До юрисдикції спеціального суду в Холмі відносились повіти Холм, Замостя, Білгорай, Грубешів, де більшість населення становили українці. Інші території відносились до юрисдикції спеціального суду у Любліні. Усі судові справи було передано від спеціального суду у Замості до суду у Холмі.

Наступна суттєва зміна у територіальній структурі спеціальних судів польського генерального губернаторства відбулась після початку радянсько-німецької війни 22 червня 1941 р. і захоплення нацистською Німеччиною частини території Радянського Союзу та створення на українських етнічних землях дистрикту Галичина. Після створення дистрикту Галичина було організовано управління спеціальних судів у Тернополі, Львові та Станіславі (Івано-Франківськ). Окрім судочинства ці управління виконували функції німецьких судів та займалися адміністративними справами, які на окупованих польських, чеських та інших окупованих фашистською Німеччиною територіях виконували вищі німецькі суди. До юрисдикції спеціального суду у

Львові відносились території Дрогобицького, Стрийського, Самбірського, Кам'янка-Бузького, Рава-Руського та Судово-Вишнянського бецірків<sup>13</sup>. До юрисдикції спеціального суду у Станіславі відносились Станіслав і Станіславський район, Калуський та Городенківський райони. До окружного суду у Тернополі – Тернопіль і Тернопільський район, Золочівський, Бережанський та Чортківський райони. Найбільшим за обсягом був округ спеціального суду у Львові<sup>14</sup>. Ця диспропорція виявилась ще більшою, коли за розпорядженням від 13 лютого 1942 р. міністр юстиції III Рейху Вілле передав Золочівський судовий район у відання спеціального суду у Львові, було вилучено з юрисдикції спеціального суду у Тернополі. На основі даного розпорядження Золочівський район передано до юрисдикції спеціального суду у Львові. Цього ж дня іншим розпорядженням міністра юстиції III Рейху усі судові справи з Золочівського району були передані до повноважень Львівського спеціального суду<sup>15</sup>. Найбільшим за штатом у Польському Генерал-губернаторстві без врахування спеціальних судів, що були створені у дистрикті Галичина, був Краківський спеціальний суд. До складу спеціального суду у Кракові входили вісім суддів і 12 допоміжних працівників суду. В інших спеціалізованих судах кількість суддів та допоміжних працівників була меншою. Так, у штаті Варшавського спеціального суду було чотири судді та дев'ять допоміжних працівників, Ченстохові – три судді і дев'ять допоміжних працівників, Пьорткові – три судді і десять допоміжних працівників, Кельцях – три судді і дванадцять допоміжних працівників, Радомі – чотири судді і десять допоміжних працівників, Замості – чотири судді і дванадцять допоміжних працівників суду і у Жешові – чотири і одинадцять допоміжних працівників суду<sup>16</sup>.

У кожному конкретному випадку керівники спеціалізованих судів могли видавати розпорядження про розподіл судових справ між різними суддями підпорядкованих їм судів. Недостатня кількість суддів при розгляді судових справ призвела до спеціалізації суддів та створення судових палат. За встановленим міністерством юстиції III Рейху планом діяльності спеціальних судів на 1941 р. передбачалось створення судових палат у кількості трьох суддів. Головою палати міг стати суддя з досвідом роботи у ранзі судді апеляційного суду. Для кожної палати передбачався окремий секретаріат та три охоронці у званні старших секретарів юстиції, двох перекладачів і двох польських службовців, що брали участь у підготовці судового розгляду. На території дистрикту Галичини у складі допоміжного апарату суду були також українці. У складі спеціалізованого суду у Кракові було п'ять суддів німців та чотири службовці суду німецького походження. Після звернення голови краківського спеціального суду до міністра юстиції III Рейху штат суду було збільшено до шести осіб, що дало змогу створити дві палати у складі суду<sup>17</sup>. Після збільшення штату спеціального суду у Кракові до семи осіб у ньому працювало три секретарі судових засідань. Спільною для двох палат була канцелярія суду. При усіх спеціальних судах працювала німецька прокуратура (Anklagebehörde) та офіційний перекладач з польської та української мов. Спеціальні суди також виконували доручення вищих німецьких спеціалізованих та інших німецьких судів<sup>18</sup>. Спеціалізовані суди могли приймати рішення про передачу кримінальних справ польським, а з 1942 р. – ненімецьким для місцевого населення судам. До юрисдикції спеціальних судів відносились усі справи, що не входили до компетенції німецьких військових та поліцейських судів. Державне обвинувачення, як вже згадувалось, підтримували органи німецької прокуратури. У Польському Генеральному-губернаторстві не було створено системи органів прокуратури. Повноваження, які на території III Рейху виконували генеральний прокурор і міністр юстиції, у Генеральному губернаторстві їхні функції виконували керівники головного управління юстиції Генерального-губернаторства та керівники відділів юстиції у дистриктах. За планом створення судочинства в Польському Генеральному губернаторстві найбільший за кількістю штат працівників прокуратури був у краківському спеціальному суді. Він складався із одного віце (заступника) прокурора і 10 прокурорів та 30 допоміжних працівників прокуратури<sup>19</sup>. На другому місці за кількістю працівників прокуратури був спеціальний суд у Варшаві: один віце (заступник) прокурора, п'ять службовців прокуратури та 28 допоміжних працівників прокуратури. Не набагато меншим був штат працівників прокуратури при інших спеціальних судах. Зокрема, в спеціальних судах у Любліні та Радомі – по одному заступнику прокурора, шість працівників прокуратури та по 23 допоміжних працівників прокуратури.

Розподіл функцій у рамках окремих прокуратур та внутрішня структура не була однаковою. Вони відбувались шляхом видання окремих наказів для працівників прокуратури<sup>20</sup>. Так, було ліквідовано чотири відділи у структурі прокуратури при спеціальному суді в Пьорткові, які займалися розслідуванням кримінальних справ проти німців<sup>21</sup>. У менших містах кількість працівників прокуратури та допоміжного апарату були дещо меншими. Так, у Замостях – три прокуратури і дев'ять допоміжних працівників прокуратури, Жешові – п'ять прокурорів і 15 допоміжних працівників, Кельцях – два прокурори та 10 працівників, Пьорткові – чотири прокурори і 16 допоміжних працівників, Холмі – два прокурори та три допоміжних працівників тощо<sup>22</sup>. Робота прокуратури при спеціальних судах в Жешові будувалась за територіальним принципом. Так, у Жешові частина працівників прокуратури контролювала територію Лемківщини, що становило округи Сянок, Ясло та Красно, де основна маса населення складалась із українців. Інші частини прокуратури включали округи Жешів, Дембіца, Ярослав і Перемишель, де більшу частину населення також становили українці. Керівництво прокуратури знаходилось у Жешові. Керівник прокуратури в Жешові Найман у постанові від 7 листопада 1942 р. визначив принципи, на основі яких відбувалась заміна співробітників при хворобах, відпустках працівників та порядок складання звітів. Було прийнято ще цілий ряд постанов, що врегульовували кадрову політику у органах прокуратури в період німецької окупації<sup>23</sup>.

Після поразок німецької армії від Червоної Армії відбулися зміни у діяльності спеціальних судів та прокуратури. На основі розпорядження від 5 липня 1943 р. було проведено реорганізацію спеціальних судів у

Польському Генеральному губернаторстві, на основі чого спеціальні суди були об'єднані з німецькими судами. Внаслідок цього спеціальні суди перестали існувати як окремі суди і отримали назву «Суд спеціальний при суді німецькому». Німецька прокуратура згідно з рішенням від 1 серпня 1943 р. отримала назву «прокуратура німецька» (Deutsche Stadts anwaltschaft). Після реорганізації спеціальних судів вони були включені до структури німецьких судів і знаходились у великих містах Польського Генерального губернаторства: Львів, Краків Станіслав (Івано-Франківськ), Люблін, Варшава, Жешув, Тернопіль, Холм, Радом, Кельци, Пьорткув, Честохова. У вищезазначених містах знаходились органи німецької прокуратури, які перебували при німецьких судах. Вищі німецькі суди знаходились у центрах дистриктів у Варшаві, Кракові, Львові, Любліні та Радомі<sup>24</sup>.

Судові справи осіб німецького походження, які проживали на території Польського Генерального губернаторства, розглядали німецькі суди I інстанції та Вищі німецькі суди на підставі розпорядження міністра юстиції III Рейху від 19 лютого 1940 року. Структура німецьких судів на окупованих територіях, на відміну від німецьких територій, була значно спрощена<sup>25</sup>.

Німецькі суди в Польському генерал-губернаторстві здійснювали функції, які на німецьких територіях виконували місцеві суди (Amtsgericht) земельні суди (Landgericht) для місцевого населення. До судів II інстанції відносились Вищі німецькі суди і відповідні суди для місцевого ненімецького населення (Oberland gericht).

Фактично німецькі суди та вищі німецькі суди розпочали свою роботу вже в березні 1940 року. Урочисте відкриття німецького судочинства на території окупованих польських земель провів генеральний губернатор Ганс Франс 9 квітня 1940 р. у Кракові. Існуючі до часу створення німецьких судів спеціальні і загальні суди продовжували свої повноваження<sup>26</sup>.

Німецькі суди I інстанції були утворені в Кракові, Жешові, Любліні, Холмі, Радомі, Пьорткові, Варшаві. Після захоплення західноукраїнських земель та створення дистрикту Галичина такий суд було створено у Львові. У кожному дистрикті діяло по два німецькі суди<sup>27</sup>. Так, до юрисдикції німецького суду в Кракові відносились міський судовий округ Кракова, Тарнув, Новий Сонч та Новий Торг. До юрисдикції німецького суду в Жешові відносились округи Дембіца, Горлиця, Ясло, Перемишль, Жешув, Сянок, Стрижув, Тарнобжег та інші. Керівники дистриктів могли надавати судам право виносити судові рішення за межами території юрисдикції судів. Так, німецький суд в Пьорткові розглядав справи осіб, які проживали в Опочній, Радомі, Раві Мазовецькій, Томашов, Мазовацькім і Ченстохові. Суд німецький у Холмі поширював свою юрисдикцію на територію повіту Замостя, а спеціальний суд в Радомі – на повіт Опатів<sup>28</sup>. Особливу функцію виконував німецький суд у Кракові, який здійснював функції центрального суду Польського Генерального губернаторства і міг взяти до розгляду будь-яку справу німецьких судів генерального губернаторства.

Так, згідно з розпорядженням Генерального губернатора від 19 жовтня 1942 р. про врегулювання боргових справ німецький суд у Кракові міг розглядати справи боржників, що знаходились на території Генерального губернаторства або вчинили на його території правопорушення<sup>29</sup>.

До судів другої інстанції відносились німецькі суди, які знаходились у центрах дистриктів (Краків, Варшава, Львів, Радом, Люблін). Він, як правило, діяв у складі трьох суддів.

При Вищому німецькому суді у Варшаві знаходились патентне відомство та патентний суд у складі двох суддів.

Функції обвинувачення при вищих німецьких судах виконували органи прокуратури, що знаходились при спеціальних судах у місті розташування вищих судів. Перша суттєва реорганізація територіальної структури німецького судочинства розпочалась навесні 1941 р. у Люблінському дистрикті<sup>30</sup>. До проведення реорганізації діяльність Вищого німецького суду у Любліні та німецьких судів у Любліні і Холмі регулювалась постановою від 26 вересня 1940 р. головою відділу юстиції Польського Генерального губернаторства. На основі цієї постанови Вищий німецький суд у Любліні поширював свою юрисдикцію на судовий округ Холм та Грубешів, Замостя і Білгорай, де більшість населення становили українці. Зміни судових округів привели до передачі судових справ від одних судів до інших. Усі кримінальні справи, що були розпочаті після 31 березня 1941 р., мали розглядатись на основі нової системи судів, а судові справи, розпочаті у попередній період, мали бути розглянуті судами на основі діючої на цей час окупаційної судової системи. Переведення суддів спеціального суду, допоміжного апарату та архіву суду з Замостя до Холму затягнулося до кінця квітня 1941 року<sup>31</sup>.

На західноукраїнських землях, що увійшли до складу дистрикту Галичина, окупаційна судова система була створена упродовж серпня 1941 – кінця 1942 року. Першого серпня 1941 р. було видано розпорядження Польського Генерального губернатора про створення судів у дистрикті Галичина. В першу чергу було створено спеціальні суди у Львові, Станіславі (Івано-Франківськ) та Тернополі з функціями німецьких спеціальних судів. Вищою судовою інстанцією для спеціальних судів дистрикту Галичина був Вищий німецький суд у Кракові. Дані суди мали діяти до часу створення німецької судової системи у дистрикті Галичина. Тільки 17 липня 1942 р. було видано розпорядження міністра юстиції III Рейху, за яким реорганізовано німецьку судову систему у дистрикті Галичина, яку було завершено у серпні 1942 року. До юрисдикції новоутвореного спеціального суду у Львові входили місто Львів, Рава-Руський, Кам'янка-Бузький, Самбірський, Дрогобицький, Стрийський та Золочівський райони<sup>32</sup>.

Після об'єднання спеціальних судів та німецьких судів у серпні 1943 р. значно розширились повноваження судів у галузі кримінальної юстиції. У постанові керівника головного відділу міністра юстиції Гене-

рального губернаторства вказувалось на необхідність оголошення про створення судів та їхніх попередніх керівників. На своїх посадах мали також залишатись і судді, що перебували у даних судах. Згоду на призначення суддів давав міністр юстиції III Рейху. Тенденції до спрощення судочинства у судах Польського Генерального губернаторства відбувалися на зразок судів на території III Рейху та окупованих гітлерівською Німеччиною країн Європи. Рішення про спрощення судочинства було прийнято міністерством юстиції III Рейху розпорядженнями від 12 січня 1943 р. та від 29 травня 1943 року. У розпорядженнях не вказувалось про звільнення суддів у німецьких та спеціальних судах Генерального губернаторства та підтримувалось функціонування вже діючих судів. Також не було ліквідовано канцелярію та інші допоміжні апарати судів. У подальшому було розмежовано канцелярію німецьких судів від канцелярії спеціальних судів. На західноукраїнських землях зміни в судовій системі відбулись вже в останній рік німецької окупації. На основі розпорядження керівника головного відділу юстиції Польського Генерального губернаторства від 28 квітня 1944 р. округи німецького суду в Станіславі та Тернополі були включені до юрисдикції німецького суду у Львові. Через декілька тижнів у дане розпорядження було внесено зміни, і німецький суд в Станіславі продовжив діяти у Станіславському, Коломойському та Стрийському регіонах<sup>33</sup>. У липні-жовтні 1944 р. землі Галичини були звільнені від військ фашистської Німеччини та їхніх сателітів і відповідно було ліквідовано німецьке окупаційне судочинство на західноукраїнських землях та відновлено радянську судову систему.

<sup>1</sup> *Кульчицький В.* Входження Галичини, Північної Буковини та Закарпаття до складу України (1939–1945) / В. Кульчицький, М. Настюк, Б. Тищик та ін. – Дрогобич, 1995. – 67 с. – С. 42.

<sup>2</sup> Там само. – С. 43.

<sup>3</sup> *Макарчук В.* Державно-територіальний статус західноукраїнських земель у період Другої світової війни (1939–1945 рр.) / В. Макарчук. – К., 2007. – 368 с. – С. 118.

<sup>4</sup> *Косик В.* Україна і Німеччина у Другій Світовій війні / В. Косик. – Париж–Львів, 1993. – 658 с. – С. 75.

<sup>5</sup> *Wrzyszc A.* Okupacyjne Sadownictwo niemieckie w Generalnym Gubernatorstwie. Organizacja i funkcjonowanie / A. Wrzyszc. – Lublin, 2008. – 421 s. – S. 20.

<sup>6</sup> Там само. – С. 30.

<sup>7</sup> Там само. – С. 83.

<sup>8</sup> Там само. – С. 83–84.

<sup>9</sup> Там само. – С. 105–106.

<sup>10</sup> Там само. – С. 84.

<sup>11</sup> *Сендс Ф.* Східно-західна вулиця. Повернення до Львова / Ф. Сендс. – Л.: 2017. – 652 с. – С. 519.

<sup>12</sup> *Weh A.* Prawo Generalnego Gubernatorstwa w układzie rzeczowym z objaśnieniami i szczegółowym skorowidzem / A. Weh. – Krakow, 1941. – 257 s. – S. 105.

<sup>13</sup> Державний архів Львівської області. – Ф. 35. – Оп. 12. – Спр. 122. – С. 1.

<sup>14</sup> Державний архів Львівської області. – Ф. 77. – Оп. 1. – Спр. 60. – С. 13.

<sup>15</sup> *Wrzyszc A.* Okupacyjne Sadownictwo niemieckie w Generalnym Gubernatorstwie. Organizacja i funkcjonowanie / A. Wrzyszc. – Lublin, 2008. – 421 s. – S. 86.

<sup>16</sup> Там само. – С. 88–89.

<sup>17</sup> Там само. – С. 89.

<sup>18</sup> *Weh A.* Prawo Generalnego Gubernatorstwa w układzie rzeczowym z objaśnieniami i szczegółowym skorowidzem / A. Weh. – Krakow, 1941. – 257 s. – S. 150.

<sup>19</sup> *Wrzyszc A.* Z dzialnosci Sadu Specjalnego w Radomiu (1939–1945) / A. Wrzyszc // Czasopismo prawno-historyczne 2001, L III t95, z 1. – S. 329–344. – S. 88.

<sup>20</sup> Там само. – С. 338.

<sup>21</sup> *Wrzyszc A.* Okupacyjne Sadownictwo niemieckie w Generalnym Gubernatorstwie. Organizacja i funkcjonowanie / A. Wrzyszc. – Lublin 2008. – 421 s. – S. 83.

<sup>22</sup> Там само. – С. 88–89.

<sup>23</sup> *Wrzyszc A.* Z dzialnosci Sodu Specjalnego w Radomiu (1939–1945) / A. Wrzyszc // Czasopismo prawno-historyczne 2001, L III t95, z 1. – S. 329–344. – S. 302.

<sup>24</sup> *Wrzyszc A.* Zarys organizacji sadownictwa niemieckiego w Generalnym Gubernatorstwie (1939–1945) / A. Wrzyszc // Zeszyty Majdanka 1991 t XIII. – S. 5–28. – S. 19–21.

<sup>25</sup> *Weh A.* Prawo Generalnego Gubernatorstwa w układzie rzeczowym z objaśnieniami i szczegółowym skorowidzem / A. Weh. – Krakow, 1941. – 257 s. – S. 120.

<sup>26</sup> *Wrzyszc A.* Zarys organizacji sadownictwa niemieckiego w Generalnym Gubernatorstwie (1939–1945) / A. Wrzyszc // Zeszyty Majdanka 1991 t XIII. – S. 5–28. – S. 15–17.

<sup>27</sup> *Wrzyszc A.* Okupacyjne Sadownictwo niemieckie w Generalnym Gubernatorstwie. Organizacja i funkcjonowanie / A. Wrzyszc. – Lublin, 2008. – 421 s. – S. 93.

<sup>28</sup> *Wrzyszc A.* Z dzialnosci Sodu Specjalnego w Radomiu (1939–1945) / A. Wrzyszc // Czasopismo prawno-historyczne 2001, L III t95, z 1. – S. 329–344. – S. 339.

<sup>29</sup> *Wrzyszc A.* Zarys organizacji sadownictwa niemieckiego w Generalnym Gubernatorstwie (1939–1945) / A. Wrzyszc // Zeszyty Majdanka 1991 t XIII. – S. 5–28. – S. 21–23.

<sup>30</sup> *Weh A.* Prawo Generalnego Gubernatorstwa w układzie rzeczowym z objaśnieniami i szczegółowym skorowidzem / A. Weh. – Krakow, 1941. – 257 s. – S. 120.

<sup>31</sup> *Wrzyszc A.* Okupacyjne Sadownictwo niemieckie w Generalnym Gubernatorstwie. Organizacja i funkcjonowanie / A. Wrzyszc. – Lublin, 2008. – 421 s. – S. 95–96.

<sup>32</sup> *Weh A.* Prawo Generalnego Gubernatorstwa w układzie rzeczowym z objaśnieniami i szczegółowym skorowidzem / A. Weh. – Krakow 1941. – 257 s. – S. 73–77.

<sup>33</sup> Wrzyszczyk A. Okupacyjne Sadownictwo niemieckie w Generalnym Gubernatorstwie. Organizacja i funkcjonowanie/ A. Wrzyszczyk. – Lublin, 2008. – 421 s. – S. 100.

#### Резюме

**Трепак Л. М. Створення і структура німецьких спеціальних судів і прокуратури в Польському Генеральному губернаторстві в роки Другої світової війни.**

У статті розглянуто агресивну політику нацистської Німеччини на окупованих польських і українських землях в роки Другої світової війни. Ця політика передбачала на захоплених польських і українських землях знищення частини місцевого населення і його германізацію. Ще більш жорстока гітлерівська політика була щодо єврейського населення, яке нацисти планували повністю знищити.

Для реалізації агресивних планів гітлерівської Німеччини було створено Польське Генеральне губернаторство, в яке були включені окуповані польські та українські землі. Структурно до складу Польського Генерального губернаторства увійшли дистрикти Варшава, Краків, Радом, Люблін і Галичина. До складу Галичини увійшли сучасні землі Львівської, Тернопільської та Івано-Франківської областей України.

З метою функціонування німецького окупаційного режиму в Польському Генеральному губернаторстві було створено судову систему, в яку увійшли військові, спеціальні, поліцейські, німецькі і ненімецькі суди. Функцію обвинувачення в судах виконували органи прокуратури.

**Ключові слова:** Генеральне губернаторство, спеціальні суди, прокуратура, німецькі суди, дистрикт.

#### Резюме

**Трепак Л. М. Создание и структура немецких специальных судов и прокуратуры в Польском Генеральном губернаторстве в годы Второй мировой войны.**

В статье рассмотрена агрессивная политика нацистской Германии на оккупированных польских и украинских землях в годы Второй мировой войны. Данная политика предусматривала на захваченных польских и украинских землях уничтожение части местного населения и его германизацию. Еще более жестокой гитлеровская политика была относительно еврейского населения, которое нацисты планировали полностью уничтожить.

Для реализации агрессивных планов гитлеровской Германии было создано Польское Генеральное губернаторство, в которое были включены оккупированные польские и украинские земли. Структурно в состав Польского Генерального губернаторства вошли дистрикты Варшава, Краков, Радом, Люблин и Галиция. В состав Галиции вошли современные земли Львовской, Тернопольской и Ивано-Франковской областей Украины.

С целью функционирования немецкого оккупационного режима в Польском Генеральном губернаторстве было создано судебную систему, в которую вошли военные, специальные, полицейские, немецкие и ненемецкие суды. Функцію обвинение в судах исполняли органы прокуратуры.

**Ключевые слова:** Генеральное губернаторство, специальные суды, прокуратура, немецкие суды, дистрикт.

#### Summary

**Trepaak L. Formation and structure of the German special courts and Prosecutor's Office in authorities in the Polish General Governorship during the Second World War.**

The article deals with the aggressive policies of Nazi Germany in the occupied Polish and Ukrainian lands during the Second World War. This policy was directed for the destruction of the part of the local population on the conquered Polish and Ukrainian lands and its Germanization. Hitler's policies were even more violent against the Jewish population that meant to be destroyed in Nazi plans.

The Polish General Governorship was established in order to implement the aggressive plans of Hitler's Germany. It included the occupied Polish and Ukrainian lands. The structural Polish General Governorship consisted of the following districts: Warsaw, Radom, Krakow, Lublin and Galicia. The structure of the Galicia district included the lands of modern Lviv, Ternopil and Ivano-Frankivsk regions of Ukraine.

The judicial system in the Polish General Governorship was created for the operation of the German occupation regime. It included military, special, police, German and non-German courts. The functions of the prosecution in the courts were performed by the German prosecutor's office.

**Key words:** General Governorship, special courts, prosecutor's office, German courts, district.



УДК 342.41; 342.724

**М. В. САВЧИН, Г. С. ЖУРАВЛЬОВА**

*Михайло Васильович Савчин, доктор юридичних наук, професор, директор НДІ порівняльного публічного права та міжнародного права Ужгородського національного університету*

*Ганна Сергіївна Журавльова, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри Запорізького національного університету*

## ОСНОВНІ ЗАСАДИ МЕТОДОЛОГІЇ ДОСЛІДЖЕНЬ СУЧАСНИХ ПРОБЛЕМ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ТА ПРИНЦИП РІВНОСТІ

Основною методологічною проблемою у сучасному конституційному праві є дискусія між природно-правовим та позитивістським підходами. Водночас відчувається відрив розвитку науки конституційного права від дослідження практичних аспектів розвитку конституційних явищ і процесів. Інколи це супроводжується домінуванням концепції суверенітету (верховенства) парламенту в умовах очевидної кризи вітчизняного парламентаризму і трактуванням конституції через поточне законодавство всупереч верховенству конституції і прямої дії її норм. Це є загальним стереотипом для характеристики стану доктрини конституційного права постсоціалістичних країн.

Методологія доктрини конституційного права покликана допомагати вирішенню питань розвитку конституційних явищ і процесів, їх спрямованості, надавати наукове обґрунтування гарантій прав людини і основоположних свобод, організації та функціонування органів публічної влади, засад легітимності втручання публічної влади у сферу приватної автономії з метою забезпечення суспільного блага тощо.

Методологічну основу дослідження феномена конституції має становити комплекс загальнонаукових та спеціальних методів і засобів наукового дослідження на основі гуманітарного світогляду, який розглядає як основоположну конституційну цінність гідність людини. Конституція є виправданою для організації такого правопорядку, при якому держава забезпечувала вільний розвиток індивіда як найвищого ступеня розвитку суспільства. У цьому контексті важливим є з'ясування окремих аспектів захисту слабкішого у правовідносинах з метою захисту рівності й недопущення дискримінації.

**Мета** цієї статті – обґрунтування синтетичної методики дослідження конституційних явищ і процесів, заснованої на міждисциплінарному підході, соціогуманітарному вимірі права та комплексному їх вивченні у контексті конкретного соціального середовища та сучасних глобальних процесів. Також тут буде проаналізовано основні компоненти конституційного принципу рівності та заборони дискримінації.

**Окремі аспекти конституційного дослідження: між догмою права та цінностями.** Дослідження конституційних явищ і процесів має ґрунтуватися на засадах об'єктивного, всебічного й повного аналізу доступних джерел і носіїв інформації, а також добросовісного додержання процедур наукових досліджень та належної верифікації їх результатів<sup>1</sup>. При дослідженні таких масових конституційних явищ і процесів, як вибори, референдуми, що достеменно не завжди піддаються раціональному поясненню, їх не завжди можна пояснити у площині «причина-наслідок». Детермінізм суперечить також емпіричному досвіду формулювання постулатів, принципів і норм сучасного конституціоналізму, які є результатом переважно спонтанної взаємодії індивідів, соціальних груп та інститутів, що часто має ірраціональний характер. Спонтанність формулювання правил і процедур пояснюється через серединний ефект, який обґрунтований у теоріях ігор та колективної дії. Тому в якості принципів наукових досліджень окрім засад антропологізму, пізнаваності, об'єктивності також слід назвати верифікацію та міждисциплінарність.

Згідно із системним підходом конституція є нормативним порядком, який виражає механізм обмеження влади та гарантії прав і свобод людини. Такий нормативний порядок залежно від типу правової системи га-

ранується через режим парламентаризму у законі або/та через судовий конституційний контроль, які певним чином поєднуються, що може вирішальним чином ідентифікувати національну конституційну традицію.

Системний підхід орієнтує на існування зв'язків ієрархії в суспільстві для визначення того, яким чином управляти ним<sup>2</sup>. Якщо виходити з ліберального трактування конституції як нейтрального інструмента соціальної дистрибуції, то межі державного втручання визначатимуться правами і свободами людини<sup>3</sup>. Тоді виникає конфлікт у системі ієрархії цінностей. Системний підхід розглядає соціальний процес, в тому числі й конституційну динаміку, як лінійний. Основою системного підходу є парадигма, тобто уявлення про те, що може існувати певний оптимальний план соціального розвитку, відповідно до якого можна прогнозувати і розвивати соціальні інститути. Розвиток конституційних інститутів розглядається як своєрідний соціальний прогрес – розвиток інститутів демократії, посилення прав і свобод людини, поглиблення ефективності урядування тощо. Однак у складних соціальних системах цей процес не є таким однозначно лінійно-поступальним. Зокрема, про це підкреслюється у теорії конституційних циклів<sup>4</sup>.

Синергетичний підхід розглядає складні соціальні системи як відкриті, що прагнуть до рівноваги у ході своєї самоорганізації<sup>5</sup>. Система розвивається та упорядковується за рахунок випадкових відхилень (флуктуацій), які вона самостійно поступово вирівнює. За такого підходу відкриті соціальні патерни (взірці-моделі поведінки) розвиваються шляхом взаємоузгодження різноманітних інтересів індивідів і груп. Відносини всередині системи скоріше будуються на горизонтальних зв'язках, ніж на ієрархії. Зокрема, індивід вправі вимагати від органів публічної влади захисту від неправомірного втручання у його приватне життя. У системі організації публічної влади надається перевага дифузивним моделям розподілу повноважень. Важливим стає не стільки обсяг повноважень та процедури їх здійснення, як баланс у розподілі владних функцій і повноважень, компетентність і ефективність рішень<sup>6</sup>. У стані рівноваги виникає ентропія, як правило, у вигляді розширення кола правових актів із притаманними цьому процесу колізіями і прогалинами у поточному законодавстві, що, як наслідок, слугують джерелом розкладу системи. Флуктуації в рамках системи передбачають наявність високого ступеня суспільного консенсусу, коли засадничі принципи системи не заперечуються. Якщо піддається сумніву певний засадничий принцип чи їх сукупність, виникає асиметрія. Вона стає джерелом зародження нового хаосу, який рано чи пізно приходить у стан рівноваги і таким чином зароджуються новий порядок і його структура. У разі відсутності такого консенсусу та певної критичної маси ефективно діючої кількості суспільних інститутів така система є не здатною до самовпорядкування, вона стає вразливою для зовнішніх факторів.

Згідно з постулатами діалектичного методу основою розвитку конституційних явищ і процесів є внутрішні суперечності між ними. Саме динаміка і статика конституційних явищ і процесів виражає *sui generis* зміст цього методу. Отже, діалектика звертає увагу на дуалізм конституційних явищ і процесів (свобода і відповідальність, права і обов'язки, суверенітет і поділ влади тощо), кількісні і якісні їх параметри, їх заперечення внаслідок суспільних змін, співвідношення між формою та змістом, сутністю і явищем тощо. Однак діалектичний метод не дає задовільного пояснення природи конституційних явищ і процесів, оскільки вони у діалектиці розглядаються *per se* (самі по собі), безвідносно до їх цілепокладання та соціальної цінності.

Тому такі підходи слід певним чином синтезувати, оскільки не можна заперечувати ні вертикальні, ні горизонтальні соціальні зв'язки. Саме з цих причин дискутується теза про компліментарність західного типу демократії, який вважається непридатним для мусульманського, традиційного, далекосхідного суспільства<sup>7</sup>.

Водночас формування й розвиток конституційної традиції часто має дискретний характер, а потім вона звертає у бік еволюції формування інституційних основ суспільства. Класичний системний підхід також не повною мірою пояснює перетікання цих процесів, оскільки його основу становлять уявлення про цілеспрямований розвиток систем. Щодо функціонування неорганічного чи органічного світу, а тим більше – світу ідей (ноосфери) така ідея викликає значний скептицизм і є ще одним відтворенням основних постулатів механістичного раціоналізму.

Теорія ігор ґрунтується на міждисциплінарному підході і виникла на межі фізики та математики (Дж. Неш, Дж. фон Нойман, О. Моргенштерн). Згідно з її постулатами існує певна матриця вибору оптимальних рішень у конкретній ситуації, які не завжди можуть приносити найбільш очікуваний ефект, оскільки цьому може перешкоджати низка факторів (обмеженість ресурсів, конкуренція на ринку, динаміка цін, співвідношення певних цінностей, невизначеність правил і процедур, недостатність інформації тощо). Тому прийняття оптимального рішення зумовлене урахуванням балансу ресурсів та засобів, адекватного до конкретної історичної обстановки і необхідного для досягнення певної легітимно покладеної мети. По суті теорія ігор дає відповідь на питання щодо зародження певного типу правових норм та інститутів, відображаючи баланс інтересів у суспільстві. У контексті конституції теорія ігор вказує на джерела легітимності конституційних норм і процедур, проведення конституційних реформ чи здійснення конституційної модернізації, або правового захисту конституції.

На прикладі аналізу ефективності реформи регіональних властей в Італії американський соціолог Р. Патнам доходить висновку, що їх ефективність насамперед залежить від системи існуючих правил, стану суспільно-політичних інститутів та органів публічної влади. Спираючись на багатий емпіричний матеріал, Р. Патнам разом із групою італійських дослідників робить висновок, що правила та усталені процедури, що їх утверджують інституції, позначаються на політичних результатах через формування поведінки, і вони впливають на результати тому, що формують правосуб'єктність, їхні повноваження та стратегію<sup>8</sup>. Теорія

процедурної справедливості Дж. Ролза також деякою мірою враховує окремі компоненти теорії ігор, оскільки він виводить свої постулати вищого ступеня абстракції, за якими правила і процедури можуть стати результатом згоди в умовах відсутності достатньої інформації<sup>9</sup>, тобто в умовах правової невизначеності. Теорія ігор лише розкриває і зважує ефективність правил і процедур у конкретному суспільстві, але не визначає, на якій основі інституції можуть виробляти правила і процедури, чим вони зв'язані у своїй діяльності.

В основі цивілізаційного підходу лежить дослідження конституційної традиції, яка ґрунтується на ідеях зумовленості змісту і структури конституції природним середовищем, визначенням права як елемента культури, своєрідною спадщиною цивілізації певного типу та правовою інфраструктурою<sup>10</sup>, певної стадії та стану етногенезу. Цивілізаційний підхід є актуальним для доктрини представників тих країн, які долають розрив між своєю релігійно-традиційною структурою суспільства та нагальною необхідністю його модернізації в умовах обмеженості природних ресурсів і потенційних загроз і викликів для їх сталого розвитку. Цивілізаційний підхід певною мірою зумовлює дослідження юридичних явищ і процесів крізь призму соціальних цінностей, які розглядаються як основа ідентифікації правової системи та її самобутності на правовій географії світу. Логіка конституційних явищ і процесів у цивілізаційному підході також розкривається через їх циклічну природу. Водночас цивілізаційний підхід можна застосовувати як один із загальнофілософських підходів у дослідженні конституційних явищ і процесів. Деякою мірою цивілізаційний підхід перетинається із методологією досліджень у компаративному конституційному праві.

Соціологічний підхід ототожнює право із судовим та адміністративним прецедентом, а також із законодавством як вираженням волі парламентської більшості. Соціологічне розуміння права набуло свого поширення у країнах загального права (англо-американської правової сім'ї), яке черпає свій авторитет зі звичаю. Саме на цій основі формується прецедентне право, яке має свою соціологічну природу в якості певної діяльності сукупності адміністративних та судових установ. Статутне право парламентів повинно отримати свій авторитет через його застосування у судовій практиці. Суди наділені повноваженнями інтерпретувати статутне право, пристосовуючи його до змін у реальному житті і використовувати його як інструмент впливу на суспільне життя. Тому «мертве право» (як правило, таким уявляється статутне право) не завжди дає змогу відстежити процеси реального суспільного життя. «Живе право», тобто судова практика, вважається таким не в силу особливого його змісту, а тому, що рішення судів виконуються, реалізуються у правовідносинах<sup>11</sup>. До соціологічної школи примикає також реалістична школа, що розглядає судовий активізм як засіб пристосування абстрактних правових норм до конкретних юридичних ситуацій, які мають вирішуватися у контексті конкретної історичної обстановки<sup>12</sup>.

Постмодернізм розглядає правову систему як закриту саморегулюючу систему, яка на основі соціальних патернів формує певну структуру правопорядку, вироблення процедур і рішень. За своїм характером постмодернізм у праві звертається до його витоків, має ознаки критичного скептицизму та правового релятивізму<sup>13</sup>. По суті це має наслідком розмивання нормативності конституції, оскільки соціальні патерни розуміються як результат конвенціоналізму у конкретній життєвій ситуації. Мабуть, не дарма відмова від християнських цінностей при розробці Конституції для ЄС, а потім у Лісабонському договорі, є результатом постмодерного правового дискурсу.

Відповідно до синтетичної методології передбачається поєднання залежно від соціального контексту таких елементів: а) міждисциплінарний підхід; б) чинність конституції; в) нормативних і сутнісних елементів конституції. Проведення аналізу природи конституції має ґрунтуватися на засадах компліментарності порівняльно-правових досліджень, герменевтичного, динамічного і формально-юридичного тлумачення конституційних положень, динаміки й статичності конституційної матерії, ідеального і реального у праві.

Синтетичний підхід передбачає належне володіння науковим інструментарієм залежно від результатів аналізу конкретної правової проблематики в її соціальному контексті. Така проблематика вирішується в контексті того, що людина розглядається саме як мета, а не засіб розвитку суспільства. Укладання результатів дослідження певних правових проблем у визначення вже саме по собі обмежує поле дослідження і призводить до спрощення їх сутності.

Концепція деліберативної демократії Ю. Габермаса також трактує систему прийняття владних рішень на основі конституції та засадах дорадчості у діяльності органів публічної влади саме виходячи із певного органічного поєднання природного-правового та позитивістського підходів, оскільки до владних рішень встановлюються, з одного боку, вимоги щодо якості змісту та додержання належної правової процедури, а, з другого боку, існують вимоги належної процесуальної форми та додержання вимог юридичної техніки. З посиланням на данського соціолога Л. Кольберга Ю. Габермас також звертає увагу на важливість ідентичності, яка має значення для розуміння сучасних процесів глобалізації та збереження національних конституційних традицій. Виходячи із цього, складовою сучасної конституційної динаміки є інтерсуб'єктні зв'язки та комунікації, що є джерелом легітиматії правил та влади. Однак така комунікація зумовлена ціннісними орієнтирами, які виступають основою ідентичності індивідів, спільнот чи націй, організованих у державу<sup>14</sup>.

Конституційно-правова реальність така багатогранна й багатоманітна в силу мови і стилю конституції, «відкритого» характеру конституційного тексту, що вирішення тих чи інших проблем конституційного характеру залежить від того, в якій площині воно лежить – зокрема, встановлення конституційного порядку, реалізації, інтерпретації чи правового захисту конституції. Залежно від цього контексту є відповідні вимоги як до доктринальних досліджень, так і впровадження конституційних цінностей, принципів і норм у життя та їх правового захисту.

Формально-юридичний метод, який ґрунтується на функціональному, структурному та логічному аналізі конституційних явищ і процесів, дає змогу розкрити догматичні засади конституційного права. Метод формальної юридичної логіки має істотне значення для визначення основних понять юридичних конструкцій, правових засад діяльності інститутів громадянського суспільства та публічної влади, здійснення законодавства, управління та інтерпретації конституційних норм. Ефективність формально-догматичного методу досягається через належне володіння засобами юридичної техніки (понятійний апарат, мова і стиль конституції, способи інтерпретації конституційного тексту, техніки прямих і зворотних посилань, техніки генеральних і спеціальних застережень, співвідношення загальних і спеціальних норм, особливостей темпоральної і територіальної чинності правових актів, специфіки співвідношення актів конституційної юрисдикції *ex tunc* і *ex tunc*, що має важливе значення при наявності інституту конституційної скарги тощо). Сучасною тенденцією є застосування формально-юридичного методу у контексті соціальних цінностей, що підлягають правовому захистові<sup>15</sup>, або визначення меж свободи розсуду органів публічної влади, зокрема судових установ<sup>16</sup>.

Статистичний метод допомагає виявляти окремі тенденції розвитку конституційних явищ і процесів, оцінювати їх вплив на суспільні відносини. Якнайширше цей метод застосовується при аналізі даних щодо виборчого процесу, проведення референдумів, підзвітності депутатів чи урядів. Науковий інтерес мають дані про якість регуляторного впливу законодавства, щільності (повноти) законодавчого регулювання як ознаки «якості» закону (поняття, сформульоване Європейським судом з прав людини). Також конституційні суди та аналогічні установи шляхом застереження у своїх актах можуть звертати увагу парламентів на необхідність усунення стану законодавчого упущення (недогляду), оскільки це загрожує вимогам правової визначеності та потенційно порушує права людини і основоположні свободи. Аналізуючи відповідні дані, можна сформулювати рекомендації щодо удосконалення законодавства, подолання негативних явищ у роботі державних і самоврядних структур, депутатського корпусу, окремих органів державного управління.

Метод правового моделювання застосовується з метою класифікації конституційних норм, процедур, інститутів для визначення загальних стандартів у ході правотворчості та застосуванні конституційних норм, функціонування інститутів громадянського суспільства й публічної влади. Моделювання також сприяє забезпеченню прогнозування та формулювання загальних тенденцій розвитку конституційних явищ і процесів, що у перспективі може стати предметом конституційної футурології, зокрема проблем і закономірностей демократичних перетворень, проведення економічних реформ чи підвищення ефективності інститутів публічної влади.

Метод юридичної герменевтики дає змогу визначити адекватну методіку інтерпретації конституційних норм, виходячи із конституційних цінностей і принципів та з урахуванням особливостей конкретної історичної ситуації. Цей метод є похідним від загальнонаукового методу герменевтики. Яким чином поєднувати способи тлумачення конституційних норм, залежить від цілей та обсягу дослідження. Юридична герменевтика включає в себе з'ясування контексту чинності конституції, визначення співвідношення положень конституції і поточного законодавства, взаємодії законодавства та судового прецедентного права<sup>17</sup>. У поєднанні із формально-юридичним (догматичним) методом юридичної герменевтики сприяє найбільш адекватній інтерпретації юридичної ситуації або визначення основних тенденцій розвитку конкретного конституційного інституту, явища чи процесу.

На сучасному етапі суттєво підвищується значення порівняльно-правового методу вивчення конституційних проблем. Він виявляється в діахронному й синхронному порівняльному аналізі конституційних норм та інститутів. Цей метод є важливим інструментом використання позитивного досвіду, накопиченого в конституційно-правовій сфері, виявлення найбільш ефективних моделей правового регулювання. Засади і правила методології компаративних досліджень залежать від цілей, суті проблеми, яку необхідно вирішити, та масштабів і рівня порівняльно-правового аналізу<sup>18</sup>. Тому методи компаративних досліджень можуть по-різному поєднуватися і застосовуватися залежно від конкретної проблеми, яку необхідно вирішити. Однак при цьому слід додержуватися певних фундаментальних засад.

Компаративісту в своїх дослідженнях необхідно враховувати соціальний та державний устрій країни, її правову культуру і традиції, існуючу правову інфраструктуру, рівень правової техніки юристів тощо. Дослідження комплексу соціальних та правових явищ, що впливають на процес прийняття правових рішень, має стати наріжним каменем для формування об'єктивних критеріїв порівняльно-правових досліджень.

Виходячи із загального аналізу системи методів у конституційному праві та враховуючи об'єкт і предмет, мету і завдання дослідження певні конституційні явища і процеси можуть досліджуватися за таким підходом.

1. *Екстраполяція емпіричного досвіду на доктрину конституціоналізму та динаміку політико-правових інститутів.* На думку Р. Патнама<sup>19</sup> та К. Поппера<sup>20</sup>, суспільно-політичні інститути переконливо свідчать на користь ефективності соціальних норм і процедур. Таким чином, інститути громадянського суспільства, політичної системи, органи публічної влади, побудовані на мережі соціальних зв'язків, свідчать, у свою чергу, про ефективність правових норм і процедур. Водночас компаративний аналіз моделей конституціоналізму показує, що цього не достатньо. Адже виникає замкнене коло: відсутність або неефективність правових процедур і правил зумовлює неефективність згаданих інститутів – недоліки інститутів є об'єктивною перешкодою правових реформ. Отже, постає питання щодо критеріїв формування конституційних правил і процедур. Така екстраполяція емпіричного досвіду на конституційні явища і процеси досить часто призводить до використання міждисциплінарних підходів, що притаманно, зокрема, для застосування системного методу, юридичної герменевтики, правового моделювання тощо.

2. *Взаємозв'язок соціальних цінностей та конституційних явищ і процесів.* Динаміка конституційних явищ і процесів свідчить, що вони зумовлені певною структурою суспільства, мереживом соціальних зв'язків та усталених стереотипів поведінки. Оскільки соціальні патерни є результатом спонтанних соціальних процесів, відтворюються у поведінці та певним чином еволюціонують, то існують певні фактори, що обумовлюють природу цих явищ. Лібералізм акцентує увагу на мінімізації втручання публічної влади у приватну автономію, натомість постмодерн – на диференціації, правах і свободах людини, культурному релятивізмі. Однак емпіричні дані свідчать як про суспільну необхідність та легітимність втручання, так і об'єктивні межі культурного релятивізму. На міжцивілізаційному рівні помітно відмінності у системі правових норм і процедур, що пояснюється структурою суспільства та особливостями соціальних зв'язків. Однак зміст конституційних норм та процедур зумовлений своєрідним їх каркасом, тяглістю відповідних конституційних традицій, що пов'язано континуїтетом. Оскільки правила у суспільстві складаються спонтанно, то процес їх реалізації, наслідком чого є певний конституційний порядок, уявляється як нелінійний. Тому розкриття цього процесу ґрунтується на певних параметрах з їх зв'язками, оскільки сьогодні в світі спостерігається плюралізм конституційних традицій, систем та моделей конституціоналізму. Отже, необхідно з'ясувати, які соціальні блага забезпечуються конституційним захистом, яка їх вага у суспільному житті. Йдеться про конституційні цінності.

3. *Ієрархія конституційних цінностей та нормативна природа конституції.* Як нормативно-правовий акт конституція володіє певними ознаками. З точки зору юридичного позитивізму писана конституція задовольняє вимоги правової визначеності, оскільки містить у собі каталог прав і свобод людини та межі здійснення публічної влади. Однак структура конституції зумовлена саме ієрархією соціальних цінностей, які забезпечуються конституційним захистом. Адже набуває поширення процес конституціоналізації цінностей, які не можуть бути предметом ревізії за жодних умов. З одного боку, це свідчить про консервативні інтенції сучасного конституціоналізму, з другого – про надпозитивний характер соціальних цінностей, які підлягають конституційному захистові. Завдяки цьому визначається власне структура сучасної конституції та її властивості як засобу легітимації суспільного порядку. За таких умов спостерігається плюралізм джерел конституційного права, оскільки це пов'язано із конвергенцією національних правових систем, гетерогенністю самого конституційного права, яке знає різні правові засоби формування юридичних конструкцій, правил і процедур.

4. *Структура та чинність конституції.* Конституційні цінності істотно впливають на структуру конституції, що зумовлює логіку втілення її положень у життя. Певною мірою спостерігається взаємозв'язок між структурою конституції та ступенем її реалізації, що зумовлює інституціональну компоненту конституційного порядку. Тому структуру сучасної конституції становлять такі основні компоненти: гідність та права людини, договір, демократія, народний суверенітет, парламентаризм, уряд та адміністрація, судовий конституційний контроль і правосуддя. З формально-юридичної точки зору також спостерігається внутрішня структуризація конституції за ступенем юридичної сили її положень. Ця структуризація зумовлена такою схемою: положення конституції, що не підлягають переглядові – положення, які потребують особливої процедури перегляду і вони виступають критерієм для конкретних приписів конституції – основні вимоги до законодавства, адміністративної та судової практики, які ґрунтуються на положеннях конституції.

**Теоретико-методологічні засади розуміння принципу рівності.** Принципи права посідають особливе положення як певні вимоги-стандарти до законодавства та адміністративної і судової практики. Принципи права також відіграють важливу роль в ідентифікації правової традиції, оскільки становлять її основу та є системоутворюючими положеннями. Принципи права (лат. *principium* – засада, першооснова) є найважливішою частиною всього (*principium est porissima pars cujunque rei*), «базовими нормативно-керівними засадами (імперативними вимогами), що визначають загальну спрямованість правового регулювання суспільних відносин»<sup>21</sup>. За своїм сутнісним змістом принципи права консолідують систему права, являють обою кістяк права, пронизують всі його елементи. Відповідно до загальних принципів права тлумачаться норми права і формується каркас правових сфер, галузей та інститутів. Принципи права, на відміну від правових норм, володіють більшою стійкістю та стабільністю, носять фундаментальний характер. Вони виражаються у максимально загальних і універсальних нормативних приписах.

Як зазначає С. Шевчук, доволі складно навести повний перелік принципів права. До них вчений відносить принципи, що походять з природного права (верховенства права, пропорційності, справедливості, обґрунтованості, розумності, цілеспрямованості), стосуються демократичних цінностей суспільства (прав людини та основоположних свобод, поділу влади, громадської безпеки, дозволено все, що не заборонено законом) та висувають вимоги до правової системи (правової визначеності, встановлення кримінальної відповідальності тільки законом, заборона зворотної дії законів, стабільності судової практики, обґрунтованих сподівань) тощо<sup>22</sup>.

Принципи права як вихідні керівні начала забезпечують суттєвий, стійкий, регулярний правовий зв'язок між нормами права, слугують основним засобом для орієнтуру в правотворчості, систематизації, інтерпретації та реалізації права. У випадку виявлення невідповідності правових приписів, норм принципам права такі повинні інтерпретуватися кризь призму принципів права або приводитися у відповідність до них. Така інтегративна, пронизуюча властивість принципів права визначає їх системоутворюючий характер у системі права, що дає змогу більш якісно здійснювати порівняльно-правовий аналіз правових систем. Оскільки правові принципи «виходять», власне, поза правові явища і процеси, беруть свою основу у економічній, соціальній структурі конкретного суспільства, специфіці менталітету його представників, вони є основним орі-

ентиром та мірилом для виявлення історичних, філософсько-етичних, соціально-економічних витоків права, обумовлюють особливості правового стилю юристів у різних типах суспільства<sup>23</sup>.

Як влучно зазначив з цього приводу у своїй окремій думці суддя Верховного суду Ізраїлю М. Чешін: «Усе це – принципи, цінності, доктрини – є *prima facie* (на перший погляд) надправовими, але вони слугують якорем для права – для кожного закону – і жоден закон не може бути переказаний без них. Закон без такого якоря схожий на будинок без фундаменту; позаяк він не може встояти без нього, теж саме й закон, який спирається сам на себе, схожий на повітряний замок»<sup>24</sup>. З'ясування питання про пряме застосування принципів права підсилюється необхідністю забезпечення реалізації Конституції України, у частині третьої ст. 8 якої зазначається, що норми Конституції є нормами прямої дії.

При законотворенні принципи права становлять каркас, основу законодавчих актів, оскільки пронизують їхню архітектоніку і визначають їхній зміст. Застосування законодавчих актів також ґрунтується на основоположних принципах права. Принципи права відіграють також значну роль у забезпеченні застосування права, особливо у ситуаціях правової невизначеності (прогалін і колізій у законодавстві).

Застосування права полягає у пристосуванні абстрактних положень закону до конкретних життєвих обставин, що зумовлює надання оцінки відповідно до мети, яку визначає закон. Як підкреслює С. Погребняк, суд поважає думку парламенту як легітимного, демократично обраного органу, визнає за ним доволі широку свободу розсуду, залишає простір для врахування конкуруючих публічних і приватних інтересів. Суд не узурпує владу законодавця, а лише продовжує його справу, а в разі необхідності виправляє його помилки. Гарантіями такого статус-кво є сучасні стандарти здійснення правосуддя, що передбачають його незалежність, об'єктивність і відкритість. Крім того, законодавча влада може змінити цей закон, надавши йому бажаного значення. Врешті-решт, у сучасних умовах ефективне правове регулювання може здійснюватися лише спільними зусиллями законодавчої і судової гілок влади, а судовий розвиток права вже не сприймається як зло, яке повинно бути знищене будь-якою ціною і за всіх обставин<sup>25</sup>.

В авторитетному вітчизняному виданні «Загальна теорія права» за редакцією проф. М. Козюбри, яке нещодавно вийшло друком, наводяться такі основні характеристики принципів права: а) вони є продуктом людської діяльності; б) як і права людини, мають недержавне походження; в) формування принципів права підпорядковувалося вирішенню практичних завдань – прийняттю рішень у конкретних життєвих ситуаціях; г) існують писані і неписані принципи права; д) суди є вільними у формулюванні тих чи інших принципів права, хоча принципи не є виключно продуктом судового розсуду; е) як уособлення системи загальнолюдських цінностей принципи права мають універсальний характер; є) визначають зміст права та спрямованість правового регулювання; ж) принципи права служать насамперед забезпеченню прав людини<sup>26</sup>. Авторський колектив цього видання, очевидно, виходив із соціогуманітарного виміру права та того, що принципи права мають визначати діяльність держави насамперед у площині забезпечення прав і свобод людини. Водночас слід зазначити: якщо принципи права є певними універсальними для законодавства, то теза про те, що вони формувалися у ході юридичної практики не є цілком очевидним твердженням. Законодавче формулювання принципів права на основі досягнень правової науки також є одним із джерел їх походження. Яскравим прикладом є принцип поділу влади, який слід пов'язувати із такими документами, як Французька декларація прав людини і громадянина 1789 р. та Конституція США 1787 р., які відображали надбання мислителів епохи Просвітництва.

У зазначеному вище виданні щодо загальної теорії права до ознак принципів права також віднесено: а) безпосереднє вираження, уособлення загальнолюдських цінностей; б) найбільш загальний, абстрактний характер; в) визначення суті системи права та її структурних елементів, напрями подальшого її розвитку; г) спрямування на формування норм права; д) їх стабільність<sup>27</sup>.

Таким чином, принципи права можна розуміти як сукупність основоположних ідей та положень, які пронизують і становлять каркас, основу правової системи та забезпечують легітимність правотворення, застосування права шляхом пристосування абстрактних положень закону до конкретних життєвих обставин, що зумовлює надання оцінки правомірності заходів відповідно до мети, яку визначає закон.

Згідно із Р. Циппеліусом, правосуддя добудовує (розвиває) право шляхом уточнення, доповнення або виправлення закону: 1) воно уточнює закон, визначаючи та опрацьовуючи можливі варіанти його тлумачення й обирає найбільш вдалилий з них (добудова права *secundum legem*); 2) доповнює закон, домірковуючи його ідеї – зокрема, за допомогою правила однакового поведіння – там, де бракує того чи іншого правила (відкрита добудова права *praeter legem*); 3) виправляє закон, відхиляючись від змісту слів закону там, де закон веде до несправедливих чи безглузвих результатів (відкрита добудова *contra legem*)<sup>28</sup>. Тут ще існує аргумент на користь того, що принципи права є продуктом доктрини та судової практики, а в останній відіграють вирішальну роль, оскільки впливають на інтерпретацію писаного права та обґрунтування судових рішень, що є важливим для розвитку правової системи, особливо для захисту прав людини.

У свою чергу, рівність в описі А. Дайсі втілюється в характеристиці верховенства права, а саме в тому, що кожна людина, незалежно від її рангу або стану, підпорядковується ординарному закону (*ordinary law*) країни.

Принцип рівності за власною природою не тільки походить від природного права (права справедливості), а являє собою, як і інші зазначені фундаментальні принципи, сучасне втілення принципів природного права<sup>29</sup>. До основоположних принципів права С. Погребняк відносить принципи справедливості, рівності, свободи, гуманізму.

У юриспруденції прийнято виділяти галузеві принципи права, а також принципи права, які мають міжгалузевий характер, та принципи, притаманні окремим інститутам права. У контексті нашого предмета дослідження такими принципами можуть слугувати відповідно:

а) міжгалузеві принципи, які притаманні кільком принципам права – наприклад, публічному праву чи процесуальному праву: пропорційності, заборона свавілля, змагальності, диспозитивності, поваги державного суверенітету і територіальної цілісності, невтручання у внутрішні справи тощо;

б) галузеві принципи, які притаманні окремим галузям права, зокрема, конституційному праву – законність, повага до прав людини, поділу влади, правової держави, соціальної держави, демократичної держави, демократії, політичної, економічної та ідеологічної багатоманітності, захисту національних інтересів тощо;

в) принципи інституту права, наприклад, інституту прав людини – невід’ємності і невідчужуваності, універсальності, заборони свавільного втручання у приватну автономію, судового захисту тощо.

На думку Б. Леоні, на сьогодні існує криза розуміння принципу рівності, оскільки попри загальний масштаб закону, що повинен діяти рівною мірою, насправді має місце застосування різних законів до різних категорій осіб, що вже суперечить сутності цього принципу<sup>30</sup>. Вочевидь, тут йдеться про співвідношення між загальним розумінням принципу рівності та такої його складової, як диференціація правового регулювання, що, природно, має бути належно обґрунтованою відповідно до принципу пропорційності (балансування інтересів).

Ознакою рівності є загальний характер законів. А. Дайсі стверджував, що ознакою верховенства права є те, що «у нас немає нікого, хто був би вище закону, але і дещо зовсім інше – а саме, що в нас будь-яка людина, яке би не було в неї звання чи положення, підпорядковується звичайним законам держави і підлягає юрисдикції звичайних судів»<sup>31</sup>. Тут цілком очевидно виражена ідея рівності перед законом і судом, яка була закладена в Англії ще у Великій Хартії вольностей 1215 р., якою гарантувалося право кожного на справедливий судовий розгляд перед судом рівних осіб. Водночас це є також класичною формулою загального масштабу закону, який рівною мірою поширюється на всіх, а також ідеї доступу до суду, що має бути рівною мірою гарантована всім.

Далі А. Дайсі конкретизує зазначений постулат, наголошуючи на тому, що в Англії можливе покарання лише за порушення закону (який розуміється не лише як статутне право, а також судові прецеденти та основоположні принципи права), що означає рівність усіх перед законом або однакове підпорядкування представників всіх класів загальному праву країни, яке застосовується загальними судами. Це виключає можливість звільнення посадовців від вимоги підпорядковуватися законам, якому підкоряються звичайні громадяни, або звільнення від відповідальності перед загальними судами<sup>32</sup>. Тим самим вже на сучасному рівні підкреслюється вимога однаковості закону та його застосування. Хоча поняття закону (*the law*) в англійській мові має відмінні конотації (як статутне право парламенту, а також судові прецеденти та основоположні принципи права), однак воно в Україні набуває подібного змістовного навантаження завдяки практиці Європейського суду з прав людини та, деякою мірою, Конституційного Суду України. Тобто, поняття закону може охоплювати не лише нормативно-правові акти, як це наразі прийнято вважати. Оскільки суд інтерпретує положення актів парламенту, то така конкретизація закону має істотне значення для однакового його застосування. Адже саме однакове тлумачення та однакове застосування нормативно-правових актів важливе для забезпечення принципу рівності та недопущення дискримінації щодо конкретних осіб.

З точки зору психологічної теорії права має значення розмежування принципів права, норм права та правоположень. Наприклад, психологічно-інтуїтивне сприйняття права у Л. Петражицького також певною мірою акцентує увагу на керуванні суб’єктів права своєю поведінкою через принципи права, які стають, у такий спосіб, певним орієнтиром чи стандартом поведінки. З цього приводу Л. Петражицький писав, що «судження, в основі яких лежать такі поєднання акційних уявлень і репульсій або апульсій, ми називаємо принципово практичними (тобто такими, що визначають поведінку) судженнями, або, якщо коротше, нормативними судженнями, а їх зміст принциповими правилами поведінки, принципами поведінки або нормами. Відповідні диспозиції... ми називаємо принципово практичними або нормативними переконаннями». Таким чином, переконання та певні ціннісні орієнтири стають для Л. Петражицького керівними засадами у поведінці особи, які визначають їх ступінь нормативності, тобто обов’язковості. У свою чергу, М. Фіттіпальді вважає, що розмежування норм права (*Normen*) і нормоположень (*Normsaetze*)<sup>33</sup> лежить в основі структури права та є чинником поведінки суб’єктів права.

Ф. фон Хайек розрізняє поняття принципів та доцільності і наголошує на тому, що доцільність руйнує фундаментальні принципи, насамперед свободу<sup>34</sup>. Доцільність як руйнівник фундаментальних принципів права є фактичним антиподом верховенству права, ідеї права, щодо якого Хайек пише так: «коли наші рішення узгоджуються виключно з обставинами, ми завжди переоцінюємо переваги централізованого управління. Нам знову і знову доводиться робити вибір між якимись зрозумілими і відчутними вигодами і всього лише ймовірністю того, що якісь невідомі люди не зможуть здійснити невідомо які благодіючі дії. Якщо вибір між свободою і примусом трактувати як питання доцільності, майже у всіх випадках свобода буде приноситись в жертву»<sup>35</sup>. Таким чином, принципи права використовуються для перевірки застосування норм права у життєвих ситуаціях відповідно до загальнолюдських цінностей. Порівнюючи французький і англійський досвід застосування принципів, Хайек наголошує на тому, що, розмірковуючи про принципи, англійці керувалися ними на практиці, тоді як у Франції саме теоретизування з приводу базових принципів зробило будь-які набори принципів неефективними<sup>36</sup>. Звідси випливає, що принципи закладають певні вимоги або стандарти до пра-

возастосування, на основі чого вони можуть бути у подальшому узагальненні у вигляді у певних положень судової практики чи законодавства. Також у разі, коли йдеться про доцільність у праві, більш прийнятним є термін «свобода розсуду» стосовно посадовців, і це більше відповідає вимогам верховенства права.

Сьогодні у неоліберальній літературі питання рівності заведено розглядати з різних точок зору: громадянства, права на розвиток, расової рівності, проблем статей та гендерної рівності, забезпечення принципу соціальної держави (*welfare state*) у період заощадливої (*austerity*) соціальної політики, аналізу праці та трейд-юніонізму, розвитку людського капіталу як людини економічної (*homo economicus*), яка виступає самопідприємцем (*entrepreneur of himself*), співвідношення урбаністики та змін сільського укладу (*rural*) життя<sup>37</sup>.

На думку французького правознавця Ж.-Л. Бержеля, принципи права є однією із форм вираження правових норм, у ієрархії цих норм вони посідають чільне місце, у силу чого правові норми мають відповідати нормі вищого порядку – правовим принципам. При цьому з урахуванням входження Франції у Європейський Союз та Раду Європи Бержель стверджує, що «Європейська конвенція з прав людини та в більшій мірі установчі договори у рамках Європейських Співтовариств інституували юридичний порядок наднаціонального рівня, який розглядається як визначальний для внутрішніх систем держав-учасниць»<sup>38</sup>. Далі, роблячи застереження про основну форму визначення принципів права – закон, Бержель все ж таки наважується пояснити природу того, звідки вони з'являються у правовій системі і яким чином накладають обов'язки на суб'єктів права: «загальні принципи визначають дії судової влади, яка не наважується їх вилучити із філософської, моральної та юридичної даності. Саме цими чинниками пояснюється загальний характер, перманентність та трансцендентність загальних принципів права, саме ці обставини пояснюють їхній зміст»<sup>39</sup>. Завдяки таким своїм властивостям загальні принципи права можуть бути зафіксовані у тексті, а можуть бути й неформалізованими, але обов'язково застосовуватися у судовій практиці<sup>40</sup>. Тому загальні принципи права панують над позитивним правом, оскільки юридичні правила є лише окремими випадками їх застосування або виключення, а їхня дія поширюється на різні галузі права. Такий характеру загальних принципів права також підтвердила французька Конституційна рада у 1972 р. при вирішенні справи про асоціації, визнавши, що на підставі інтерпретації загальних принципів права можна визнавати неконституційними положення законів та регламентів<sup>41</sup>.

Як стверджується в авторитетному виданні з порівняльного конституційного права, у конституційному праві наголошується не лише на індивідуальності, а й на приналежності до колективу, на чому ґрунтується різноманітність. Це часто трапляється в постколоніальних країнах, а також у наднаціональному конституціоналізмі, наприклад, в ЄС, який заснований, зокрема, на відсутності дискримінації між громадянами держав-членів.

Крім того, уявлення про рівність також коливається між визнанням і перерозподілом, правом бути серед рівних і правом на рівну частку. Конституційне право насправді поєднує обидва підходи. Політичні права є не лише визнанням, а також насправді розподілом політичної влади або між органами влади. Аналогічним чином економічні права можуть визначати перерозподіл ресурсів, але вони регулюють визнання в тому, що є не лише запобіганням бідності, а також спрямовані на попередження маргіналізації та соціальної ізоляції.

Нарешті, конституційне право на рівність може виступати у формі певної нерівності, таких, наприклад, приписах, як привілеї чи пільги, чи в положеннях, що забороняють дискримінацію щодо раси, статі, інвалідності, віку тощо. Це може бути також орієнтація на різні сфери правозастосування, як політична рівність, рівне оподаткування, рівність у сфері освіти, забезпечення рівного доступу до зайнятості і т.д. Тобто, тут йдеться фактично про певні позитивні обов'язки або стверджувальні дії держави<sup>42</sup>.

Попри різноманіття цих поглядів на природу принципів права, домінуючим у них є поєднання природно-правового та позитивістського підходів. На думку О. Уварової, оптимальним поєднанням ідей природно-правової і позитивістської концепції праворозуміння є визнання обов'язковості закріплених державою правил поведінки за умови їх відповідності визнаним у суспільстві цінностям справедливості, рівності, свободи й гуманізму, їх тлумачення у світлі цих цінностей, а також необхідності безпосереднього звернення до них у випадку законодавчого мовчання<sup>43</sup>. На підставі такого інтегративного поєднання юридичних шкіл дослідниця розкриває такі особливості принципів права на фоні правових норм: 1) принципи права мають більший ступінь об'єктивності порівняно із нормами права, тобто вони набувають аксіоматичного характеру стосовно норм права; 2) відмінний характер нормативності принципів і норм; 3) більш стабільний характер принципів права; 4) принципи права виступають системоутворюючим елементом права; 5) відмінна структура принципів і норм права<sup>44</sup>.

Вивчаючи джерела та чинники нерівності на глобальному ринку, німецький соціолог У. Бек зокрема вказує на нерівномірність щодо інвестування багатою Північчю бідного Півдня. Джерелом такої нерівності вбачається домінування підходу національної держави, що насамперед враховують національні інтереси, та відсутність кристалізації певних спільних загальнолюдських інтересів, у чому й виражається, за висловом Бека, «фундаментальна асиметрія сприйняття нерівності»<sup>45</sup>. Далі вирізняються великі (транснаціональні, наднаціональні, інтернаціональні й глобальні) та малі нерівності (у рамках національних держав). На основі аналізу зазначених типів нерівностей Бек виділяє такі принципи нерівності: 1) національно-державна фрагментація та осудність глобальних нерівностей; 2) сприйняття соціальних нерівностей передбачає наявність норм рівності; 3) міжнаціональна непорівнюваність соціальних нерівностей; 4) затемнення (тобто усунення національними державами нерівності) легітимізує бездіяльність. Такі принципи призводять до того, що сильні й багаті держави перекладають ризик щодо негативних наслідків своїх рішень на бідні країни, що підсилюється усталеною парадигмою соціальних наук, в тому числі юридичною наукою<sup>46</sup>. Така позиція зачіпає



проблеми витоків та внутрішніх механізмів нерівності, які домінують сьогодні у світі та впливають на процес ухвалення рішень у рамках національних держав, на рівні транснаціональних і наднаціональних об'єднань, а також на глобальному рівні. Доволі визначальною обставиною для ухвалення таких рішень є насамперед національні інтереси, які формулюються та виступають домінантою саме з боку великих держав. На нашу думку, така нерівність може бути подолана формуванням нової моделі колективної безпеки та формуванням координації зусиль на глобальному ринку щодо доступу до ресурсів, включно як з природними, так і фінансовими та з доступом до новітніх інформаційних технологій.

При дослідженні проблем забезпечення принципу рівності і заборони дискримінації слід виходити з його чотирирівневої структури. Це зумовлено тим, що у сфері юриспруденції верифікація результатів наукових досліджень має стверджуватися матеріалами судової практики та звичайною практикою застосування відповідних принципів і приписів права, які тією чи іншою мірою відображені в положеннях правових актів – чи то нормативно-правових, чи то в актах індивідуальної дії.

1. Дослідження на рівні основних ідей, теорій та доктрин, в яких висвітлюються основні положення щодо сутності і змісту принципу рівності та заборони дискримінації у вітчизняній та зарубіжній юридичній науці та його місця серед основоположних принципів права.

2. Дослідження зародження й еволюції основних ідей та доктрин, які характеризують формування основних структурних елементів принципу рівності та заборони дискримінації і виражають сучасні тенденції його подальшого розвитку.

3. Дослідження практики втілення принципу рівності і заборони дискримінації у життя, аналітичних звітів міжнародних та національних правозахисних організацій, спеціалізованих установ чи посадових осіб (омбудсманів чи спеціалізованих офісів тощо).

4. Дослідження матеріалів судової та адміністративної практики щодо втілення положень і стандартів стосовно гарантування принципу рівності та заборони дискримінації.

Отже, можемо зробити такі висновки. Сучасна доктрина конституційного права України поступово виходить із стану кризи та позбавляється спадщини радянської доктрини державного права. Завдяки правовому плюралізму та міждисциплінарному підходу, в основі яких лежать цінності поваги до людської гідності, верховенства права та демократії, здійснюється формування нових вимог і стандартів до організації публічної влади та формування її обов'язку захисту. Саме на такій методологічній основі будується сучасна система конституційних принципів, які пронизують національну правову систему.

Природа конституційних принципів полягає в тому, що вони визначають певні стандарти та вимоги до змісту законодавства, адміністративної і судової практики, які характеризують провідні ідеї, поняття та конструкції у конституційному праві. Особливе значення конституційні принципи мають для з'ясування сутнісного змісту конституційних прав і свобод, які, у свою чергу, визначають межі втручання держави у сферу свободи індивіда. Особливої уваги заслуговує питання розмежування змісту конституційних принципів та прав людини, хоча останні також подібні до принципів права, оскільки визначають стандарти щодо їх конкретизації у законодавстві та правозастосуванні, а також співвідношення між міжгалузевими, галузевими принципами та принципами інститутів права. Таким чином, принцип рівності є універсальним, оскільки він є системоутворюючим щодо формулювання сутнісного змісту прав людини та визначає стандарти поведінки органів публічної влади з приватними особами задля попередження необґрунтованої дискримінації.

<sup>1</sup> Кун Т. Структура научных революций ; пер. с англ. / Т. Кун (сост. В. Ю. Кузнецов). – М.: ООО «Издательство АСТ», 2002. – С. 525–538.

<sup>2</sup> Блауберг И. В. Проблема целостности и системный подход / И. В. Блауберг. – М.: Эдиторал УРСС, 1997. – 448 с.; Парсонс Т. Система современных обществ / Т. Парсонс; пер. с англ. Л. А. Седова и А. Д. Ковалева (под ред. М. С. Ковалевой). – М.: Аспект Пресс, 1998. – 270 с.

<sup>3</sup> Верник О. І. Межі державної влади (монографічне дослідження) / О. І. Верник, П. В. Куфтирєв, А. Д. Машков (та ін.). – К.: Укр. Центр духовної культури, 2001. – 267 с.

<sup>4</sup> Медушевский А. Н. Теория конституционных циклов / А. Н. Медушевский; Гос. Ун-т – Высшая школа экономики. – М.: Изд. дом ГУ ВШЭ, 2005. – 574, [1] с. – Библиогр.: 512–533. – Алф. указ.: С. 554–570.

<sup>5</sup> Пригожин И. Порядок из хаоса: Новый диалог человека с природой ; пер. с англ. / И. Пригожин, И. Стенгерс ; общ. ред. В. И. Аршинова, Ю. Л. Климонтовича и Ю. В. Сачкова. – М.: Прогресс, 1986. – 310 с.

<sup>6</sup> Визначення і вимірювання демократії / за ред. Д. Бітема; пер. з англ. Г. Хомечко. – Л.: Літопис, 2005. – 318 с.

<sup>7</sup> Бехруз Х. Исламские традиции права: моногр. / Хашматулла Бехруз. – Одеса: Юридична література, 2006. – С. 100–120.

<sup>8</sup> Патнам Роберт Д. Творення демократії. Традиції громадської активності в сучасній Італії / Р. Д. Патнам разом з Р. Леонарді та Р. Й. Нанетті [пер. з англ. В. Ющенко]. – К.: Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2001. – С. 20.

<sup>9</sup> Ролз Дж. Теорія справедливості / Джон Ролз; пер. з англ.: О. Мокровольський. – К.: Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2001. – 822 с.

<sup>10</sup> Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха реформирования / пер. с англ.; Гарольд Дж. Берман. – 2-е изд. – М.: Изд-во МГУ: Издательская группа ИНФРА-М-НОРМА, 1998. – 624 с.

<sup>11</sup> Малишев Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії / Б. В. Малишев. – К.: Практис, 2008. – 344 с.

<sup>12</sup> Копоть В. О. Правовий реалізм / В. О. Копоть; Національна академія наук України; Київський університет права. – К., 2010. – 186 с.

<sup>13</sup> Richers D. Postmoderne Theorie in der Rechtsvergleichung? / D. Richers // Zeitschrift für ausländisches öffentliches Rechts und Völkerrecht. – 2007. – № 67. – S. 509–540.

- <sup>14</sup> Габермас Ю. До реконструкції історичного матеріалізму / Юрген Габермас; пер з нім. В. Купліна. – К.: Дух і Літера, 2014. – С. 55–76.
- <sup>15</sup> Циппеліус Р. Юридична методологія / Р. Циппеліус; переклад, адаптація, приклади з права України та список термінів Р. Корбута. – К.: Реферат, 2004. – 176 с.
- <sup>16</sup> Barak A. Judicial Discretion / A. Barak. – New Haven: Yale University Press, 1989. – 270 p.
- <sup>17</sup> Рабінович П. Правотлумачення і герменевтика (за матеріалами практики Конституційного Суду України) / П. Рабінович // Вісник Академії правових наук України. – 2006. – № 4. – С. 13–21.
- <sup>18</sup> Осятынський В. Парадоксы конституционного заимствования / В. Осятынський // Сравнительное конституционное право. – 2004. – № 3. – С. 53–67; Хасебе Я. Конституционные заимствования и политическая теория / Я. Хасебе // Сравнительное конституционное обозрение. – 2005. – № 4 (53). – С. 81–92.
- <sup>19</sup> Патнам Роберт Д. та ін. Вказ. праця.
- <sup>20</sup> Понпер К. Р. Відкрите суспільство та його вороги: в 2 т. / К. Р. Понпер. – К., 1994. – Т. 1: Чари Платона. – 444 с.
- <sup>21</sup> Савчин М. Порівняльне правознавство. Загальна частина : навч. посіб. / М. Савчин. – К.: Центр учбової літератури, 2006. – С. 127–128.
- <sup>22</sup> Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. – К.: Реферат, 2007. – С. 282.
- <sup>23</sup> Савчин М. Вказана праця. – С. 74.
- <sup>24</sup> Цит. за: Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. – С. 279.
- <sup>25</sup> Погребняк С. П. Роль основоположних принципів права у застосуванні права / С. П. Погребняк // Проблеми філософії права. – 2008–2009. – Т. VI–VII. – С. 125.
- <sup>26</sup> Загальна теорія права: підруч. / за заг. ред. М. І. Козюбри. – К.: Ваіте, 2015. – С. 67–68.
- <sup>27</sup> Там само. – С. 69–70.
- <sup>28</sup> Циппеліус Р. Юридична методологія: пер. з нім. / Райнгольд Циппеліус. – К.: Реферат, 2004. – С. 116.
- <sup>29</sup> Шевчук С. Значення загальноправового принципу пропорційності для визначення конституційності обмежень щодо реалізації конституційних прав і свобод (зарубіжний досвід) // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2000. – № 1 (20). – С. 70.
- <sup>30</sup> Леони Б. Свобода и закон / Бруно Леони [пер. с англ. В. Кошкина]; под ред. А. Куряева. – М.: ИРИСЭН, 2008. – С. 86–87.
- <sup>31</sup> Дайси А. В. Основы государственного права Англии. Введение в изучение английской конституции / А. В. Дайси [под ред. П. Г. Виноградова. Издание второе]. – М., 1907. – xxxvi+671 с. – С. 216–217.
- <sup>32</sup> Там само. – С. 227.
- <sup>33</sup> Fittipaldi E. Everyday Legal Ontology. A Psychological and Linguistic Investigation within the Framework of Leon Pertrazycki's Theory of Law / Edoardo Fittipaldi. – Milano: Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2012. – S. 100–101.
- <sup>34</sup> Хайек фон, Ф. А. Право, законодательство и свобода. Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / Фридрих Август фон Хайек; пер. с англ. – М.: ИРИСЭН, 2006. – 74 с.
- <sup>35</sup> Там само. – С. 75.
- <sup>36</sup> Там само. – С. 79.
- <sup>37</sup> The Handbook of Neoliberalism. Ed. by Simon Springer, Kean Birch and Julie MacLeavy. – Routledge: Taylor & Francis Group, 2015. – 631 p.
- <sup>38</sup> Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Жан-Луи Бержель; под общ. ред. В. И. Даниленко; пер. с фр. – М.: Изд. дом NO-TA BENE, 2000. – С. 161, 162.
- <sup>39</sup> Там само. – С. 166.
- <sup>40</sup> Там само. – С. 168.
- <sup>41</sup> Decision of Constitutional Council of French Republic 71-44 DC of 16 July 1971 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/case-law/decision/decision-no-71-44-dc-of-16-july-1971.135366.html>
- <sup>42</sup> Rosenberg, Michel and Sajo, Andras (Eds.) Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. – Oxford: Oxford University Press, 2003. – P. 983.
- <sup>43</sup> Уварова О. О. Принципы права у правозастосуванні: загальнотеоретична характеристика: моногр. / О. О. Уварова. – Х.: Друкарня МАДРИД, 2012. – С. 21.
- <sup>44</sup> Там само. – С. 33–48.
- <sup>45</sup> Бек Ульрих. Влада і контрвлада у добу глобалізації. Нова світова політична економія / Ульрих Бек; пер. з нім. О. Юдіна. – К.: Ніка-Центр, 2015. – 404 с. – (Серія «Зміна парадигми»; Вип. 14). – С. 64.
- <sup>46</sup> Там само. – С. 66–69.

### Резюме

**Савчин М. В., Журавльова Г. С. Основні засади методології досліджень сучасних проблем конституційного права та принцип рівності.**

У контексті конкретного соціального середовища та сучасних глобальних процесів, на основі міждисциплінарного підходу, гуманітарного виміру права та правового плюралізму обґрунтовано синтетичну методологію дослідження конституційних явищ і процесів. Проаналізовано основні компоненти конституційного принципу рівності та заборони дискримінації.

**Ключові слова:** глобалізація, конституціоналізм, конституційне право, правовий плюралізм, принцип рівності і заборони дискримінації, синтетизм.

### Резюме

**Савчин М. В., Журавлева Г. С. Основные принципы методологии исследований современных проблем конституционного права и принцип равенства.**

В контексте конкретной социальной среды и современных глобальных процессов, на основе междисциплинарного подхода, гуманитарного измерения права и правового плюрализма обосновано синтетическую методологию исследования конституционных явлений и процессов. Проанализированы основные компоненты конституционного принципа равенства и запрета дискриминации.

**Ключевые слова:** глобализация, конституционализм, конституционное право, правовой плюрализм, принцип равенства и запрета дискриминации, синтетизм.

#### Summary

*Savchyn M., Zhuravlyova G. The fundamental principles of the methodology of research on contemporary issues of constitutional law and the principle of equality.*

In the context of a concrete social environment and modern global processes, based on the interdisciplinary approach, humanitarian dimension of law and legal pluralism, the synthetic methodology of the study of constitutional phenomena and processes is substantiated. The main components of the constitutional principle of equality and the prohibition of discrimination are analyzed.

**Key words:** globalization, constitutionalism, constitutional law, legal pluralism, the principle of equality and the prohibition of discrimination, synthetics.

УДК 342.728

#### Н. П. ГАЄВА

*Надія Петрівна Гаєва, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

### КЛАСИФІКАЦІЯ ГРОМАДСЬКИХ ОРГАНІЗАЦІЙ В УКРАЇНІ: ТЕОРЕТИЧНІ ПІДХОДИ

Однією з найважливіших структур громадського суспільства є розгалужена мережа громадських організацій, що дає можливість говорити про види цих утворень та здійснити їх класифікацію.

Класифікація громадських організацій в юридичній літературі здійснюється віддавна, що зумовлено як пізнавальними причинами, так і практичною значущістю. Вона знайшла своє відображення у наукових працях таких радянських правознавців, як Т. А. Бочкова, Ю. М. Козлов, В. В. Кравченко, І. М. Рожко, А. І. Щиглик, Ц. А. Ямпольська та інші. Сучасні вітчизняні й зарубіжні науковці продовжують дослідження класифікації та класифікаційних критеріїв щодо громадських організацій. Зокрема, можна виділити роботи представників наук конституційного, адміністративного, цивільного права, теорії держави і права, політології. Серед них – праці Н. В. Богашевої, О. М. Ващук, М. Ю. Віхляєва, Є. Є. Додіної, Т. В. Журенок, А. Ф. Колодія, В. В. Кочин, В. М. Кравчук, А. В. Матвійчука, М. В. Менджул, М. М. Новікова, Ю. І. Парути, О. М. Семьоркіної, Т. М. Слінько, Ю. В. Соболева та інших. Увага вчених-правознавців та вчених інших сфер наук була зосереджена і на класифікації окремих видів громадських організацій (О. Т. Бень, О. А. Корнієвський, Л. І. Лойко, А. М. Половинець, І. Т. Темех, О. Б. Ярош та інші).

Той факт, що класифікації громадських організацій присвячено чимало наукових досліджень, засвідчує не тільки їх значущість, а й наявність багатьох проблем. Адже різноманітність громадських організацій ускладнює здійснення її однозначної класифікації. До того ж нині не знайдено виважених універсальних та загально визнаних класифікаційних критеріїв поділу громадських організацій. Така ситуація призводить не тільки до плутанини в правозастосуванні, а й створює перешкоди у виробленні єдиних засад їх правового регулювання.

Виходячи з цього, можна вважати проблематику класифікації громадських організацій актуальною і недостатньо розробленою. Саме тому автор ставить за мету розглянути класифікацію як метод пізнання громадських організацій, вдосконалити існуючі критерії їх класифікації та запропонувати власні. Однак, враховуючи обсяг статті, у її межах розкривається лише класифікація як метод пізнання громадських організацій, а критерії їх класифікації плануємо дослідити в наступній публікації.

Класифікацію як метод пізнання активно використовують в сучасній науці, зокрема юридичній. Однак змісту означеного поняття здебільшого не з'ясовують. Це зумовлено тим, що дефініції поняття «класифікація» в різних наукових джерелах в основному схожі. Проте вони також і відрізняються, адже не можуть не враховувати призначення та специфіку тієї чи іншої сфери наукового знання.

Щоб отримати з цього питання більш або менш вичерпну відповідь, важливо з'ясувати, який зміст вкладається в поняття «класифікація», що використовується в усіх науках і змінюється з розвитком конкретної наукової сфери. Так, тлумачний словник української мови слово «класифікація» пояснює у двох різних значеннях: 1) дія за значенням класифікувати, тобто розподіляти предмети, явища, або поняття на класи, групи тощо за спільними ознаками, властивостями, групувати; 2) система розподілу предметів, явищ або понять на класи, групи тощо за спільними ознаками, властивостями. При цьому акцентується увага на дефініції, відповідно до якої класифікацією називається система розміщення предметів за класами на підставі схожості цих предметів у середині класу і їх відмінності від предметів інших класів<sup>1</sup>.

Словник термінів з логіки тлумачить поняття «класифікація» (від лат. *classis* – розряд, клас і *facere* – робити) як багаторазово здійснений логічний поділ обсягу родового поняття на види й підвиди. За допомогою

класифікації внаслідок послідовного поділу можна отримати систему впорядкованих понять. Класифікація систематизує результати попереднього поділу розвитку певної галузі знань і тим створює умови її подальшого розвитку<sup>2</sup>. Філософські словники визначають поняття «класифікація» так: 1) окремий випадок застосування логічної операції поділу обсягу понять, який полягає в поділі предметів на класи на підставі їхніх спільних ознак з утворенням певної системи класів цієї сукупності предметів<sup>3</sup>; 2) особливий випадок застосування логічної операції обсягу понять, певна сукупність поділу<sup>4</sup>. Дещо іншу інтерпретацію поняття «класифікація» дає нова філософська енциклопедія – це загальнонаукове та загальнометодологічне поняття, яке визначає форму систематизації знань, що охоплює всю сферу об'єктів дослідження у вигляді системи класів чи груп цих об'єктів, за якими вони розподілені на підставі їхньої подібності за певними властивостями<sup>5</sup>.

В юридичній науці загалом сприймають загальнофілософські уявлення про класифікацію суспільних явищ, засновані на їх аналізі та синтезі. Під класифікацією правознавці традиційно розуміють систему суспільних понять (класів, об'єктів) тієї або іншої галузі знань чи діяльності людини, що використовується як засіб для встановлення зв'язків між цими поняттями чи класами об'єктів<sup>6</sup>. Окрім цього, соціологи вважають, що класифікація дає змогу визначити межі між різними формами знання<sup>7</sup>. Тобто, класифікація громадських організацій допомагає виявити їх сутність і зміст, юридичні властивості, а також розглянути їх як складові системи громадських організацій та сформувати цілісне розуміння даної системи. Тим самим розв'язується завдання як більш глибокого розкриття сутності категорії «громадська організація», так і змістовного наповнення категорії «система громадських організацій». У свою чергу, правильність і повнота класифікації будь-яких правових явищ, у тому числі й громадських організацій, залежить насамперед від вибору її критеріїв. У перекладі з грецької мови термін «критерій» означає «мірило для визначення, оцінки предмета, явища; ознака, взята за основу класифікації»<sup>8</sup>. Тобто, критерій класифікації громадських організацій – це визначальна кваліфікуюча ознака громадських організацій, що дає змогу розмежовувати ці організації між собою.

Інтегруючи вищевикладені положення, можна вивести наступну дефінітивну формулу класифікації громадських організацій – це багаторазово здійснений, логічно побудований процес, спрямований на виявлення підстав (критеріїв), на основі яких відбувається послідовний поділ усієї багатоманітності громадських організацій на окремі самостійні групи з метою їх впорядкування, систематизації та, відповідно, встановлення наявних зв'язків між ними. Таке визначення, по-перше, допомагає зрозуміти правову природу та ідентифікувати громадські організації як систему на самостійні види (групи) або підсистеми; по-друге, створює науковий простір для внутрішньої видової класифікації громадських організацій; по-третє, спрямовує на створення зв'язків між усіма їх різновидами.

В процесі здійснення будь-якої наукової класифікації логічно правильний поділ завжди повинен відповідати низці вимог, суть яких зводиться до такого: 1) при встановленні різновидів однієї і тієї ж групи явищ критерієм кожного окремого поділу може бути лише одна підстава; 2) об'єктивність критерію. Поділ є не лише зовнішнім щодо явищ, які розглядаються, він приховує в собі риси самих цих явищ; 3) класифікація має виражати відмінність явищ не за формою, а за їх змістом, тобто обраний критерій повинен виражати істотні елементи змісту явищ; 4) застосування обраного критерію до різновидів, що вичленовуються, повинно обов'язково виявити відмінності між ними по суті, інакше стане неможливим розмежувати їх на види<sup>9</sup>. Перелічені вимоги до класифікації повною мірою властиві і класифікації громадських організацій. Така класифікація допомагає систематизувати накопичені знання про громадські організації, тобто отримати їх упорядковану, цілісну систему і тим самим не лише розширити знання про них, а й створити умови для подальшого накопичення та розвитку цих знань, їх систематизації та вдосконалення; з'ясувати подібності й відмінності між громадськими організаціями; надає можливість значно краще зрозуміти їх юридичні ознаки та функціональне призначення, більш ґрунтовно і комплексно усвідомити їх місце та роль у громадянському суспільстві.

Розвиваючи положення наукової доктрини класифікації громадських організацій, варто зазначити, що у процесі розвитку теорії громадських організацій їх класифікація ускладнюється, модернізується, і поділ проводиться як за новими, так і за все більшим числом критеріїв. При цьому слід зауважити, що класифікація громадських організацій є умовною, носить суб'єктивний характер, оскільки, як і будь-яка класифікація, вона безпосередньо залежить від знань і переконань суб'єкта, що її здійснює, а також його здатності розрізняти ознаки об'єктів класифікації та розподіляти їх за наміченими групами. У додаток до обґрунтування зазначеної тези варто навести думку зарубіжного вченого В. І. Криллова, який цілком слушно звертає увагу на те, що при розподілі предметів на суворо відмежовані одна від одної групи класифікація робить ці межі нерухомими. Проте предмети дійсності є взаємопов'язаними, між ними немає нерухомих меж. З цього випливає, що будь-яка класифікація є умовною. Багато явищ природи та суспільного життя не можуть бути беззастережно віднесені до якоїсь-небудь визначеної групи. Окрім цього, з розвитком знань класифікація, як правило, змінюється, доповнюється, а іноді замінюється новою, більш точною. Саме тому до жодної класифікації не можна підходити як до завершеної; потрібно враховувати діалектичну природу як самої дійсності, так і відображаючих її знань, які знаходяться у безперервному процесі зміни та розвитку<sup>10</sup>.

Аналіз наукових доробків сучасних вчених, які стосуються окресленої проблематики, дає змогу констатувати, що нині існує кілька підходів до класифікації громадських організацій. Найбільш розповсюдженим є поділ громадських організацій за системним критерієм. Йдеться про застосування комплексу критеріїв, що дає можливість розглянути громадські організації в багатоплощинному вимірі. Другий підхід – поділ громадських організацій лише за одним критерієм. Тобто, має місце одноплощинний підхід до класифікації громадських організацій, який не продукує знань про весь набір їх суттєвих ознак. Третій підхід – розмежуван-

ня (диференціація) громадських організацій без зазначення критеріїв їх поділу. Вразливість цієї позиції полягає передусім у неможливості проведення наукової класифікації із-за відсутності підстав, за якими громадські організації об'єднуються в однорідні групи. Саме такий підхід має місце у запропонованій Т. Н. Слинсько та О. Г. Кушнарєнко класифікації громадських організацій, де вони поділяються на такі групи: екологічні, соціально-екологічні, природоохоронні; правозахисні групи і об'єднання; борці за справедливість; робітничий рух; громадсько-культурні, творчі, спортивні, здорового способу життя; жіночі рухи; миротворницькі; історико-патріотичні<sup>11</sup>. Цю класифікацію в літературі цілком слушно характеризують «як де-що недосконалою, строкатою (оскільки немає єдиного критерію) і неспроможною відобразити все різноманіття людських інтересів та потреб, для задоволення яких створюються громадські організації»<sup>12</sup>.

Для всебічного висвітлення питання про класифікацію громадських організацій за системним критерієм або лише за одним зазначимо, що в юридичній літературі при класифікації будь-якого явища за тим чи іншим критерієм традиційно застосовуються два способи. Перший спосіб – це дихотомія, або інакше – «поділ навпіл». З її допомогою, використовуючи послідовно один визначений критерій, ділять поняття на дві групи, з яких одну характеризує наявність цієї підстави, а іншу – її відсутність. При другому способі, за допомогою визначених підстав, створюється необмежена кількість груп. У кожній з них вказані підстави відповідним чином індивідуалізуються<sup>13</sup>. Для класифікації громадських організацій в сучасній літературі застосовуються обидва способи щодо обрання критеріїв при їх диференціації. Тимчасом, який би підхід у класифікації не використовувався, важливо, щоб при його застосуванні, як зазначає О. І. Зозуляк, була змога вийти на логічне розуміння системи тих чи інших правових категорій<sup>14</sup>.

При цьому одразу зазначимо, що пошук підстав класифікації громадських організацій повинен розпочинатись із легальних класифікаційних критеріїв, які застосовуються щодо їх поділу на рівні чинного законодавства, адже вони (критерії) є основними для правильного розуміння конкретного різновиду громадських організацій. Для прикладу наведемо Закон України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 р.<sup>15</sup> (далі – Закон), де класифікаційні характеристики громадських об'єднань, у тому числі громадських організацій, будуються з використанням дихотомії. Так, залежно від можливості участі в цивільному обороті Закон класифікує громадські організації на ті, які мають намір здійснювати діяльність зі статусом юридичної особи, та ті, які здійснюють діяльність без такого статусу (ч. 5 ст. 1). Саме цей критерій у Законі є своєрідним «первоначалним», який відкриває інші критерії для дихотомічного способу класифікації громадських організацій. Зокрема, громадські організації поділяються на такі, що можуть бути учасниками цивільно-правових відносин, набувати майнові й немайнові права, та ті, які не можуть (п. 1 ч. 2 ст. 21); мають право на створення відокремлених підрозділів та ті, що не мають (ст. 13); здійснюють підприємницьку діяльність безпосередньо, якщо це передбачено статутом громадської організації, або через створені в порядку, передбаченому законом, юридичні особи, та ті, які не здійснюють підприємницьку діяльність (п. 2 ч. 2 ст. 21); вправі виконувати державні замовлення і ті, яким таке право не надається (ч. 3 ст. 21); засновують з метою досягнення своєї статутної мети засоби масової інформації і ті, які їх не засновують (п. 3 ст. 2, ст. 21); беруть участь у порядку, визначеному законодавством, у роботі консультативних, дорадчих та інших допоміжних органів, що утворюються органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим, органами місцевого самоврядування, та ті, що не беруть такої участі (п. 5 ч. 2 ст. 21) тощо.

Зазначимо, що дихотомію як спосіб класифікації громадських організацій активно використовують сучасні дослідники незалежно від того, як проведена ними диференціація громадських організацій – за системним критерієм чи за одним чинником.

Далі вбачаємо потребу зазначити і таке, що громадські організації є елементами й інших збірних категорій: 1) об'єднань громадян (ст. 36 Конституції України); 2) громадських об'єднань, організаційно-правовою формою яких є громадські організації (ч. 2 ст. 1 Закону України «Про громадські об'єднання»); 3) громадських формувань, які згідно із Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» від 26 листопада 2015 р.<sup>16</sup> охоплюють політичні партії, громадські об'єднання (а отже, і громадські організації), професійні спілки, творчі спілки відокремлені підрозділи іноземних неурядових організацій; 4) непідприємницьких товариств, окремими видами яких є об'єднання громадян (а отже, і громадські організації) (ст. ст. 85 та 86 Цивільного кодексу України)<sup>17</sup>; 5) неприбуткових установ і організацій, різновидами яких є громадські організації, професійні спілки (пп. «б» та «є» п. 157.1 ст. 157 Податкового кодексу України)<sup>18</sup>; 6) неурядових організацій, поняття яких за визначенням Фундаментальних принципів щодо статусу неурядових організацій у Європі від 5 липня 2002 р.<sup>19</sup> та Рекомендацій Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам, стосовно статусу неурядових організацій в Європі № CM/Rec(2007)14<sup>20</sup> включає в себе добровільні самоврядні об'єднання або організації, створені для реалізації некомерційних завдань їхніх засновників або членів. Вони не розподіляють прибутки, що є результатом їхніх дій, між своїми членами та засновниками, але використовують їх для досягнення своїх цілей. Однак до числа неурядових організацій, згідно із цитованими документами, не належать політичні партії.

Не зупиняючись у межах даної статті на проблемних питаннях співвідношення громадських організацій з вищезазначеними громадськими утвореннями, зазначимо, що дослідження процесу класифікації громадських організацій не може бути відокремленим від класифікації названих суб'єктів на рівні законодавства та пропонувані доктринальні класифікації вітчизняними й іноземними дослідниками. Адже громадські організації, будучи частиною об'єднань громадян, громадських об'єднань, громадських формувань, непідприємницьких товариств, неприбуткових організацій, неурядових організацій, не можуть бути ізольованими від

них. Тим більше, що ці форми громадських утворень так чи інакше відбиваються на особливостях громадських організацій. Інакше кажучи, класифікація громадських організацій повинна будуватися у двох площинах: по-перше, крізь призму класифікації названих суб'єктів; по-друге, – як класифікація власне громадських організацій. Водночас підміна та змішування понять призводить до того, що в законодавстві та науковій доктрині доволі часто розташовують в одному класифікаційному ряду громадські утворення різнопланового характеру.

Подібний стан речей свідчить про наявність взаємозалежності між проблемою класифікації громадських організацій та позицією законодавця, дослідника щодо сутності й змістовного наповнення категорії «громадська організація». Однак нині відсутня єдина усталена концепція щодо громадських організацій. Вважаємо, що така ситуація викликана передусім неякісним законодавчим підходом до інтерпретації змісту категорії «громадська організація», визначення якої є занадто лаконічним.

Не маючи на меті докладне висвітлення базових відмінних ознак, які притаманні громадським організаціям, зазначимо, що у легальному визначенні акцент робиться лише на суб'єктному складі – засновниками та членами (учасниками) громадської організації є фізичні особи (ч. 3 ст. 1 Закону України «Про громадські об'єднання»). Щодо інших ознак, то слід підкреслити, що громадській організації притаманні усі ознаки громадського об'єднання в цілому, що наведені в ст. 1 Закону України «Про громадські об'єднання». З аналізу даної норми випливає, що громадська організація, будучи організаційно-правовою формою громадського об'єднання (а точніше – її видом), характеризується такими ознаками: по-перше, громадська організація повинна бути добровільним об'єднанням фізичних осіб; по-друге, метою (ціллю) та напрямками її діяльності є здійснення та захист прав і свобод, задоволення суспільних, зокрема економічних, соціальних, культурних, екологічних та інших інтересів.

З огляду на наведене, легальними класифікаційними критеріями громадських організацій, які впливають зі змісту ст. 1 Закону України «Про громадські об'єднання», є мета (ціль) діяльності, суб'єктний склад, напрями діяльності, можливість участі в цивільному обороті. Та попри це, залишається дискусійним у науковій літературі питання щодо визначення кола суб'єктів, які входять до переліку громадських організацій. Адже мета (ціль) діяльності, напрями діяльності, можливість участі в цивільному обороті є кваліфікаційними критеріями як громадських організацій, так і громадських об'єднань в цілому, і лише суб'єктний склад є головною, істотною ознакою, яку слід передусім враховувати при віднесенні тих чи інших громадських об'єднань до громадських організацій.

Щодо класифікаційних критеріїв мети (цілі) та напрямів діяльності, то вони зазвичай пропонуються дослідниками конституційного та адміністративного права, а можливість участі в цивільному обороті є цивільно-правовим критерієм поділу громадських організацій. При цьому в науковій літературі класифікація громадських організацій проводиться й за іншими критеріями. Але це вже тема іншої статті.

<sup>1</sup> Словник української мови: в 11 т. / редкол.: І. К. Білодід (голова), А. А. Бурячок, В. О. Винник та ін. – К.: Вид-во «Наукова думка», 1973. – Т. 4: І–М. – С. 175. – 840 с.

<sup>2</sup> Цалін С. Д. Словник термінів з логіки. 3-тє вид., виправ. і допов. / С. Д. Цалін. – Х.: Основа, 2004. – С. 121. – 321 с.

<sup>3</sup> Філософський словник / за ред. В. І. Шинкарука. – К.: Гол. ред. УРЕ АН УРСР, 1973. – С. 220. – 600 с.

<sup>4</sup> Философский энциклопедический словарь / ред.-сост. К. Ф. Губский и др. – М.: ИНФРА-М, 2003. – С. 212. – 576 с.

<sup>5</sup> Новая философская энциклопедия: в 4 т. / науч.-ред. совет: В. С. Степин (предс.), А. А. Гусейнов, Г. Ю. Семигин; А. П. Огурцов (учен. секр.). – М.: Мысль, 2010. – Т. 2. – С. 255. – 634 с.

<sup>6</sup> Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. Ю. С. Шемшученка. 2-ге вид., перероб. і допов. – К.: Вид-во «Юридична думка», 2012. – С. 371. – 1020 с.

<sup>7</sup> Большой толковый социологический словарь (Collins) / пер. с англ. – М.: Вече, АСТ, 2001. – Т. 1: А–О. – С. 292. – 544 с.

<sup>8</sup> Словник іншомовних слів / уклад.: С. М. Морозов, Л. М. Шкарапута. – К.: Наук. думка, 2000. – С. 305.

<sup>9</sup> Конституційне право України / за ред. В. Ф. Погорілка. – К.: Наук. думка, 2000. – С. 102. – 731 с.

<sup>10</sup> Криллов В. М. Логика / В. М. Криллов, А. А. Старченко. – М.: Высшая шк., 1982. – С. 56. – 264 с.

<sup>11</sup> Слинько Т. Н. Конституційно-правовий статус об'єднань громадян в Україні: навч. посіб. / Т. Н. Слинько, О. Г. Кушнаренко. – Х.: Арсіс, 1998. – С. 26–27. – 176 с.

<sup>12</sup> Кравчук В. Деякі підходи до класифікації громадських організацій в Україні / В. Кравчук // Вибори та демократія. – 2007. – № 1. – С. 49. – С. 48–53.

<sup>13</sup> Брагинский М. И. Договорное право. Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М.: Статут, 1997. – С. 308.

<sup>14</sup> Зозуляк О. І. Непідприємницькі юридичні особи як суб'єкти цивільного права: теоретичний та практичний аспекти: моногр. / О. І. Зозуляк. – Тернопіль: Підручники і посібники, 2017. – С. 193. – 432 с.

<sup>15</sup> Про громадські об'єднання: Закон України від 22 березня 2012 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 1. – Ст. 1.

<sup>16</sup> Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань: Закон України від 26 листопада 2015 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2016. – № 2. – Ст. 17.

<sup>17</sup> Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.

<sup>18</sup> Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 13–14, № 15–16, № 17. – Ст. 112.

<sup>19</sup> Фундаментальні принципи щодо статусу неурядових організацій в Європі від 05.07.2002 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994-209>

<sup>20</sup> Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам стосовно статусу неурядових організацій в Європі № СМ/Rec(2007)14. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994-937>

#### Резюме

**Гаєва Н. П. Класифікація громадських організацій: теоретичні підходи.**

У статті досліджуються теоретичні підходи до класифікації громадських організацій. Особлива увага приділяється дефінітивній формулі класифікації громадських організацій, вимогам до класифікації, системному критерію, способам класифікації.

**Ключові слова:** громадська організація, класифікація, критерії класифікації, способи класифікації.

#### Резюме

**Гаєва Н. П. Классификация общественных организаций: теоретические подходы.**

В статье исследуются теоретические подходы к классификации общественных организаций. Особое внимание уделяется дефинитивной формуле классификации общественных организаций, требованиям классификации, системному критерию, способам классификации.

**Ключевые слова:** общественная организация, классификация, критерии классификации, способы классификации.

#### Summary

**Gaeva N. Classification of public organizations: theoretical approaches.**

The article investigates the theoretical approaches to the classification of public organizations. Particular attention is paid to the definitions of the classification of public organizations, the requirements for classification, the system criterion, the methods of classification.

**Key words:** public organization, classification, classification criteria, methods of classification.

УДК 341.1/8

### М. І. СУРЖИНСЬКИЙ

*Максим Ігорович Суржинський, кандидат юридичних наук, науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

## НАЛЕЖНІСТЬ ДО ГРОМАДЯНСТВА УКРАЇНИ ТА ПОСТРАДЯНСЬКИХ ДЕРЖАВ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ

Дослідження проблеми належності до громадянства завжди було актуальним, оскільки з усіх пов'язаних з інститутом громадянства питань найважливішим для будь-якої держави є визначення підстав, за наявності яких особа визнається громадянином цієї держави. Незважаючи на це, у правовій науці проблема належності до громадянства ще не була предметом спеціального наукового дослідження. Зазвичай, вчені-конституціоналісти обмежуються у своїх працях лише констатацією й характеристикою підстав, за наявності яких особа визнається громадянином (С. А. Авак'ян, Р. Б. Бедрій, О. В. Журавко, С. К. Косаков, В. В. Кравченко, О. С. Лотюк, А. В. Мещеряков, О. О. Міронов, В. Ф. Погорілко, Ю. М. Тодика, І. А. Толкачова, О. Ф. Фрицький, П. Ф. Чалий, Ю. С. Шемшученко, К. Л. Шкумбатюк). А теоретичним питанням змісту поняття «належність до громадянства», які потребують свого подальшого висвітлення, присвячено небагато праць переважно зарубіжних авторів (В. Я. Кікоть, О. Є. Кутафін, В. М. Сафронов, В. С. Шевцов). Водночас відсутнє тлумачення даного терміна в законодавстві, хоча сутність будь-якого поняття вирішальною мірою визначається ступенем його юридичного оформлення. Тим часом переважна більшість науковців не розглядає належність до громадянства як самостійну проблему і зводить її до характеристики складової набуття громадянства. Це створює об'єктивне підґрунтя для подальшого теоретичного пошуку вирішення даної проблеми.

Як відомо, після розпаду СРСР питання, пов'язані з визначенням первісної сукупності громадян, вирішувалися колишніми радянськими республіками не шляхом укладання багатосторонніх угод чи прийняття спільних рішень, а кожною республікою самостійно на підставі внутрішньодержавних актів. Як результат, в одних державах встановлення первісної сукупності громадян пов'язувалося з такою формою, як визначення належності до громадянства, а в інших – як одна з підстав набуття громадянства. Так, в Україні правовий припис щодо встановлення кола осіб, які визнаються громадянами України, уже в першій редакції Закону «Про громадянство України» від 8 жовтня 1991 р. був закріплений в окремій статті, яка мала назву «Належність до громадянства України» (ст. 2)<sup>1</sup>. Аналогічні за назвою статті можна знайти в законах про громадянство Азербайджану (ст. 3)<sup>2</sup>, Казахстану (ст. 3)<sup>3</sup>, Киргизстану (ст. 1)<sup>4</sup>, Латвії (ст. 2)<sup>5</sup>, Узбекистану (ст. 4)<sup>6</sup>.

Що стосується Російської Федерації, то в Законі «Про громадянство Російської Федерації» від 28 листопада 1991 р.<sup>7</sup> визнання осіб, які є її громадянами, було зафіксовано як одна з підстав набуття громадянства. Російські правознавці вважають, що це було зумовлено тим, що громадянство Російської Федерації на той час, як і в інших колишніх радянських республіках, не було юридично оформлене. Діяв єдиний паспорт громадянина СРСР зразка 1974 р., і не було правових засобів підтвердження чи спростування належності до

громадянства Російської Федерації<sup>8</sup>. Але чинний Закон Російської Федерації «Про громадянство Російської Федерації» від 31 травня 2002 р. серед підстав набуття громадянства не передбачає належність до громадянства. Воно одержало нову форму і зафіксовано в окремій статті, яка має назву «Громадяни Російської Федерації» (ст. 5)<sup>9</sup>. Відомий вчений С. А. Авак'ян пояснює такі зміни у законодавстві тим, що визнання громадянства (в Україні – належність до громадянства) є не стільки підставою його набуття, скільки окремим положенням Закону щодо того, кого слід вважати громадянами Російської Федерації. «Водночас у Російській Федерації, – продовжує науковець, – була необхідність закріпити визнання не тільки підставою набуття громадянства, а й однією з головних підстав, оскільки на момент прийняття Закону (1991 р.) було багато невіршених питань<sup>10</sup>.

Слід зазначити, що низка законів щодо громадянства держав- правонаступниць СРСР також не містять терміна «належність до громадянства», а вживають при визначенні кола осіб, які є їх громадянами, термін «громадяни Туркменістану» (ст. 3)<sup>11</sup>, «громадяни Литовської Республіки» (ст. 4)<sup>12</sup>, «громадянин Грузії»<sup>13</sup>. Запровадження таких термінів не означає, що в законотворчій практиці цих держав немає положення щодо належності до громадянства, яке здійснюється через визнання в законі категорій осіб, які є громадянами цієї держави.

В Україні належність до громадянства завжди встановлювалася законом шляхом переліку категорій осіб, які визнаються громадянами України. Іншими словами, належність до громадянства здійснювалася через визнання в законі осіб, які є її громадянами.

Під терміном «визнання громадянства» відомий правознавець О. О. Кутафін розуміє своєрідну юридичну «інвентаризацію» державою свого населення, поділ його на «своїх» і «чужих», який періодично здійснюється на підставі найбільш загальних, часто формальних принципів, що обумовлюють зв'язок особи з державою. Встановлюючи коло своїх громадян, стверджує науковець, держава створює необхідні передумови для відмежування громадян від іноземців або осіб без громадянства, а також для вирішення всіх інших питань громадянства. При цьому держава визначає умови, наявність яких необхідна для того, щоб особа була визнана громадянином<sup>14</sup>.

Щодо особливостей змісту відносин щодо визнання громадянства, то правознавець радянської доби В. С. Шевцов вбачає їх у відсутності спеціально вираженого волевиявлення особи з приводу набуття або втрати громадянства. Воно спрямоване саме на визнання громадянства за особою, яка нібито просить підтвердження державою факту, згідно з яким вона вправі володіти цим громадянством<sup>15</sup>.

На думку В. М. Сафронова, визнання (констатація) наявності у особи радянського громадянства – це така форма, за якої, згідно із загальними правилами, від особи або її законних представників не вимагається письмово вираженого волевиявлення. Тому під терміном «визнання громадянства» він вважає всі випадки набуття громадянства за народженням, унаслідок зміни громадянства батьків тощо<sup>16</sup>.

В юридичній літературі трапляється й ширше розуміння поняття «визнання громадянства», а саме: будь-які відносини, що виникають між державою і особою з приводу громадянства, стосуються визнання за особою громадянства. У всіх цих випадках держава – й лише вона – вирішує одну проблему: визнавати за даною конкретною особою її громадянство чи ні<sup>17</sup>.

Правознавці висловлюють різні погляди стосовно того, що саме слід віднести до поняття «визнання громадянства», а отже, і до змісту поняття «належність до громадянства». Воно часто ототожнюється з набуттям громадянства, особливо коли громадянство, як і його визнання, не вимагає згоди особи, котра набуває громадянство. Проте визнання громадянства і набуття його, у тому числі за народженням або за інших обставин, що не вимагають згоди особи, яка набуває громадянство, як слушно стверджує О. О. Кутафін, є різними правовими категоріями<sup>18</sup>.

Слід зауважити, що понад чверть століття тому радянський учений В. М. Сафронов наголошував на відмінності між визнанням громадянства і набуттям його. Він стверджував, що виникнення радянського громадянства може відбуватися у двох формах: у формі визнання (констатації) наявності за особою громадянства СРСР і у формі набуття радянського громадянства. Критерієм розмежування цих форм, на його думку, слугує наявність або відсутність письмово вираженого волевиявлення заінтересованої особи. Визнання (констатація) наявності у особи радянського громадянства – зауважував науковець, – це така форма його виникнення, за якої, згідно із загальним правилом, від особи або її законних представників не вимагається письмово вираженого волевиявлення<sup>19</sup>.

Наведені теоретичні положення слугують орієнтиром, який дає можливість зіставити сутність і формальні характеристики між поняттями «визнання громадянства» (належність до громадянства) та «набуття громадянства».

На нашу думку, визнання громадянства (належність до громадянства) – це констатація наявності громадянства у тієї або іншої особи на момент прийняття закону про громадянство. Тобто, йдеться про дії, які відбулися в минулому, а саме: до прийняття нового закону про громадянство. При визнанні громадянства, на думку О. О. Кутафіна, яку ми поділяємо, воно не отримується, оскільки всі особи, визнані громадянами за прийнятим новим законом, набули його або були такими, що вже мали його за чинним раніше законодавством, на зміну якому прийшов новий законодавчий акт<sup>20</sup>. До речі, згідно із Законами України «Про громадянство України» від 8 жовтня 1991 р.<sup>21</sup> та від 16 квітня 1997 р.<sup>22</sup> однією з підстав, за якими особа визнавалася громадянином України, була й така: громадянами України є особи, які набули громадянство України відповідно до цих законів. Ця підстава в Законі України «Про громадянство України» від 18 січня 2001 р. була доповне-



на формулюванням: «...та міжнародних договорів України»<sup>23</sup>. Отже, набуття громадянства в Україні є однією з підстав визнання належності особи до громадянства України, що прямо передбачене в законі за умови, що таке набуття сталося до прийняття нового закону про громадянство. Особи ж, які набувають громадянство, у тому числі й за народженням, визнаються громадянами відповідно до нового закону, тобто після його прийняття.

Виходячи з принципу державного суверенітету, кожна держава має право самостійно визначати, хто є її громадянином, а хто ні. Це положення закріплене в ст. 3 Європейської Конвенції про громадянство 1997 р.: кожна держава визначає відповідно до свого законодавства, хто є її громадянами<sup>24</sup>. Водночас міжнародне право обмежує свободу дій держави в регулюванні питань громадянства. Перше обмеження полягає в тому, що кожна держава може регулювати тільки питання власного громадянства. Тобто, в міжнародному праві існує принцип заборони правового регулювання громадянства іноземної держави. Не може бути й абсолютної свободи в питаннях регулювання громадянства державою, оскільки кожна держава могла б визнавати всіх осіб своїми громадянами, і громадянство втратило б свою суть.

Згідно із Законом України «Про громадянство України» від 18 січня 2001 р. громадянами України є:

- 1) усі громадяни колишнього СРСР, які на момент проголошення незалежності України (24 серпня 1991 р.) постійно проживали на території України;
- 2) особи, незалежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, мовних чи інших ознак, які на момент набрання чинності Законом України «Про громадянство України» (13 листопада 1991 р.) проживали в Україні і не були громадянами інших держав;
- 3) особи, які прибули в Україну на постійне проживання після 13 листопада 1991 р. і яким у паспорті громадянина колишнього СРСР зразка 1974 р. органами внутрішніх справ України внесено напис «громадянин України» та діти таких осіб, які прибули разом із батьками в Україну і на момент прибуття в Україну не досягли повноліття, якщо зазначені особи подали заяви про оформлення належності до громадянства України;
- 4) особи, які набули громадянство України відповідно до законів України та міжнародних договорів України (ст. 3 Закону).

Особи, зазначені у п. 1 ч. 1 цієї статті, є громадянами України з 24 серпня 1991 р., зазначені у п. 2 – з 13 листопада 1991 р., а у п. 3 – з моменту внесення відмітки про громадянство України.

Отже, Україна обрала так званий «нульовий варіант», як і більшість держав, що утворилися на теренах СРСР після його розпаду. Але з урахуванням того, що питання, пов'язані з належністю до громадянства в пострадянських державах, вирішувалися не шляхом укладення багатосторонніх угод чи прийняття спільних рішень, а кожною державою окремо, реалізація так званого «нульового варіанта» має певну специфіку.

Так, Республіка Білорусь визнає своїми громадянами всіх осіб, які постійно проживали на території держави на день набрання чинності Закону про громадянство (ч. 1 ст. 8). Цієї ж форми належності дотримується Республіка Азербайджан.

Громадянами Киргизької Республіки визнаються особи, які перебувають у громадянстві не на день набрання чинності Законом, а на день прийняття Декларації про державний суверенітет Киргизької Республіки і не втратили його на день набрання чинності Законом про громадянство (ч. 1 ст. 1). А громадянами Таджикистану – особи, які перебувають у громадянстві на день прийняття Конституції (ст. 2)<sup>25</sup>.

У Грузії громадянство було надано всім особам, які постійно проживали на її території (не менше п'яти років) і проживали в Грузії на день набрання чинності Закону про громадянство, незалежно від їх статусу і належності до громадянства СРСР, з правом негативної оптації, тобто відмови від громадянства Грузії (п. а ст. 3).

Інший підхід до визнання своїми громадянами використали законодавці Республіки Вірменія, а саме: для громадян колишньої Вірменської РСР, які постійно проживають в республіці, існує тільки одна умова – це відмова від громадянства інших держав, а для осіб без громадянства та громадян інших республік колишнього СРСР – постійне проживання на території Вірменії останні три роки. Громадянами визнаються і колишні громадяни Вірменської РСР, що проживають після 21 вересня 1991 р. за межами республіки, за умови, що вони не набули громадянства іноземної держави. А також особи, які не стали громадянами іншої держави, за походженням є вірменами (ст. 1)<sup>26</sup>.

Республіка Туркменістан визнає своїми громадянами не лише постійно проживаючих на її території громадян колишнього СРСР, а й тих осіб, які народилися на території Туркменістану, але виїхали на постійне проживання в іншу республіку колишнього СРСР до набрання чинності даного Закону. Для того, щоб реалізувати своє право на громадянство, ці особи можуть протягом одного року з дня набрання чинності Законом заявити про своє бажання бути громадянами Туркменістану. Дане положення поширюється також на нащадків зазначених осіб по прямій низхідній лінії (ст. ст. 17, 19).

Громадянами Республіки Молдова визнаються особи, які: набули та зберегли громадянство Республіки Молдова відповідно до раніше діючого законодавства, а також особи, що набули громадянство відповідно до цього Закону; виявили бажання стати громадянами Республіки Молдова, а саме: а) особи, що народилися на території Республіки Молдова або мають хоча б одного з батьків, предків, які народилися на цій території; б) особи, які до 28 червня 1940 р. проживали на території Бессарабії, півночі Буковини, округу Херца і МАССР, а також їхні нащадки; в) особи, які були вислані або покинули територію Республіки Молдова починаючи з 28 червня 1940 р., а також їх нащадки; г) особи, які до 23 червня 1990 р. законно і постійно проживали на території Республіки Молдова і продовжують проживати в даний час<sup>27</sup>.

Для держав Балтії проблема належності до громадянства стала однією з центральних у суспільно-політичних відносинах. При цьому держави Балтії вважають себе не новими, а відновленими державами. Як результат, прибалтійські республіки, виходячи з того, що вони перебували в складі СРСР у результаті неправомірної анексії у 1940 р., застосували дуже жорсткі підходи до визначення кола осіб, які є їх громадянами. Зокрема, Латвія та Литва поновили в силі закони про громадянство, які діяли станом на 1940 рік. Відповідно, громадянство даних держав було автоматично надане лише тим особам, які мали латвійське (литовське) громадянство на момент «анексії» з боку СРСР (1940 р.), а також їх нащадкам (ст. 2)<sup>28</sup>. Законодавець Литви до кола осіб додає вихідців, які постійно проживали в період з 9 січня 1919 р. по 15 червня 1940 р. на теперішній території Литовської Республіки (ст. 1). Тим самим держави Балтії у перші роки своєї незалежності зняли з себе зобов'язання перед громадянами СРСР, які постійно проживали на їхній території. Така політика держав Балтії щодо визначення належності до громадянства була зумовлена демографічним чинником: балтійські республіки були єдиним регіоном в СРСР, де впродовж останніх десятиріч перед розпадом СРСР збільшився наплив російськомовного населення. Так, у момент відновлення латвійської незалежності в 1991 р. у латишів навіть не було впевненості в тому, що вони становлять хоча б половину населення держави. Тому співвідношення корінного і російськомовного населення – дуже болюче для них питання, яке знайшло своє відображення у звуженні кола осіб, які визнаються їх громадянами<sup>29</sup>.

Отже, із зазначених вище положень правове регулювання належності громадянства пострадянських держав вирішується кожною державою самостійно. У результаті цього на теренах колишнього СРСР було реалізовано різні концепції та підходи, що відображають, головним чином, політико-правові позиції законодавця конкретної держави.

<sup>1</sup> Про громадянство України : Закон України від 8 жовтня 1991 р. / Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 50. – Ст. 701.

<sup>2</sup> О гражданстве Азербайджанской Республики : Закон Азербайджанской Республики от 30 сентября 1998 г. : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.legislationline.org/ru/documents/action/popup/id/14144>

<sup>3</sup> О гражданстве Республики Казахстан : Закон Республики Казахстан от 20 декабря 1991 г. : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.legislationline.org/ru/documents/action/popup/id/14303>

<sup>4</sup> О гражданстве Кыргызской Республики : Закон Кыргызской Республики от 18 декабря 1993 г. // Ведомости Жогорку Кенеша Кыргызской Республики. – 1994. – № 1. – Ст. 1.

<sup>5</sup> О гражданстве : Закон Латвийской Республики от 22 июля 1994 г. // Государственные акты Латвийской Республики. – 1994. – № 8. – Ст. 146.

<sup>6</sup> О гражданстве Республики Узбекистан : Закон Республики Узбекистан от 2 июля 1992 г. // Ведомости Верховного Совета Узбекистан. – 1992. – № 9. – Ст. 338.

<sup>7</sup> О гражданстве Российской Федерации : Закон Российской Федерации от 28 ноября 1991 г. с изменениями и дополнениями, внесенными Законом от 17 июня 1993 г. и Федеральным законом от 18 января 1995 г. // Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. – 1992. – № 6. – Ст. 243; 1993. – № 29. – Ст. 112; Собрание законодательства Российской Федерации. – 1995. – № 7. – Ст. 496.

<sup>8</sup> Российское гражданство : учеб. пособ. для вузов / под ред. В. Я. Кикотя, Н. М. Смородина. – [2-е изд. перераб. и доп.]. – М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2005. – С. 257.

<sup>9</sup> О гражданстве Российской Федерации : Закон Российской Федерации от 31 мая 2002 г. // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2002. – № 22. – Ст. 2031.

<sup>10</sup> Авакьян С. А. Россия: гражданство, иностранцы, внешняя миграция / С. А. Авакьян. – СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. – С. 56–57; Авакьян С. А. Российское гражданство: опыт и проблемы / С. А. Авакьян // Законодательство. – 1997. – № 5. – С. 79.

<sup>11</sup> О гражданстве Туркменистана : Закон Туркменистана от 30 сентября 1992 г. // Ведомости Меджлиса Туркменистана. – 1992. – № 9. – Ст. 7.

<sup>12</sup> О гражданстве : Закон Литовской Республики от 1 января 2003 г. : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.legislationline.org/ru/legislation.php?tid=11&lid=6430&less=false>

<sup>13</sup> О гражданстве Грузии : Закон Республики Грузия от 25 марта 1993 г. // Ведомости Парламента Грузии. – 1993. – № 5. – Ст. 66.

<sup>14</sup> Кутафин О. Е. Российское гражданство / О. Е. Кутафин. – М. : Юристь, 2003. – С. 224.

<sup>15</sup> Шевцов В. С. Гражданство СРСР / В. С. Шевцов. – М. : Московский рабочий, 1980. – С. 33–34.

<sup>16</sup> Сафронов В. М. Конституция СССР и советское гражданство / В. М. Сафронов. – М. : Юрид. лит., 1984. – С. 25–26.

<sup>17</sup> Шевцов В. С. Гражданство СРСР / В. С. Шевцов. – М. : Московский рабочий, 1980. – С. 32.

<sup>18</sup> Кутафин О. Е. Российское гражданство / О. Е. Кутафин. – М. : Юристь, 2003. – С. 226.

<sup>19</sup> Сафронов В. М. Вказана праця. – С. 24–25.

<sup>20</sup> Кутафин О. Е. Российское гражданство / О. Е. Кутафин. – М. : Юристь, 2003. – С. 226.

<sup>21</sup> Про громадянство України : Закон України від 8 жовтня 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 50. – Ст. 701.

<sup>22</sup> Про внесення змін до Закону України «Про громадянство України» : Закон України від 16 квітня 1997 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 23. – Ст. 169.

<sup>23</sup> Про громадянство України : Закон України від 18 січня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 3. – Ст. 65.

<sup>24</sup> Европейская конвенция о гражданстве от 7 ноября 1997 г. / В. Ф. Миронов, А. В. Миронов // Гражданство в Российской Федерации: Российские и международные акты. Комментарии законодательства / под общ. ред. В. Ф. Миронова. – М. : Изд-во НОРМА, 2003. – С. 101.

<sup>25</sup> О гражданстве Республики Таджикистан : Закон Республики Таджикистан от 4 ноября 1995 г. // Ведомости Маджлиси Оли Республики Таджикистан. – 1995. – № 21. – Ст. 243.

<sup>26</sup> О гражданстве Республики Армения : Закон Республики Армения от 20 марта 2002 г. : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.legislationline.org/ru/documents/action/popup/id/14147>

<sup>27</sup> О гражданстве Республики Молдова : Закон Республики Молдова от 2 июля 2000 г. : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://lex.justice.md/document\\_rus.php?id=22054258:156FAF87](http://lex.justice.md/document_rus.php?id=22054258:156FAF87)

<sup>28</sup> О гражданстве : Закон Латвийской Республики от 22 июля 1994 г. // Государственные акты Латвийской Республики. – 1994. – № 8. – Ст. 146.

<sup>29</sup> Тишков В. Русские как меньшинства (пример Эстонии) / В. Тишков // Общественные науки и современность. – 1993. – № 6. – С. 113; Кудрявцев И. Латвия: через сколько лет будет гражданство / И. Кудрявцев // Российский бюллетень по правам человека. – 1994. – Вып. 4. – С. 96.

#### Резюме

**Суржинський М. І. Належність до громадянства України та пострадянських держав: порівняльний аналіз.**

Досліджуються проблеми належності до громадянства України та пострадянських держав. Здійснюється порівняльно-правовий аналіз належності до громадянства, виявлено та розкрито її особливості.

**Ключові слова:** громадянство, закон про громадянство, належність до громадянства.

#### Резюме

**Суржинский М. И. Принадлежность к гражданству Украины и постсоветских государств: сравнительный анализ.**

Исследуются проблемы принадлежности к гражданству Украины и постсоветских государств. Осуществляется сравнительно-правовой анализ принадлежности к гражданству, выявлено и раскрыто его особенности.

**Ключевые слова:** гражданство, закон о гражданстве, принадлежность к гражданству.

#### Summary

**Surzhynskiy M. Belonging to the citizenship of Ukraine and the post-Soviet states: comparative analysis.**

The problems of belonging to the citizenship of Ukraine and the post-Soviet states are studied. A comparative and legal analysis of belonging to citizenship is carried out, its features are revealed and disclosed.

**Key words:** citizenship, citizenship law, citizenship.

УДК 342.53 (447)

### О. Б. БОНДАРЕВ

*Олексій Борисович Бондарев, аспірант Інституту  
ту законодавства Верховної Ради України*

## ПРАВОВІ ЗАСАДИ ДІЯЛЬНОСТІ УПОВНОВАЖЕНОГО ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ З ПРАВ ЛЮДИНИ ЩОДО ЗАХИСТУ ПРАВ ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦІВ

Утвердження і забезпечення прав і свобод людини закріплено в Конституції України як головний обов'язок держави. Цей обов'язок спонукає державу постійно дбати про підвищення ефективності механізму гарантій прав людини в Україні. Важливим елементом системи гарантій прав людини в Україні, як і в багатьох інших демократичних державах, є інститут Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. Конституція України утверджує право кожного звертатися до нього за захистом своїх прав (ч. 3 ст. 55).

Специфіка Воєнної організації держави та особливості правового статусу осіб, які забезпечують її функціонування, зумовлюють необхідність спеціальних гарантій забезпечення конституційних прав військовослужбовців в Україні. Не випадково, у багатьох зарубіжних державах, як-то: у Швеції, Німеччині, Ізраїлі, Канаді, Норвегії, Чехії та ін. функцію захисту прав військовослужбовців покладено на спеціальних військових омбудсманів. В Україні цю функцію покладено на інститут Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини.

У сучасних умовах реформування Збройних Сил України на тлі збройного конфлікту на Сході держави ця інституція потребує особливої уваги як з точки зору необхідності захисту конституційних прав військовослужбовців, так і з огляду на потребу забезпечення правопорядку у війсьній сфері.

Діяльність Уповноваженого Верховної Ради України є предметом дослідження багатьох науковців. Проблематику цього інституту в механізмі державної влади досліджували Ю. М. Грошевий, В. Я. Тацій, С. Д. Савенко. Окремі аспекти статусу і діяльності омбудсмана висвітлювалися К. О. Закоморною та Н. І. Карпачовою. Значний внесок у розробку зазначеної тематики здійснили Л. В. Голяк, В. С. Журавський, Н. Ю. Заворотнюк, О. В. Марцеляк, Н. С. Наулік, Ю. С. Палєєва, П. М. Рабінович, О. Ф. Скакун, М. І. Хавронюк, Ю. М. Тодика та інші.

Загалом дослідженню правового статусу омбудсмана та проблем забезпечення ефективності реалізації ним своїх функцій приділено значну увагу вченими, однак і сьогодні існує широке коло питань захисту прав військовослужбовців, що зумовлюють актуальність їх досліджень. Тим більше, що останнім часом у статусі Уповноваженого відбулися значні зміни, а проблема захисту прав військовослужбовців набула особливої актуальності.

Необхідність наукових досліджень правових засад організації та діяльності Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо захисту прав військовослужбовців обумовлена й особливостями конституційно-правового статусу військовослужбовців та потребою створення ефективних гарантій забезпечення конституційних прав цієї категорії громадян України.

З огляду на вищезазначене, **метою** статті є дослідження правових засад діяльності Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо захисту прав військовослужбовців на предмет виявлення прогалин чи колізій у чинному законодавстві України.

У сучасному світі інститут омбудсмана є невід'ємною ознакою кожної держави, яка прагне бути демократичною і правовою. Із набуттям Україною незалежності перед суспільством постало завдання імплементації всіх основних атрибутів та реалізації ціннісних орієнтирів демократичної держави, заснованої на пріоритеті прав і свобод людини. Тому закономірно питання запровадження в державі інституту омбудсмана постало вже на етапі розроблення Концепції нової Конституції України<sup>1</sup> і знаходило відображення у низці конституційних законопроектів<sup>2</sup>. З прийняттям Конституції України у 1996 р., інститут омбудсмана набув належних конституційних засад, а з прийняттям Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини»<sup>3</sup> конституційно-правовий статус омбудсмана набув офіційного оформлення.

Зазначимо, що запровадження інституту омбудсмана в Україні відбувалося з урахуванням позитивного досвіду цього інституту у зарубіжних країнах, а також на основі його формування міжнародно-правовою практикою. Так, ще у Резолюції ГА ООН № 33/46 від 14 грудня 1978 р. порушувалося питання розроблення керівних принципів щодо структури і діяльності національних установ, що займаються заохоченням та захистом прав людини, підтримання їх незалежності й доброчесності було підтверджено в Резолюції ГА ООН від 8 грудня 1989 року<sup>5</sup>. У Віденській декларації і програмі дій<sup>6</sup> йшлося про необхідність створення та зміцнення національних установ, що займаються захистом прав людини, при цьому визначалося право кожної держави обирати власну форму і структуру відповідних інститутів.

Надалі, у Паризьких принципах від 20 грудня 1993 р., було сформульовано положення щодо повноважень і функцій національних омбудсманів, що мають бути якомога широкими і визначатися в конституційному або законодавчому акті<sup>7</sup>.

Означені та низка інших рекомендацій ГА ООН були повною мірою сприйняті Україною.

Україна обрала для себе універсальну модель омбудсмана. Згідно зі ст. 55 Конституції України, кожен має право звернутися до Уповноваженого Верховної Ради України за захистом своїх прав. Термін «кожен» визначає будь-кого, хто на законних підставах перебуває на території України, а також будь-якого громадянина України, незалежно від професії і роду занять, місця перебування та ін. Поза сумнівом це стосується і такої категорії громадян України, як військовослужбовці.

Компетенція Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо здійснення контролю за додержанням конституційних прав і свобод військовослужбовців визначена у Законі України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» та деталізована у Законі України «Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави»<sup>8</sup>. Згідно з визначенням, демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією та правоохоронними органами держави є комплексом здійснюваних відповідно до Конституції і законів України правових, організаційних, інформаційних заходів для забезпечення неухильного дотримання законності й відкритості в діяльності всіх складових частин Воєнної організації та правоохоронних органів держави, сприяння їхній ефективній діяльності і виконанню покладених на них функцій, зміцненню державної та військової дисципліни.

Цивільний контроль має забезпечувати, серед іншого, дотримання законності й відкритості в діяльності всіх складових частин Воєнної організації та правоохоронних органів держави, а також попередження та недопущення порушень конституційних прав і свобод, захист законних інтересів громадян України, які перебувають на службі у Збройних Силах України, в інших військових формуваннях та правоохоронних органах та членів їх сімей. При цьому предметом цивільного контролю у сфері оборони, безпеки й правоохоронної діяльності держави є саме дотримання вимог Конституції та законів України стосовно прав і свобод громадян, які належать до Воєнної організації та правоохоронних органів держави.

Суб'єктами цивільного контролю над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави є: Верховна Рада України в цілому та парламентські комітети, спеціальні комісії, народні депутати, Рахункова палата, а також Президент України, Рада національної безпеки і оборони України, Кабінет Міністрів України, центральні та місцеві органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування, прокуратура і судові органи України, а також громадяни України та громадські організації, засоби масової інформації.

Уповноважений Верховної Ради України з прав людини як суб'єкт парламентського контролю виконує свою особливу роль у здійсненні цивільного демократичного контролю над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави, оскільки захист прав людини, запобігання їх порушенням та сприяння відновленню є основною функцією Уповноваженого. При цьому виконання цієї функції стосовно військовос-

лужбовців має певну специфіку. У зв'язку з цим варто звернути увагу на такі особливості правового статусу Уповноваженого.

Визначаючи правовий статус Уповноваженого в ст. 4 Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини», законодавець охарактеризував його як посадову особу. Згідно з ч. 2 ст. 19 Конституції України органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією і законами України.

Юридична природа Уповноваженого як персоніфікованого суб'єкта парламентського контролю, що відображається вже в самому його найменуванні «Уповноважений», пов'язана з його правом діяти особисто виключно на основі та в межах визначених повноважень. При цьому Закон України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» є спеціальним статусним законом. Так само спеціальним, але в частині сфери суспільних відносин, є Закон України «Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави», який визначає компетенцію Уповноваженого щодо здійснення контролю за додержанням конституційних прав і свобод військовослужбовців. Тому проблема колізій у правовому статусі Уповноваженого стоїть достатньо гостро. Зокрема, у ст. 11 Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» передбачено право Уповноваженого призначати своїх представників, у межах виділених коштів, затверджених Верховною Радою України. У той час як у Законі України «Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави» дискреція Уповноваженого стосовно призначення його представників перетворена вже як його обов'язок затверджувати свого представника у справах захисту прав військовослужбовців (ч. 5 ст. 11). Крім того, у цьому Законі йдеться про те, що призначення Уповноваженого та його представника у справах захисту прав військовослужбовців та звільнення з посад здійснюється в порядку, встановленому Законом України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини», проте у ньому не встановлюється порядок призначення на посаду і звільнення з посади представників Уповноваженого.

Ще більше питань до правового статусу представника Уповноваженого виникає в процесі аналізу відповідних підзаконних нормативно-правових актів.

Так, згідно з Положенням про представників Уповноваженого Верховної Ради України, затвердженого наказом Уповноваженого Верховної Ради України від 26 липня 2012 р. № 7/8-12, представники Уповноваженого є посадовими особами, яким з метою здійснення парламентського контролю за додержанням конституційних прав і свобод людини і громадянина делегуються визначені повноваження Уповноваженого та на яких розповсюджуються гарантії забезпечення діяльності Уповноваженого<sup>9</sup>. При цьому жоден закон України не передбачає права Уповноваженого «делегувати» будь-кому свої повноваження.

Ще один блок проблемних питань виникає при тлумаченні змісту обсягу і змісту конституційних прав і свобод військовослужбовців щодо яких здійснюється спеціальний парламентський контроль Уповноваженого та кола осіб, конституційні права яких є об'єктом його спеціалізованого захисту.

Правовий статус військовослужбовців має складний характер. Він поєднує конституційний статус (загальний, основний) та спеціальний статус, власне, військовослужбовця.

При цьому, як слушно зазначено в літературі, конституційним правам і свободам людини і громадянина притаманні певні властивості й риси, що зумовлюють їхню вирішальну роль у визначенні правового статусу особи в суспільстві і державі, її конституційно-правового статусу. Вони відрізняються від інших прав за змістом і формою закріплення і є основними не тільки фактично, а й юридично, оскільки визначені на конституційному рівні<sup>10</sup>.

Коли йдеться про конституційні права і свободи військовослужбовців, розуміємо, що це права і свободи людини, визначені в Конституції України.

У теорії права вважається, що конституційні права і свободи як правова категорія являють собою досить розгалужену і водночас внутрішньо узгоджену систему, що охоплює своїм регулюючим впливом усі найважливіші сфери життєдіяльності людини: особисту (приватну), політичну, соціальну, економічну, культурну та ін.<sup>11</sup>. Вони є основоположними, фундаментальними правами і свободами людини і громадянина, оскільки «юридично виражають невід'ємну людську природу, наділені юридичним верховенством, є виразником не тільки фактичного і юридичного статусу особи в державі, суспільстві, способом взаємовідносин людей між собою, в суспільстві взагалі, а й ознакою його зрілості, ступеня демократичності держави»<sup>12</sup>.

При цьому Конституція України закріплює широке коло прав і свобод людини і громадянина – політичні, економічні, соціальні, культурні (духовні), інформаційні, екологічні та ін.

Водночас військова служба, як визначено у Законі України «Про військовий обов'язок і військову службу», – державна служба особливого характеру, яка полягає у професійній діяльності придатних до неї за станом здоров'я і віком громадян України, іноземців та осіб без громадянства, пов'язаній із обороною України, її незалежності та територіальної цілісності<sup>13</sup>. Специфіка професійної діяльності військовослужбовців зумовлена запровадженням певних обмежень окремих конституційних прав і свобод громадян. Тож питання кола таких прав і змісту обмежень є досить актуальним.

Разом із тим формулювання у законодавстві широкого кола юрисдикції Омбудсмана (він уповноважений здійснювати контроль за додержанням конституційних прав військовослужбовців) має сенс з огляду на його правову природу, як суб'єкта парламентського контролю та предметну широту компетенції взагалі.

Аналіз щорічних доповідей Уповноваженого Верховної Ради України 2013<sup>14</sup>, 2014<sup>15</sup>, 2015<sup>16</sup>, 2016<sup>17</sup> рр. дає змогу зробити висновок, що Уповноважений з прав людини здійснює системний моніторинг заходів що-

до запобігання порушенням громадянських та особистих прав військовослужбовців на життя і здоров'я, захист честі й гідності, особисту недоторканність і безпеку, соціально-економічних прав та справедливих і сприятливих умов служби.

Міжнародно-правова доктрина у питаннях захисту прав людини і свобод військовослужбовців «захищає» концепцію військовослужбовця як «громадянина у формі», згідно з якою військовослужбовці, незалежно від особливостей служби, мають користуватися тими ж правами і свободами, якими користуються всі громадяни держави. І всі основні міжнародні договори з прав людини ґрунтуються на положенні про рівність прав і свобод людей, в тому числі незалежно від професійного статусу<sup>18</sup>.

Враховуючи наведене, питання про зміст компетенції Уповноваженого щодо захисту прав військовослужбовців є досить актуальним, а його вирішення залежить від обраної державою моделі статусу військовослужбовця як «інституту чи професії». В рамках моделі «інститут» права людини військовослужбовця підлягають обмеженню, оскільки професія військового має значну специфіку, тоді як в рамках моделі «професія» військовослужбовці повинні мати такі ж права і свободи, як і носії інших професій в державі. Залежно від обраної в державі моделі і формується обсяг компетенції омбудсмана у справах захисту прав військовослужбовців<sup>19</sup>.

Інший аспект проблеми стосується кола осіб, конституційні права яких є об'єктом захисту Уповноваженого з прав людини. У ст. 11 Закону України «Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави», визначено, що Уповноважений перевіряє за своєю ініціативою чи за дорученням Верховної Ради України або за зверненням громадянина чи громадської організації стан додержання конституційних прав і свобод осіб, які підлягають призову, проходять військову службу, перебувають у запасі та призвані на збори, осіб, звільнених з військової служби, а також членів їх сімей. Таким чином, Закон визначає шість категорій (груп) осіб, стан додержання конституційних прав і свобод яких зобов'язаний перевіряти Уповноважений.

При цьому згідно з п. 3 ст. 2 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу» військовослужбовцями вважаються громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які проходять військову службу.

У свою чергу, військова служба є державною службою особливого характеру, яка полягає у професійній діяльності придатних до неї за станом здоров'я і віком громадян України, іноземців та осіб без громадянства, пов'язаних із обороною України, її незалежності та територіальної цілісності. Водночас сфера національної безпеки і правоохоронної діяльності має свою специфіку, яка не повною мірою відображається у змісті компетенції Уповноваженого та його представників в контексті здійснення ними демократичного цивільного контролю.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що ми окреслили лише частину питань правових засад діяльності Уповноваженого Верховної Ради України щодо захисту прав військовослужбовців. Означені питання стосуються юридичної природи Уповноваженого як персоналізованого суб'єкта парламентського контролю, а також колізій у правовому статусі Уповноваженого, що закладені Законами України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» та «Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави». Ці колізії знаходять продовження у правовому статусі представника Уповноваженого. Подібні правові дефекти негативно позначаються на ефективності виконання Уповноваженим своїх функцій.

Крім того, питання виникають при тлумаченні змісту обсягу і змісту конституційних прав і свобод військовослужбовців щодо яких здійснюється парламентський контроль Уповноваженого та кола осіб, конституційні права яких, є об'єктом його спеціалізованого захисту. Так, сфера національної безпеки і правоохоронної діяльності не повною мірою відображається у змісті компетенції Уповноваженого та його представника у справах захисту прав військовослужбовців у контексті здійснення ними демократичного цивільного контролю. Наведене підтверджує необхідність удосконалення чинного законодавства України та перспективність подальших досліджень означеної проблематики.

<sup>1</sup> Про Концепцію нової Конституції України: постанова Верховної Ради Української: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1213-12>

<sup>2</sup> Конституція – правне обличчя країни // Збірка проектів Конституції України: у 2-х т. – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 2014. – Т. 1. – 1100 с.

<sup>3</sup> Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини: Закон України від 23 грудня 1997 р. № 776/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 20. – Ст. 99.

<sup>4</sup> Резолюція ГА ООН № 33/46 від 14 грудня 1978 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/364/78/IMG/NR036478.pdf>

<sup>5</sup> Резолюція ГА ООН від 8 грудня 1989 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/287/78/IMG/NR02489.pdf>

<sup>6</sup> Венская декларация и Программа действий (1993) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995\\_504](http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_504)

<sup>7</sup> Принципы, касающиеся статуса национальных учреждений, занимающихся поощрением и защитой прав человека : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995\\_315/card2#Card](http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_315/card2#Card)

<sup>8</sup> Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави: Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/975-15>

<sup>9</sup> Про затвердження Положення про представників Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини: наказ Уповноваженого Верховної Ради України про права людини : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v07\\_8715-12](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v07_8715-12)

<sup>10</sup> Конституційне право України: підруч. (за ред. В. Ф. Погорілка). – К: Юрінком Інтер, 2002. – 536 с. – С. 47.

<sup>11</sup> Там само. – С. 52.

<sup>12</sup> Там само. – С. 53.

<sup>13</sup> Про військовий обов'язок і військову службу: Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2232-12>

<sup>14</sup> Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина (2013) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/secretariat/docs/presentations/>

<sup>15</sup> Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина (2014) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/secretariat/docs/presentations/&page=2>

<sup>16</sup> Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина (2015) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/secretariat/docs/presentations/&page=3>

<sup>17</sup> Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина (2016) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/secretariat/docs/presentations/&page=3>

<sup>18</sup> Руководство по правам человека и основным свободам военнослужащих. Бюро ОБСЕ по демократическим институтам и правам человека. Варшава, Польша, 2008: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.osce.org/tu/odihr/31394?download=true>

<sup>19</sup> Там само.

### Резюме

#### **Бондарев О. Б. Правові засади діяльності Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо захисту прав військовослужбовців.**

У статті досліджуються правові засади діяльності Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини та його представника з питань захисту прав військовослужбовців. Проведено аналіз компетенції Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо захисту прав військовослужбовців, визначеної у Законі України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» та у Законі України «Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави». Проведено аналіз підзаконних нормативних актів з питань правового статусу представника Уповноваженого із захисту прав військовослужбовців. Досліджено міжнародно-правові акти з питань інституту омбудсмана та особливостей правового статусу військовослужбовців. Зазначено низку проблемних аспектів та правових дефектів інституту омбудсмана у справах захисту прав військовослужбовців.

**Ключові слова:** омбудсман, інститут омбудсмана, спеціалізований омбудсман, військовий омбудсман, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, представник Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини з питань захисту прав військовослужбовців.

### Резюме

#### **Бондарев А. Б. Правовые основы деятельности Уполномоченного Верховной Рады Украины по правам человека относительно защиты прав военнослужащих.**

В статье исследуются правовые основы деятельности Уполномоченного Верховной Рады Украины по правам человека и его представителя по вопросам защиты прав военнослужащих. Проведен анализ компетенции Уполномоченного Верховной Рады Украины по правам человека относительно защиты прав военнослужащих, определенной в Законе Украины «Об Уполномоченном Верховной Рады Украины по правам человека» и в Законе Украины «О демократическом гражданском контроле над Военной организацией и правоохранительными органами государства». Проведен анализ подзаконных нормативных актов по вопросам правового статуса представителя Уполномоченного по защите прав военнослужащих. Исследованы международно-правовые акты по вопросам института омбудсмана и особенностей правового статуса военнослужащих. Отмечен ряд проблемных аспектов и правовых дефектов института омбудсмана по делам защиты прав военнослужащих.

**Ключевые слова:** омбудсмен, институт омбудсмана, специализированный омбудсмен, военный омбудсмен, Уполномоченный Верховной Рады Украины по правам человека, представитель Уполномоченного Верховной Рады Украины по правам человека по вопросам защиты прав военнослужащих.

### Summary

#### **Bondarev O. Legal basis of the activities of the Ukrainian Parliament Commissioner for Human Rights as regards protection of the rights of military personnel.**

The article investigates the legal principles of the activity of the Ukrainian Parliament Commissioner for Human Rights and its representative on the protection of the rights of military personnel. The analysis of the competence of the Ukrainian Parliament Commissioner for Human Rights with regard to the protection of the rights of military personnel stipulated in the Law of Ukraine “On the Ukrainian Parliament Commissioner for Human Rights” and in the Law of Ukraine “On Democratic Civilian Control over Military Organization and Law Enforcement Bodies of the State” is conducted. The analysis of sub-normative acts on the legal status of the representative of the Ombudsman for the protection of the rights of military personnel was conducted. The international legal acts concerning the institution of the ombudsman and the peculiarities of the legal status of military personnel are investigated. A number of problematic aspects and legal issues are noted.

**Key words:** ombudsman, ombudsman institution, specialized ombudsman, military ombudsman, Ukrainian Parliament Commissioner for Human Rights, representative of the Ukrainian Parliament Commissioner for Human Rights for Military Personnel.

**М. С. ВАСІН**

*Максим Сергійович Васін, аспірант Львівського університету бізнесу та права, виконавчий директор Інституту релігійної свободи*

## **ПЕРСПЕКТИВИ ЗАКОНОДАВЧОГО ВРЕГУЛЮВАННЯ ВЗАЄМОДІЇ ДЕРЖАВИ І РЕЛІГІЙНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ У СФЕРІ ВПРОВАДЖЕННЯ ВІЙСЬКОВОГО КАПЕЛАНСТВА**

Початок російської агресії проти України у лютому 2014 р. та подальші бойові дії на Сході України, спрямовані на захист суверенітету, територіальної цілісності та незалежності України, ще більше актуалізували проблематику впровадження інституту військового капеланства (священства) у Збройних Силах України та інших військових формуваннях. Якщо раніше вітчизняні наукові дослідження у цій сфері здебільшого теоретично осмислювали роль військових капеланів у війську, їхній вплив на морально-психологічний стан військовослужбовців, аналізували історичне підґрунтя та іноземний досвід військового капеланства, то на сьогодні важливою є наукова розробка законодавчих змін, які б забезпечили впровадження практичних механізмів реалізації права військовослужбовців на свободу віросповідання через функціонування інституту військового капеланства.

Аналіз досліджень і публікацій у цій сфері свідчить, що теоретичні проблеми впровадження військового капеланства достатньо добре опрацьовані українськими вченими. Зокрема, ці питання досліджували А. Афанасьєв, В. Бондаренко, Ю. Кальниш, Р. Коханчук, С. Лисенко, Р. Небожук, О. Саган, Д. Садов'як, Г. Селещук, С. Сьомін, В. Чорний. Однак більшість цих наукових публікацій стосуються ситуації мирного часу, коли Збройні Сили України та інші військові формування не були задіяні до проведення антитерористичної операції на Сході України, і питання впровадження військового капеланства не стояло настільки гостро. Протягом останніх трьох років українські науковці продовжували досліджувати цю проблематику з огляду на нові умови діяльності як українського війська, так і військових капеланів. Серед останніх досліджень окремо можна відзначити публікації Л. Владиченко<sup>1</sup>, Е. Дробка<sup>2</sup>, С. Здіорука, Ю. Кривенко, Ю. Решетнікова<sup>3</sup>.

Водночас подальшої наукової розробки потребує питання законодавчого врегулювання взаємодії держави і релігійних організацій у процесі впровадження військового капеланства, створення належної законодавчої основи для розвитку коопераційної (партнерської) моделі державно-церковних відносин в Україні. Актуальність такого наукового дослідження обумовлюється прискореним впровадженням військового капеланства в структурі Збройних Сил України, Національної гвардії України, Державної прикордонної служби України та інших військових формувань в умовах слабкої законодавчої основи. Прогалини у законодавчому регулюванні діяльності військових капеланів певною мірою усуваються шляхом прийняття підзаконних актів, однак відомчі акти Міністерства оборони України та інших відомств не можуть бути альтернативою законам у питаннях, які стосуються компетенції та меж повноважень органів державної влади (ч. 2 ст. 19 Конституції України) та гарантій прав і свобод громадян (п. 1 ч. 1 ст. 92 Конституції України). На недостатність законодавчої основи для повноцінного впровадження військового капеланства в Україні звертає увагу переважна більшість українських науковців.

**Метою** даної статті є аналіз найновіших пропозицій щодо вдосконалення законодавства України, на основі якого забезпечується право військовослужбовців на свободу віросповідання, з урахуванням міжнародних стандартів щодо свободи совісті та релігії, зокрема практики Європейського Суду з прав людини. Висувається гіпотеза про те, що питання подальшого практичного впровадження інституту військового капеланства в Україні можливо вирішити лише шляхом прийняття окремого закону про військове капеланство в Україні, спрямованого на врегулювання відносин держави та релігійних організацій під час взаємодії у сфері задоволення релігійних потреб військовослужбовців.

В Україні вже мали місце спроби розширити законодавчу базу у сфері діяльності військових капеланів, однак до цього часу всі вони були безуспішні. На розгляд Верховної Ради восьмого скликання вносилося кілька законопроектів з даної проблематики. Серед них проект № 1153 від 2 грудня 2014 р. (суб'єкт подання – Юрій Мірошниченко), який розроблявся за участі представників Всеукраїнської Ради Церков і релігійних організацій та експертів ще у 2013 р., а тому вже не здатен врегулювати весь комплекс сучасної проблематики військового капеланства в умовах АТО. Решта ініціатив, зокрема законопроекти № 2249 від 26 лютого 2015 р. та № 2993 від 3 червня 2015 р. народного депутата Семена Семенченка, були настільки низької якості, що не мали шансів здобути підтримку навіть у профільному парламентському комітеті, і зрештою були відкликані та зняті з розгляду.

Однак відсутність належного законодавчого регулювання, хоча й суттєво ускладнює діяльність військових капеланів в умовах бойових дій на Сході України та реальних ризиків для їхнього життя і здоров'я, однак не зупинило цей напрям душпастирського служіння українських церков і релігійних організацій. Розпоряд-



ження Кабінету Міністрів України від 2 липня 2014 р. № 677-р про створення капеланської служби у Збройних Силах України, Національній гвардії та Державній прикордонній службі України стало основою для прийняття відомчих актів Міністерством оборони України (далі – Міноборони) та Міністерством внутрішніх справ України (далі – МВС), спрямованих на унормування фактичної діяльності військових священників та вирішення питання про створення відповідних штатних посад. Однак ці відомчі акти не можуть вирішити ті питання, які відповідно до Конституції України можуть врегулюватися лише законами.

Станом на грудень 2017 р. Міноборони відкрило 66 посад військових капеланів, Головне управління Національної гвардії – 44, Адміністрація Державної прикордонної служби – 32 та Адміністрація Державної спеціальної служби транспорту – 8. Загальна кількість уведених посад військових капеланів нині становить 150 одиниць. Зокрема, на сьогодні Міноборони укомплектувало посади військових капеланів у бойових бригадах Збройних Сил України та медичних закладах Міністерства, а до кінця 2017 р. планує завершити другий етап формування капеланської служби у Збройних Силах України, який передбачає введення додатково 35 посад військових капеланів у визначені бойові військові частини до рівня окремого батальйону<sup>4</sup>. Таким чином, найближчим часом у штаті Збройних Сил України працюватиме 101 військовий капелан, що актуалізує питання законодавчої регламентації механізму взаємодії держави і релігійних організацій у питанні належної організації військового капеланства.

Говорячи про засади взаємодії держави і релігійних організацій у сфері впровадження військового капеланства, слід виходити з того, що самостійно органи державної влади не здатні забезпечити задоволення релігійних потреб військовослужбовців, оскільки такого роду душпастирська функція притаманна саме релігійним організаціям та їхнім священнослужителям. Відтак, впровадження військового капеланства неможливе без взаємодії відповідних урядових структур та органів військового командування з релігійними організаціями. У даному випадку йдеться про розвиток коопераційної (партнерської) моделі державно-церковних відносин, яка не суперечить конституційному принципу відокремлення держави і церкви (релігійних організацій), що відповідає міжнародним стандартам забезпечення свободи совісті та віросповідання.

Зобов'язання України в рамках Організації з безпеки і співробітництва в Європі (далі – ОБСЄ) згідно з Віденським документом 1989 р. передбачають, що держави-учасниці будуть поважати право релігійних об'єднань «обирати, призначати та замінювати свій персонал згідно своїх відповідних вимог та стандартів, а також будь-яких вільно досягнутих домовленостей між ними та державою»<sup>5</sup>. Останнє положення може застосовуватися, зокрема, і до угод про взаємодію держави і релігійних організацій щодо підготовки, відбору та призначення на місце служіння священників-капеланів у військових формуваннях. Прикладами таких угод є конкордати, укладені між Католицькою Церквою та урядами окремих держав (Польща, Хорватія, Естонія, Італія, Литва, Іспанія, Словенія, Боснія та Герцеговина), та договірні взаємовідносини в державах, де церква має державний чи офіційний статус (Англія, окремі Скандинавські країни), а також взаємодія з окремими церквами в умовах прихованої конфесійності держави (Греція)<sup>6</sup>.

Переважає співробітництво держави з окремими релігійними організаціями, які об'єднують більшість віруючих країни, та укладання відповідних угод з ними не суперечить ст. ст. 9 та 14 Європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Умовою для цього є об'єктивне і розумне пояснення того, чому саме з цими церквами чи релігійними організаціями держава укладає такі домовленості. У практиці європейських держав це часто обґрунтовується особливою історичною, духовною і традиційною роллю окремих церков, зокрема традиційних чи державних, у становленні та житті суспільства. Більш того, Європейська Комісія з прав людини, яка до 1998 р. розглядала заяви до Європейського Суду на предмет їх прийнятності, визнала такими, що не суперечать положенням Конвенції, інші різноманітні форми взаємодії держави і релігійних організацій, які виходять за межі принципу рівності, серед яких можливість держави надавати фінансову підтримку окремим релігійним організаціям у межах державно-церковної кооперації (партнерства), різновидом якого є співпраця у впровадженні військового капеланства<sup>7</sup>. Таким чином, переваги для окремих релігійних організацій у зв'язку з укладанням з державою угод про взаємодію в окремих сферах суспільного життя можуть бути виправдані за наявності достатньо вагомих для цього підстав, які ґрунтуються на різній мірі взаємодії держави з тими чи іншими релігійними організаціями, а відмінне правове регулювання в цьому випадку не буде вважатися Європейським Судом порушенням ст. 14 Конвенції, яка забороняє дискримінацію<sup>8</sup>.

В Україні також набула поширення практика укладення угод про співробітництво між центральними органами виконавчої влади та окремими церквами і релігійними організаціями, однак їхній характер за змістом більше нагадує декларації про співробітництво, ніж двосторонні договори, які вирізняються конкретними юридичними наслідками у вигляді набуття прав та взаємних обов'язків сторін. Це певною мірою пояснюється тим, що питання договірних відносин між органами державної влади та релігійними організаціями на сьогодні врегулюється лише положеннями ч. 3 ст. 9 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації», які передбачають, що «не регламентовані законом відносини держави з релігійними управліннями і центрами, в тому числі й тими, що знаходяться за межами України, регулюються відповідно до домовленостей між ними і державними органами»<sup>9</sup>. Враховуючи те, що в умовах поліконфесійності українського суспільства та відсутності єдиної Української Помісної Православної Церкви неможливо на законодавчому рівні передбачити один уніфікований підхід до взаємодії держави з релігійними організаціями, саме такого роду двосторонні угоди могли б врахувати особливості різних конфесій. Наприклад, відмінності ієрархічних церков і релігійних об'єднань незалежних релігійних громад, а також специфічні застереження щодо тих релігійних організацій,

керівні центри яких знаходяться в державі-агресорі, враховуючи у такий спосіб зауваження науковців С. Здіюрука та О. Сагана<sup>10</sup>. Однак чинне законодавство не регламентує межі компетенції органів державної влади, в яких вони можуть діяти під час укладання таких угод, що унеможливило надання релігійним організаціям, які на договірних засадах залучаються до впровадження військового капеланства, будь-яких інших прав і можливостей, ніж ті, що прямо передбачені законами. Таким чином, двосторонні угоди між органами державної влади та релігійними організаціями зможуть стати ефективним правовим механізмом взаємодії у сфері військового капеланства лише у разі чіткої регламентації предмета таких домовленостей і можливих юридичних наслідків спеціальним законом про військове капеланство.

На думку С. Здіюрука, в Україні необхідно запровадити систему конкордатів з метою забезпечення організації взаємин між державою і релігійними організаціями укладанням двосторонніх договорів. Це вчений пропонує реалізувати шляхом внесення відповідних змін до Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації»<sup>11</sup>. Однак, з нашої точки зору, недоцільним є віднесення питань державно-церковних відносин в Україні на рівень міжнародного права, адже наша національне законодавство та органи державної влади забезпечують доволі високий рівень релігійної свободи. Натомість законодавчі зміни у цій сфері повинні стосуватися не самої можливості укладання такого роду двосторонніх договорів, що вже передбачено ст. 9 Закону, а повинні деталізувати предмет таких договірних взаємовідносин, можливі права та обов'язки сторін, в тому числі переваги для релігійних організацій, які забезпечуватимуть запит держави на військових капеланів. До таких переваг можна віднести можливість для певних релігійних організацій, які уклали відповідні угоди з Міністерством оборони, МВС та іншими урядовими структурами, делегувати своїх священнослужителів на штатні посади військових капеланів, отримувати державне фінансування на оплату їхньої роботи, створювати відповідні профільні інституції в складі релігійних об'єднань – військові ординаріати (епархії).

Важливо підкреслити, що такі законодавчі новації вже знайшли відображення в проекті Закону України «Про військове капеланство», розробленому за ініціативи Департаменту зовнішніх зв'язків в Україні Патріаршої курії Української греко-католицької церкви та за участі фахівців Асоціації українських правників, Інституту релігійної свободи, Верховної Ради України, який був представлений широкому загалу під час Круглого столу 12 грудня 2017 р. та знаходиться на завершальній стадії узгодження з представниками різних конфесій<sup>12</sup>. Зазначений законопроект став результатом кількарічної роботи експертів і представників різних церков, враховуючи необхідність комплексного підходу до вирішення питань упровадження військового капеланства, у тому числі особливості душпастирської опіки військовослужбовців в умовах бойових дій та реальної загрози для життя та здоров'я військових капеланів.

Цей комплексний законопроект пропонує визначити структуру військового капеланства, яка складається з уповноважених релігійних об'єднань за військово-капеланство, військових ординаріатів (епархій), військових капеланів, помічників військових капеланів, міжконфесійних дорадчих органів з питань військового капеланства та підрозділів з питань військового капеланства у структурі Міноборони, МВС, Держприкордонслужби, Мінінфраструктури. Проект також визначає вимоги до військових капеланів, їхні права та обов'язки, підпорядкування, навчання, вирішує питання матеріально-технічного та іншого забезпечення військового капеланства, а також визначає відповідальність за порушення законодавства про військово-капеланство. Також врегульовується питання грошового забезпечення та соціального захисту військових капеланів, для яких пропонуються такі самі умови, як і для військовослужбовців.

Законопроект передбачає, що посади військових капеланів встановлюються з розрахунку один військовий капелан на не більше ніж 500 військовослужбовців. Однак зазначене положення є рамковим і може коригуватися підзаконними актами відповідно до специфіки різних військових формувань. Водночас, враховуючи поліконфесійність українського суспільства, створюються умови для забезпечення свободи віросповідання та релігійних потреб військовослужбовців різних конфесій. Зокрема, у випадках, коли військовослужбовець виявляє бажання отримати душпастирську опіку від священнослужителя іншого релігійного об'єднання, ніж наявний військовий капелан, командир (начальник) військового з'єднання, частини чи установи, а також військовий капелан, запрошують священнослужителів відповідного релігійного об'єднання для індивідуальних зустрічей на безоплатній основі або надають можливість таким військовослужбовцям брати участь у богослужіннях і релігійних обрядах за межами військових з'єднань, частин, установ у вільний від виконання обов'язків військової служби час.

Важливою новацією даного законопроекту є створення військових ординаріатів (епархій) у структурі релігійних об'єднань, які діятимуть як окремі юридичні особи з неприбутковим статусом та реєструватимуться в порядку, передбаченому Законом України «Про свободу совісті та релігійні організації» – за зразком створення релігійними центрами духовних навчальних закладів. Передбачається, що право створювати військові ординаріати матимуть лише ті релігійні центри, військові капелани яких обіймають посади у Збройних Силах України та інших військових формуваннях. Підставою для цього є угода про співробітництво між відповідним центральним органом виконавчої влади та релігійним центром щодо задоволення релігійних потреб військовослужбовців і працівників Збройних Сил України, інших військових формувань та членів їхніх сімей, яка передбачає можливість створення військового ординаріату.

За задумом авторів законопроекту, саме через військові ординаріати буде скеровуватися діяльність військових капеланів церковним керівництвом (відповідним єпископом), оскільки трудова угода з військовим капеланом буде укладатися саме військовим ординаріатом у межах державного замовлення. У такий спосіб буде вирішено нинішню проблему відчуження військового капелана з церковної структури, коли священнослужи-

тель приймається до штату Збройних Сил України та інших військових формувань як цивільний працівник, підпадаючи під цілковите підпорядкування військового командування та втрачаючи при цьому юридичний зв'язок із церковним керівництвом. Водночас законопроект передбачає можливість діяльності військових капеланів і у статусі військовослужбовців – у тих випадках, коли відповідний священнослужитель виявляє таке бажання, має належну військову освіту та відповідає іншим вимогам до осіб офіцерського складу.

Слід зауважити, що ідея державного фінансування військових ординаріатів у частині оплати праці військових капеланів може бути реалізована лише у разі внесення змін до ч. 4 ст. 5 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації», яка наразі забороняє фінансування державою релігійних організацій. З цієї метою прикінцеві положення згаданого законопроекту передбачають відповідне виключення з цього обмеження, запроваджуючи можливість державного фінансування військових ординаріатів, у межах оплати праці військових капеланів, які виконують свої обов'язки за державним замовленням. У такий спосіб пропонується реалізувати ідею співфінансування діяльності військових ординаріатів – як за рахунок державних коштів, так і за рахунок коштів відповідного релігійного центру, який буде фінансувати утримання належного адміністративного апарату. Подібна форма взаємодії держави і релігійних організацій реалізована у Законі України «Про освіту», яким запроваджено принцип «гроші за дитиною», в тому числі для закладів освіти, заснованих релігійними організаціями, які з 2019 р. будуть фінансуватися з державного бюджету в межах наявної кількості учнів. Схожий підхід пропонується застосувати і до державного фінансування військових ординаріатів.

Аналіз викладених законодавчих змін та новацій дає змогу зробити висновок про те, що повноцінне впровадження інституту військового капеланства у Збройних Силах України та інших військових формуваннях можливе шляхом прийняття спеціального Закону України «Про військове капеланство», спрямованого на комплексне вирішення означеної проблематики, що підтверджує висунуту під час підготовки цієї статті гіпотезу. В умовах наявних бойових дій на Сході України та ризиків, з якими стикнулися військові капелани бойових частин, неможливо вирішити усі питання функціонування військового капеланства лише за допомогою підзаконних актів чи розрізних змін до окремих законів. Питання статусу військових капеланів, їхнього підпорядкування, навчання, методичного, фінансового та соціального забезпечення, а також укладання двосторонніх договорів між органами державної влади та релігійними організаціями, які будуть покладені в основу їхньої взаємодії, мають стати предметом регулювання окремого закону, проект якого вже розроблено експертами за ініціативи самої релігійної спільноти України.

<sup>1</sup> Владиченко Л. Досвід упровадження військового священства (капеланства) у Збройних силах України / Л. Владиченко // Схід. – 2014. – № 1. – С. 180–185 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Skhid\\_2014\\_1\\_34.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Skhid_2014_1_34.pdf)

<sup>2</sup> Дробко Е. В. Державне регулювання у сфері забезпечення душпастирської опіки військовослужбовців Збройних Сил України та створення інституту військового капеланства / Е. В. Дробко // Науковий вісник «Демократичне врядування». – 2014. – № 14.

<sup>3</sup> Решетніков Ю. С. Вітчизняний та зарубіжний досвід забезпечення релігійних потреб військовослужбовців / Ю. С. Решетніков // Державне управління та місцеве самоврядування. – 2013. – № 1 (16). – С. 211–219.

<sup>4</sup> Результати Круглого столу «Право на свободу совісті військовослужбовців України», проведеного за підтримки Асоціації українських правників 12 грудня 2017 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.ukrinform.ua/rubric-presshall/2361953-kapelanstvo-v-ukraini-ak-derzava-j-cerkva-zabezpecut-pravo-na-svobodu-sovisti-nasih-vijskovosluzbovciv.html>

<sup>5</sup> Обязательства ОБСЕ в области человеческого измерения. Сборник документов в тематическом порядке. – Варшава: Бюро ОБСЕ по демократическим институтам и правам человека, 2006. – С. 121.

<sup>6</sup> Білаш О. В. Конкордат як різновид міжнародної угоди та регулятор державно-конфесійних відносин / О. В. Білаш // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2014. – № 29. – Т. 2. – С. 238. – (Серія «Право»).

<sup>7</sup> Case of Angelini v. Sweden. Decision of the European Commission of Human Rights, 3 December 1986 (Application no. 10491/83) // Yearbook of the European Convention on Human Rights / Council of Europe. – Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1986. – Pages 113–120.

<sup>8</sup> Case of Iglesia Bdulista «El Salvador» and José Aquilino Ortega Moratilla v. Spain. Decision of the European Commission of Human Rights, 11 January 1992 (Application no. 17522/90) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://echr.ketse.com/doc/17522.90-en-19920111/view/>

<sup>9</sup> Про свободу совісті та релігійні організації : Закон України від 23 квітня 1991 р. № 987-XII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/987-12>

<sup>10</sup> Саган О. Н. Державно-конфесійні відносини у їх практичному вияві в Україні // Українській Асоціації релігієзнавців двадцять років. Збірник праць та інформативок / за ред. проф. А. Колодного // Українське релігієзнавство. – К., 2013. – № 65. – С. 68.

<sup>11</sup> Здіорук С. І. Політико-правові проблеми організації Служби військових капеланів України / С. І. Здіорук // Суспільно-політичні процеси. – 2016. – Вип. 4. – С. 211–221.

<sup>12</sup> В УГКЦ сподіваються на ухвалення закону про капеланство до літа : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.ukrinform.ua/rubric-society/2363188-v-ugkc-spodivautsa-na-uhvalenna-zakonu-pro-kapelanstvo-do-lita.html>

## Резюме

**Васін М. С. Перспективи законодавчого врегулювання взаємодії держави і релігійних організацій у сфері впровадження військового капеланства.**

Аналізуються пропозиції щодо вдосконалення законодавства України, на основі якого забезпечується право військовослужбовців на свободу віросповідання, з урахуванням міжнародних стандартів щодо свободи совісті та релігії. Доводиться до-

цільність прийняття окремого закону про військове капеланство в Україні, спрямованого на врегулювання відносин держави та релігійних організацій під час взаємодії у сфері задоволення релігійних потреб військовослужбовців. До предмета такого законодавчого регулювання пропонується віднести питання статусу військових капеланів, їхнього підпорядкування, навчання, методичного, фінансового та соціального забезпечення, а також укладання двосторонніх договорів між органами державної влади та релігійними організаціями, які будуть покладені в основу їхньої взаємодії.

**Ключові слова:** свобода віросповідання, душпастирство, військове капеланство, військове духовенство, державно-церковні відносини, релігійні організації, конкордат.

### Резюме

**Vasin M. C. Перспективы законодательного урегулирования взаимодействия государства и религиозных организаций в сфере внедрения военного священства.**

Анализируются предложения по усовершенствованию законодательства Украины, на основе которого обеспечивается право военнослужащих на свободу вероисповедания, с учетом международных стандартов в отношении свободы совести и религии. Доказывается целесообразность принятия отдельного закона о военном капеланстве в Украине, направленного на урегулирование отношений государства и религиозных организаций при взаимодействии в сфере удовлетворения религиозных потребностей военнослужащих. К предмету такого законодательного регулирования предлагается отнести вопросы статуса военных капелланов, их подчиненности, обучения, методического, финансового и социального обеспечения, а также заключения двусторонних договоров между органами государственной власти и религиозными организациями, которые будут положены в основу их взаимодействия.

**Ключевые слова:** свобода вероисповедания, военное капеланство, военное духовенство, государственно-церковные отношения, религиозные организации.

### Summary

**Vasin M. The prospects for the legislative regulation of the church-state interaction in the sphere of the introduction of the military priesthood.**

Author analyzes the current legislation of Ukraine, on the basis of which the right of servicemen to freedom of religion is ensured, taking into account international standards regarding freedom of conscience and religion. The expediency of the adoption of a special law on military chaplaincy in Ukraine aimed at regulating church-state relations in the sphere of meeting the religious needs of servicemen is being proved. The issue of the status of military chaplains, their subordination, training, methodological, financial and social provision, as well as the making of bilateral contracts between state authorities and religious organizations, which will form the basis for their interaction, are proposed to be the subject of such legislative regulation.

**Key words:** freedom of religion, chaplaincy, military chaplains, state-church relations, religious organizations.

УДК 342:352.075(477)

**В. О. ГІРНЯК**

*Володимир Олегович Гірняк, аспірант Львівського національного університету імені Івана Франка*

## ДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВОВУ ПРИРОДУ КОМУНАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Провідне місце у структурі матеріальної та фінансової основи місцевого самоврядування, як відомо, посідає комунальна власність, підставою для набуття якої є безоплатна передача майна територіальним громадам державою, або іншими суб'єктами права власності, а також майнових прав, створення, придбання майна органами місцевого самоврядування в порядку, встановленому законом.

Слід зазначити, що на сучасному етапі реформування системи публічної влади в Україні, зокрема в контексті процесів децентралізації, особливого значення набуває дослідження проблем матеріально-фінансового забезпечення місцевого самоврядування та ефективного управління об'єктами комунальної власності. При цьому науковий інтерес становить характеристика комунальної власності в конституційно-правовому аспекті, як форми публічної власності.

Потрібно визнати, що окремі проблемні питання, пов'язані з комунальною власністю, з формами участі територіальних громад в управлінні об'єктами муніципальної власності, компетенцією органів місцевого самоврядування щодо комплексного соціально-економічного розвитку адміністративно-територіальних одиниць, відносин місцевих рад з комунальними підприємствами тощо, досліджувались вітчизняними та зарубіжними вченими – представниками науки конституційного, цивільного, господарського права. Це, зокрема, такі науковці, як К. І. Апанасенко, О. В. Батанов, І. О. Бондаренко, Н. С. Бондар, В. І. Борденюк, Р. Ф. Гринюк, П. Ф. Гураль, Р. А. Джабраїлов, В. М. Кампо, В. В. Кравченко, В. К. Мамутов, В. С. Мартемянов, Л. А. Музика, О. О. Первомайський, В. Ф. Погорілко, В. А. Устименко та інші.

Проте на сьогодні практично відсутні комплексні дослідження проблематики комунальної власності з позицій її конституційно-правового забезпечення. Вищезазначене обумовлює важливість та актуальність даної наукової статті.

**Метою** статті є характеристика правової природи, основних ознак та особливостей комунальної власності, як форми публічної власності, в контексті її конституційно-правового регулювання.

Як відомо, термін «комунальна власність» походить від поняття «комуна», що у перекладі з французької *commune* означає община, а з латинської – *communis* – спільний. При цьому в законодавстві ряду зарубіжних країн вживається термін «муніципальна власність» (США, Великобританія) тощо)<sup>1</sup>. Загалом же, терміни «муніципальний» та «комунальний» є синонімами, позначаючи одні й ті ж самі правові явища.

Слід зазначити, що у вітчизняному законодавстві України вживається термін «комунальний». З цього приводу І. О. Бондаренко у своїй дисертаційній роботі звертає увагу на те, що в Конституції України, у ст. 41 закріплено термін «комунальна власність», у ст. 46 – «комунальні заклади для догляду за непрацездатними», у ст. 53 – «комунальні навчальні заклади» (ст. 53), у ст. 142 – «комунальні підприємства». Термін «комунальний» вживається також у законах, підзаконних актах та законопроектах<sup>2</sup>.

Досліджуючи сутність поняття комунальної власності, вчені-юристи традиційно акцентують увагу на публічному або суспільному характері цієї власності<sup>3</sup>.

Публічний характер комунальної власності обумовлюється насамперед тим, що її суб'єктами виступають публічно-правові утворення – територіальні громади.

Ознаки комунальної власності як власності публічної виокремила у своїй дисертації К. І. Апанасенко<sup>4</sup>. Беручи за основу вказані положення, вчені-правники вказують на такі її основні риси: 1) суб'єктами комунальної власності є територіальні громади, як публічно-правові утворення, що здійснюють спільне привласнення засобів виробництва; 2) існує особливий порядок передачі об'єктів комунальної власності (не лише на підставі приватноправових договорів, а й за спеціальною, передбаченою законом публічною процедурою); 3) основним призначенням комунальної власності є задоволення колективних потреб територіальної громади, а не окремих осіб; 4) встановлена законодавча заборона вчиняти невігідні правочини щодо комунального майна, які послаблюють економічні основи місцевого самоврядування, зменшують обсяги та погіршують умови надання послуг населенню; 5) наявний публічний інтерес, тобто інтерес територіальної громади у матеріальній забезпеченості за допомогою комунальної власності; 6) законодавча регламентація права громади на управління комунальною власністю<sup>5</sup>.

Отже, комунальна власність є одним із видів публічної власності, головним завданням якої є забезпечення життєдіяльності територіальної громади.

У цьому контексті доцільно згадати рішення Конституційного Суду України від 20 червня 2007 р. (справа щодо кредиторів підприємств комунальної форми власності<sup>6</sup>). У п. 3.4. мотивувальної частини цього рішення, зокрема, зазначено, що забезпечення нагальних потреб населення територіальної громади у комунальних та інших невідкладних послугах соціального характеру, таких як, водопостачання, опалення, вивезення сміття, відходів тощо, є однією з найважливіших цілей діяльності місцевого самоврядування. Виходячи з цього, мета наділення територіальних громад правом комунальної власності полягає, «в першу чергу, у використанні майнових об'єктів для задоволення необхідних потреб жителів цих громад у невідкладних послугах, і лише, у другу чергу, право комунальної власності призначене для доцільного, економічного та ефективного використання майна територіальних громад в інших інтересах їх жителів»<sup>6</sup>.

Про публічно-правовий характер комунальної власності свідчить також те, що вона виступає матеріальною основою місцевого самоврядування.

Так, на думку відомого вітчизняного вченого-муніципаліста О. В. Батанова, комунальна власність є однією зі складових економічної основи місцевого самоврядування<sup>7</sup>. Зокрема, О. В. Батанов наголошує на розумінні права власності не лише як основоположного економічного права, а й як фундаментальних правовідносин сучасного суспільства, включаючи муніципальні правовідносини. Крім того, вчений зазначає, що власність виступає основою формування вільної особистості та територіальної громади, а отже – і основою утвердження місцевого самоврядування<sup>8</sup>.

Вагомим аргументом на користь публічно-правового характеру комунальної власності, про що уже згадувалось вище, є те, що основним її суб'єктом є територіальна громада, яка одночасно виступає первинним суб'єктом місцевого самоврядування. При цьому слід враховувати, що від імені територіальної громади права власника здійснюють насамперед органи місцевого самоврядування, які теж, як відомо, є публічними органами.

На думку І. О. Бондаренка, публічний характер комунальної власності обумовлюється також правовою регламентацією відповідних відносин конституційно-правовими нормами. Вчений слушно зазначає, що конституційним та муніципальним правом регулюються, зокрема, суб'єктно-об'єктний склад, порядок реалізації, підстави виникнення та припинення права комунальної власності. Крім того, конституційно-правові та муніципально-правові норми регламентують форми участі територіальних громад в управлінні комунальною власністю, повноваження органів місцевого самоврядування (місцевих рад та їх виконавчих органів) щодо управління комунальним майном<sup>9</sup>. На підставі вищевказаного вбачається можливим зробити висновок, що загальні норми приватного права (цивільного, господарського) застосовуються у правовідносинах комунальної власності лише у разі, коли ці правовідносини не врегульовані спеціальними нормами – нормами публічного права (конституційного, муніципального).

Вважаємо, що регламентація публічної форми власності, якою виступає комунальна власність, нормами саме публічного права (конституційного, муніципального), є логічною і обґрунтованою. Тому, попри те, що питання комунальної власності досліджувались і продовжують досліджуватись фахівцями з цивільного, гос-

подарського права, значний науковий інтерес на сучасному етапі становить аналіз проблематики, пов'язаної з комунальною власністю, в контексті її конституційно-правового забезпечення.

Крім того, слід звернути увагу на те, що комунальна власність багато в чому схожа з державною власністю, зважаючи на їх спільний публічний характер. Зокрема, О. Первомайський слушно зазначає, що для законодавства та правової доктрини характерним є узгодження проблем, явищ і властивостей (питань суб'єкта, об'єкта, змісту, включаючи правомочності управління тощо) комунальної та державної власності<sup>10</sup>.

І. О. Бондаренко з цього приводу вказує, що схожість правових режимів державної та комунальної власності проявляється у тому, що органи місцевого самоврядування, здійснюючи права власника щодо майна та виступаючи від імені територіальної громади, діють лише у межах Конституції і законів України, а отже, їх самостійність у цій сфері не може бути абсолютною<sup>11</sup>.

Разом з тим у науковій юридичній літературі визначено критерії розмежування державної та комунальної власності. Зокрема, В. А. Устименко, вказуючи на публічний характер цих двох форм власності, пропонує їх розмежувати: за суб'єктами; за об'єктами; за змістом; за підставами набуття; за ступенем усуспільнення<sup>12</sup>.

В. І. Борденюк щодо співвідношення державної та комунальної власності зазначає, що саме держава наділяє органи місцевого самоврядування відповідними ресурсами, визначаючи не лише склад комунальної власності, а й порядок здійснення органами місцевого самоврядування правомочностей власника тощо. На основі цього В. І. Борденюк робить висновок, що держава розглядає комунальну власність як відносно відокремлену частину матеріальної та фінансової основи здійснення завдань і функцій держави, у зв'язку з чим навряд чи можна погодитись з тими авторами, які кваліфікують комунальну власність як надбання виключно територіальної громади<sup>13</sup>.

У контексті розмежування державної та комунальної власності вбачається важливим та доцільним акцентувати увагу на такій важливій ознаці комунальної власності, як її соціальне призначення – забезпечення функціонування публічно-самоврядної влади, що й відрізняє цю власність від власності державної. Потрібно наголосити на значенні комунальної власності як фундаменту місцевого самоврядування, матеріальної наповненості його змісту, невід'ємної складової, без якої не може існувати муніципальна публічна влада.

Досліджуючи сутність комунальної власності, доцільно проаналізувати питання про те, чи є вона окремою формою власності. Нагадаємо, що Конституція України, проголошуючи рівність усіх форм власності (ст. ст. 13, 49, 116), закріплює такі форми власності, як приватна, державна та комунальна (ст. 41). У цьому контексті Конституційний Суд України у рішенні від 12 лютого 2002 р. (справа про електроенергетику) вказав, що згідно з Основним Законом України держава однаково захищає усі форми власності, а кожна з них може мати свої особливості, пов'язані із визначеними в законодавстві умовами та підставами виникнення або припинення права власності; виключно законами встановлюється правовий режим власності, в основі якого – конституційні положення, конкретизовані в законах, які можуть містити й певні особливості правового режиму чи інших форм власності<sup>14</sup>.

Вважаємо обґрунтованою характеристику рис комунальної власності як окремої форми власності, наведену І. О. Бондаренком, який зазначає, що комунальній власності притаманні власні підстави виникнення та припинення, суб'єкти права комунальної власності є особливими за складом та обсягом правомочностей, існує особливий порядок здійснення права комунальної власності, а також особливий об'єктний склад<sup>15</sup>. Усе вищезазначене, тобто наявність у комунальної власності властивих лише їй рис та ознак, дає змогу виділити її як окрему форму власності.

В. А. Устименко акцентує увагу на такій важливій ознаці комунальної власності, як задоволення публічного інтересу<sup>16</sup>. При цьому вчений наголошує на тому, що публічний інтерес може проявлятися і в діяльності суб'єкта господарської неопублічної форми власності (приватної та інших форм власності).

Підтвердження цієї тези знайшло відображення у рішенні Конституційного Суду України від 8 квітня 1999 р., де, зокрема, було зазначено, що держава може виявляти свої інтереси не лише у діяльності державних підприємств та організацій або господарських товариств із часткою державної власності у статутному капіталі, а й у діяльності приватних підприємств, товариств.

Така особливість публічного інтересу є важливою у тому аспекті, що в окремих випадках приватна власність, якщо вона забезпечує виконання соціально значущих завдань, набуває рис публічної власності.

У цьому контексті хотілося б звернути увагу на зарубіжну практику публічно-приватного партнерства, що набула значного поширення в країнах Західної Європи та США. Особливістю публічно-приватного партнерства є залучення приватного капіталу для виконання завдань соціально-економічного розвитку окремих територій та держави в цілому<sup>17</sup>.

Із вищезазначеного випливає дуже важлива функція комунальної власності, як виду публічної власності – її соціальна функція. У природному зв'язку з ч. 3 ст. 13 Конституції України дане положення можна сформулювати наступним чином: «комунальна власність зобов'язує і не повинна використовуватись на шкоду територіальній громаді».

Слід зазначити, що проблематику соціальної спрямованості права власності досліджував відомий вітчизняний вчений В. К. Мамутов, який висунув ідею розробки Концепції конституційного забезпечення економічної системи держави. Слушною та актуальною вбачається пропозиція науковця щодо доповнення Конституції України окремим розділом, який би об'єднував засадничі положення про економічну систему держави.

У цьому контексті В. К. Мамутов цілком логічно та обґрунтовано пропонує доповнити ст. 13 Конституції України наступним положенням: «Використання власності має слугувати суспільному благу»<sup>18</sup>.

Стосовно комунальної власності дане конституційне положення мало б отримати більш імперативний характер і закріпити обов'язковість використання об'єктів комунальної власності для задоволення громадських потреб та забезпечення збереження соціальних цінностей.

Отже, можна підсумувати, що комунальна власність є видом публічної власності, що обумовлюється насамперед її соціальним призначенням та основною функцією – задоволенням публічного інтересу. Крім того, про публічну природу комунальної власності свідчить те, що її суб'єктами виступають територіальні громади та органи місцевого самоврядування, а правовий режим комунальної власності визначається нормами публічних галузей права – конституційного та муніципального. Попри схожість за формальними ознаками з державною власністю, комунальна власність за своєю сутністю є матеріальною основою місцевого самоврядування, без якої функціонування муніципальної влади є неможливим, що відрізняє її від власності державної. Таким чином, комунальна власність, володіючи лише її властивими рисами та ознаками, є окремою формою власності, що регламентується головним чином публічно-правовими (конституційно-правовими та муніципально-правовими) нормами.

<sup>1</sup> Музика Л. А. Право комунальної власності в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. / Л. А. Музика.; Нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2004. – 19 с. – С. 7.

<sup>2</sup> Бондаренко І. О. Комунальна власність як матеріальна основа місцевого самоврядування в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / І. О. Бондаренко; Національний університет «Одеська юридична академія». – Одеса, 2013. – 205 с. – С. 21.

<sup>3</sup> Батанов О. В. Конституційно-правовий статус територіальних громад в Україні: моногр. / за заг. ред. В. Ф. Погорілка. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 512 с. – С. 299.

<sup>4</sup> Апанасенко К. І. Правовий режим майна, що є у комунальній власності: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.04 / К. І. Апанасенко. – К., 2006. – 20 с. – С. 6–7.

<sup>5</sup> Правові проблеми комунальної власності: моногр. (за ред. В. І. Борисової). – Х.: Видавець ФОП Вапнярчук Н. М., 2007. – 144 с. – С. 9–10.

<sup>6</sup> Про офіційне тлумачення положень частини восьмої статті 5 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»: рішення Конституційного Суду України від 20 червня 2007 року у справі за конституційним зверненням відкритого акціонерного товариства «Кіровоградобленерго» (справа щодо кредиторів підприємств комунальної форми власності) // Офіційний вісник України. – 2007. – № 48. – Ст. 1991.

<sup>7</sup> Батанов О. В. Муніципальна влада в Україні. Проблеми теорії та практики : моногр. / О. В. Батанов. – К. : Юрид. думка, 2010. – 656 с. – С. 582.

<sup>8</sup> Там само. – С. 583.

<sup>9</sup> Бондаренко І. О. Вказана праця. – С. 37.

<sup>10</sup> Первомайский О. Перспективы развития коммунальной собственности в Украине // Підприємництво, господарство і право. – 2001. – № 2. – С. 30–33. – С. 30.

<sup>11</sup> Бондаренко І. О. Вказана праця. – С. 40.

<sup>12</sup> Устименко В. А. Собственность территориальной громады города (хозяйственно-правовые аспекты) : дисс. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.04 / В. А. Устименко; Ін-т экон.-прав. исследований. НАН Украины. – Донецк, 2007. – 596 с. – С. 136.

<sup>13</sup> Борденюк В. І. Співвідношення місцевого самоврядування та державного управління: конституційно-правові аспекти : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.02 / В. І. Борденюк; Ін-т законодавства Верховної Ради України. – К., 2008. – 496 с. – С. 241.

<sup>14</sup> Щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про електроенергетику»: рішення Конституційного Суду України від 12 лютого 2002 року у справі за конституційним поданням 45 народних депутатів України (справа про електроенергетику) // Офіційний вісник України. – 2002. – № 22. – Ст. 1069.

<sup>15</sup> Бондаренко І. О. Вказана праця. – С. 47.

<sup>16</sup> Право комунальної власності: сучасний погляд та перспективи розвитку: моногр. / за заг. ред. В. А. Устименка; НАН України, Ін-т економіко-правових досліджень. – Донецьк, 2013. – 524 с. – С. 13.

<sup>17</sup> Вказана праця. – С. 14.

<sup>18</sup> Концепція конституційного забезпечення економічної системи держави (як основи законодавчого забезпечення економічної політики): брошура / НАН України, Ін-т економіко-правових досліджень. – Донецьк: Юго-Восток, 2008. – 24 с. – С. 21.

## Резюме

### **Гіряк В. О. До питання про правову природу комунальної власності.**

У статті досліджуються основні ознаки комунальної власності, як виду публічної власності. Зазначається, що соціальним призначенням комунальної власності є задоволення публічного інтересу територіальної громади, що відмежовує її від власності державної, а правовий режим комунальної власності визначений нормами конституційного та муніципального права.

**Ключові слова:** комунальна власність, територіальна громада, публічний інтерес, місцеве самоврядування, публічно-правові норми.

## Резюме

### **Гіряк В. О. К вопросу о правовой природе коммунальной собственности.**

В статье исследуются основные признаки коммунальной собственности, как вида публичной собственности. Указывается, что социальным назначением коммунальной собственности является удовлетворение публичного интереса территориаль-

ной громады, что отличает ее от собственности государственной, а правовой режим коммунальной собственности определен нормами конституционного и муниципального права.

**Ключевые слова:** коммунальная собственность, территориальная громада, публичный интерес, местное самоуправление, публично-правовые нормы.

### Summary

***Girnyak V. To the question of the legal nature of communal property.***

The article examines the main features of communal property as a form of public ownership. It is noted that the social purpose of communal property is the satisfaction of the public interest of the territorial community, which separates it from the state property, and the legal regime of communal property is determined by the norms of constitutional and municipal law.

**Key words:** communal property, territorial community, public interest, local self-government, public-law norms.



УДК 342.9

**Л. Є. КИСІЛЬ**

*Людмила Євгенівна Кисіль, кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

### **ВІДНОСИНИ, ЩО ВИНИКАЮТЬ ЗА ЗВЕРНЕННЯМИ ГРОМАДЯН ДО ОРГАНІВ ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ: ДЕЯКІ АСПЕКТИ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ**

Як відомо, структуру будь-яких правовідносин становлять об'єкти, суб'єкти і зміст<sup>1</sup>. Відповідно, об'єктом досліджуваних відносин, з огляду на ст. 1 Закону України «Про звернення громадян», є соціально-економічні, політичні та особисті права і законні інтереси громадян, з приводу реалізації чи порушення яких вони вступають у відносини з органами публічної адміністрації.

Суб'єктами є громадяни України, іноземні громадяни та особи без громадянства, які законно знаходяться на території України, якщо інше не передбачено міжнародними договорами, з одного боку, з іншого, – органи публічної адміністрації, які на підставі адміністративно-правових норм використовують свою правосуб'єктність у правовідносинах, тобто реалізують суб'єктивні права і юридичні обов'язки, повноваження й юридичну відповідальність. Можливість іноземних громадян та осіб без громадянства мати і реалізувати своїми діями право на звернення до органів публічної адміністрації ставиться законодавцем у пряму залежність від їх законного перебування на території України. Підтримуючи позицію з цього приводу І. Грибка, вважаємо, що право на звернення має невідчужуваний характер і не може пов'язуватися з перебуванням, законним чи ні, на території України. Інше питання, що особа повинна нести відповідальність за незаконне перебування на території України, але позбавляти її вказаного права недопустимо<sup>2</sup>.

Реалізуючи адміністративну правосуб'єктність у досліджуваних відносинах, громадяни України, іноземні громадяни та особи без громадянства, спираючись на діючі правові норми, що декларують право на звернення, виступають стороною, яка формулює певне прохання (вимогу) щодо сприяння реалізації чи поновлення порушених соціально-економічних, політичних та особистих прав і законних інтересів, а органи публічної адміністрації – стороною, яка розглядає і вирішує у визначеному законом порядку таке звернення.

Змістом правовідносин є суб'єктивні права авторів звернення, визначені ст. 18 Закону України «Про звернення громадян» (далі – Закон), і юридичні обов'язки органів публічної адміністрації, передбачені ст. 19 Закону. З цього приводу одні науковці зазначають, що конкретний зміст, обсяг прав і обов'язків суб'єктів правовідносин становить їх адміністративно-процесуальний статус<sup>3</sup>, другі – адміністративно-процедурний<sup>4</sup>, треті – що процедурна частина Закону є досить поверховою<sup>5</sup>. Наприклад, замість *права особи бути вислуханою* перед прийняттям рішення, є такі недосконалі конструкції, як право громадянина «брати участь у перевірці поданої заяви і скарги», право «бути присутнім при розгляді заяви і скарги» та право «особисто викласти аргументи особі, що перевіряла заяву чи скаргу» (ст. 18 Закону). Замість права особи знайомитися з матеріалами справи Закон закріплює право «знайомитися з матеріалами перевірки». Не передбачає Закон і можливості залучення до участі в розгляді справи «заінтересованих осіб» (прав та інтересів яких може стосуватися адміністративний акт), а також обов'язку органу повідомляти таких осіб про провадження та про прийняте рішення.

Реалізація права на звернення до органів публічної інформації вимагає певних юридичних дій як з боку громадян (подання громадянином у визначений законом спосіб звернення до органу публічної адміністрації, який породжує виникнення правовідносин між ними), так і органів публічної адміністрації – суб'єктів розгляду такого звернення. Зокрема, у ст. 19 Закону України «Про звернення громадян» визначені обов'язки органу державної влади або органу місцевого самоврядування, підприємства, установи, організації, засобів масової інформації, об'єднання громадян, їх керівників та інших посадових осіб щодо розгляду та реагування на заяви

і скарги: об'єктивно, всебічно і вчасно перевіряти заяви і скарги; не допускати безпідставної передачі розгляду заяви і скарги іншим органам; у разі визнання заяви або скарги необґрунтованою роз'яснити порядок оскарження прийнятого за нею рішення; скласти вмотивовану постанову у разі прийняття рішення про обмеження доступу громадянина до відповідної інформації при розгляді заяви або скарги; на прохання громадянина запрошувати його на засідання відповідного органу, який розглядає заяву або скаргу; відмінити або змінювати оскаржувані рішення у випадках, передбачених законодавством, якщо вони не відповідають закону або іншим нормативним актам, невідкладно вживати заходів до припинення неправомірних дій, виявляти, усувати причини та умови, які сприяли порушенню; забезпечувати поновлення порушуваних прав, реальне виконання прийнятих у зв'язку з заявою або скаргою рішень; письмово повідомляти громадянина про результати перевірки заяви або скарги і суть прийнятого рішення; а при наявності прохання громадянина – у місячний термін довести прийняте рішення до відома органу місцевого самоврядування, трудового колективу чи об'єднання громадян за місцем проживання громадянина; вживати заходів щодо відшкодування у встановленому законом порядку *матеріальних збитків*, якщо їх було завдано громадянину в результаті *ущемлення його прав чи законних інтересів*, вирішувати питання про відповідальність осіб, з вини яких було допущено порушення; особисто організувати і перевіряти стан розгляду заяв і скарг громадян, вживати заходів щодо усунення причин, що їх породжують, систематично аналізувати та інформувати населення про хід цієї роботи.

Які ж види звернень можуть подавати громадяни до органів публічної адміністрації? Якщо проаналізувати ст. 40 Конституції України, то можна зробити висновок про те, що уже на конституційному рівні проведено поділ усіх звернень громадян залежно від суб'єкта звернення на індивідуальні і колективні, за формою – на письмові та особисті, тобто усні. Але цим не обмежується правова класифікація видів звернень громадян. Зокрема, у ст. 1 чинного Закону України «Про звернення громадян» (далі – Закон) законодавець передбачає такі критерії класифікації звернень громадян: а) за змістом – на зауваження, скарги, пропозиції, заяви та клопотання; б) за адресатом звернення – до органів державної влади, місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, засобів масової інформації, посадових осіб відповідно до їх функціональних обов'язків. Водночас у ст. 3 цього Закону, де пропонується визначення вказаних понять, пропозиції та зауваження становлять один термін, а заяви об'єднані з клопотаннями, хоча визначені вони самостійно.

Такі класифікації не дають відповіді на питання про його критерій і не враховують появи нових різновидів звернень громадян у вигляді інформаційного запиту та запиту щодо роз'яснення законодавства, електронної петиції. Адже пропозиція – звернення із суспільно значущих питань, а заяви і скарги – з питань особистого характеру. Крім того, зміст усталених категорій звернень громадян є надзвичайно різноманітним. Це і поради, рекомендації, зауваження, міркування, побажання – пропозиції. Це і прохання, повідомлення про порушення та висловлення думки про їх усунення – заяви, а також прохання – клопотання. Це і вимога про поновлення прав і захист інтересів – скарги.

На практиці здебільшого звернення громадян викладаються таким чином, що досить часто змістовно містять ознаки і заяви, і скарги, і пропозиції, і зауваження. Тому питання класифікації звернень громадян має не лише теоретичне, а й практичне значення, оскільки дає змогу пізнати їх різноманіття, більш чітко визначити вимоги до різних категорій звернень, уточнити права, обов'язки учасників відповідних правовідносин та порядок їх реалізації. У зв'язку з цим одні вчені за критерієм характеру питання, з яким громадяни звертаються до органів публічної адміністрації, пропонують вирізняти звернення публічного та приватного характеру<sup>6</sup>, другі – пропозиції, зауваження і повідомлення як звернення публічного характеру та клопотання і скарги як звернення приватного характеру<sup>7</sup>, треті за змістом (призначенням) звернень – пропозиції, заяви, скарги, інформаційні запити, запити щодо роз'яснення законодавства<sup>8</sup>. На вирішення цього питання певною мірою спрямована і постанова Кабінету Міністрів України від 2 вересня 2008 р. «Про затвердження Класифікатора звернень громадян», згідно з якою органи виконавчої влади – зобов'язані, а органам місцевого самоврядування – рекомендовано забезпечити застосування Класифікатора, шокварталу інформувати Кабінет Міністрів про стан роботи зі зверненнями громадян і порушені в них питання.

У змісті Преамбули Закону України «Про звернення громадян» чітко вказується, що звернення громадян є способом реалізації закріплених ст. ст. 38 та 40 Конституції України їх прав. Вважаємо, що за змістом серед звернень громадян до органів публічної адміністрації доцільно вирізняти: 1) пропозиції – звернення, що містить поради, рекомендації, побажання щодо підвищення ефективності організації та діяльності органів публічної адміністрації, нормативно-правового регулювання у сфері публічного управління; 2) зауваження – звернення, що містить критичну оцінку діяльності органів публічної адміністрації та їх посадових осіб, вказівку на недоліки у правовому регулюванні відносин у певній сфері публічного управління; 3) повідомлення – звернення з метою інформування органів публічної адміністрації про необхідність вжиття заходів профілактики або усунення порушень законодавства, що зачіпають законні інтереси невизначеного кола осіб; 4) заяви – звернення до органів публічної адміністрації з метою реалізації належних громадянам прав, свобод і законних інтересів, виконання покладених законом обов'язків; 5) скарги – звернення до органів публічної адміністрації з вимогою про захист, поновлення суб'єктивних прав, охоронюваних законом свобод законних інтересів скаржника, а в окремих випадках – і третіх осіб. При цьому пропозиції, зауваження і повідомлення є зверненнями публічного, а заяви і скарги – приватного характеру.

Щодо електронної петиції, то у наукових джерелах її поняття трактується як офіційне звернення з вимогою, пропозицією чи скаргою до уповноважених суб'єктів через офіційний веб-сайт органу, якому воно

адресоване, або веб-сайт громадського об'єднання, яке здійснює збір підписів на підтримку електронної петиції<sup>9</sup>. На нашу думку, така позиція є доволі суперечливою. З огляду на ст. 5 Закону України «Про звернення громадян», петиція – це особлива форма колективного звернення громадян до Президента України, Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, органів місцевого самоврядування, яка є результатом комплексного підходу до класифікації звернень, а саме: застосуванням критерію форми звернення (електронне звернення) у поєднанні із критеріями суб'єкта звернення (колективне звернення) та адресату звернення (Президент України, Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України та органи місцевого самоврядування). І оскільки, згідно зі ст. 23-1 Закону, електронна петиція розглядається за умови збору на її підтримку не менше 25 000 підписів громадян протягом не більше трьох місяців з дня оприлюднення петиції або кількості підписів та строку їх збору, встановлених статутом територіальної громади, таке звернення має публічний характер, стосується прав і законних інтересів невизначеного кола осіб. Отже, на нашу думку, за змістом вона може бути пропозицією, зауваженням або повідомленням.

Крім класифікації звернень до органів публічної адміністрації, визнаної законодавцем, на сьогодні надзвичайно актуальним є дослідження проблематики звернень в аспекті інформаційних запитів і запитів щодо роз'яснення законодавства. На підставі аналізу змісту понять «запит на інформацію», «публічна інформація», «запитувачі інформації», «розпорядник інформації», закріплених ст. ст. 1, 12, 13 та 19 Закону України «Про доступ до публічної інформації», Н. Каменська пропонує розуміти під *інформаційним запитом* звернення фізичної особи (фізичних осіб), юридичної особи (юридичних осіб) до органу виконавчої влади, місцевого самоврядування тощо про надання інформації, яка міститься в офіційних документах, будь-яких інших джерелах, якими володіє такий суб'єкт<sup>10</sup>. Більш плідною, з точки зору чіткості термінології та мети такого різновиду звернення, видається позиція О. Костюкевича, який трактує інформаційний запит як звернення з проханням надати документовані або публічно оголошені відомості, необхідні для реалізації відповідних прав, свобод та законних інтересів громадян<sup>11</sup>.

Існують випадки, коли інформаційні запити адресуються органам публічної адміністрації особами зі спеціальним статусом. Зокрема, адвокати під час здійснення адвокатської діяльності мають право на підставі ст. ст. 20 та 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» надсилати до органів публічної адміністрації звернення щодо надання інформації – *адвокатські запити*.

Поява *запитів щодо роз'яснення законодавства* спричинена переважно проблемами правозастосовної діяльності контролюючих органів, органів юстиції, суб'єктів владних повноважень у сфері праці та соціальної політики. І оскільки у вітчизняному законодавстві такий вид звернень не передбачений, Н. Каменська пропонує його визначати як звернення фізичної особи (фізичних осіб), юридичної особи (юридичних осіб) до органу виконавчої влади, місцевого самоврядування з питань практичного застосування окремих положень законів та підзаконних нормативно-правових актів<sup>12</sup>.

Важливим питанням є також юридичні гарантії реалізації громадянами права на звернення до органів публічної адміністрації, адже чинне законодавство України про звернення громадян не містить окремих статей з цього приводу. Як приклад, можуть бути наведені положення Закону України «Про звернення громадян», які встановлюють для органів публічної адміністрації низку заборон, а саме: щодо відмови у прийнятті та розгляді звернення (ст. 7), переслідування громадян за подання звернення і примушування їх до його подання (ст. 9), розголошення відомостей, що містяться у зверненнях (ст. 10) тощо, конкретизують у відповідних нормах обов'язки органів публічної адміністрації під час роботи зі зверненнями громадян або здійснення їх особистого прийому, а також встановлюють відповідальність посадових осіб за порушення законодавства про звернення громадян (ст. 24), контролю за його дотриманням (ст. 28)<sup>13</sup>. Зокрема, цивільна відповідальність передбачає відшкодування витрат, пов'язаних із самим зверненням (відправлення, витрати на дорогу) та реальних втрат від неотримання запитуваної інформації.

До адміністративної відповідальності можуть бути притягнуті винні посадові особи на підставі ч. 6 ст. 212-3 Кодексу про адміністративні правопорушення – незаконну відмову у прийнятті та розгляді звернення, інше порушення Закону України «Про звернення громадян» – у вигляді накладення штрафу від двадцяти п'яти до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Повторне протягом року вчинення будь-якого з порушень, передбачених ч. 6 цієї статті, за яке особу вже було піддано адміністративному стягненню, – тягне за собою накладення штрафу на посадових осіб від шістдесяти до вісімдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадські роботи на строк від двадцяти до тридцяти годин.

Для того, щоб винні особи понесли відповідальність за порушення закону про звернення громадян, необхідно звернутися з відповідною заявою до уповноваженої особи секретаріату Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини або представника Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, як це зазначено в п. 8-1 ч. 1 ст. 255 Кодексу України про адміністративні правопорушення, на предмет складання протоколу про адміністративне правопорушення за ст. 212-3 КпАП України. Крім заяви із вимогою про притягнення до відповідальності винних осіб необхідно подати докази звернення. Це може бути копія цього звернення із зазначенням відмітки про отримання або поштові документи, які підтверджують відправлення кореспонденції за адресою винуватців.

Кримінальна відповідальність за порушення закону про звернення громадян чітко не передбачена. Такі протиправні дії можливо кваліфікувати за ст. 364 (зловживання владою або службовим становищем), ст. 366 (службове підроблення), ст. 367 (службова недбалість) Кримінального кодексу України.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що законодавство України, яке регулює відносини органів публіч-

ної адміністрації за зверненнями громадян, незважаючи на перманентне вдосконалення, містить низку проблем: поширюється лише на громадян і залишає поза увагою звернення юридичних осіб; не диференціє порядок розгляду звернень органами державної влади і місцевого самоврядування та недержавними інституціями; надто поверхово регулює процедурний аспект відносин щодо розгляду звернень громадян<sup>14</sup>.

До недоліків аналізованого законодавства слід віднести також регулювання різних за своєю суттю правових явищ – пропозицій, заяв та скарг, змістовні відмінності яких не враховані в повному обсязі; відсутність критеріїв оцінки повноти відповіді органу публічної адміністрації на звернення; неможливість верифікації заявників, використання так званих «електронних ключів» у цьому процесі; неузгодженість положень Закону України «Про звернення громадян» з положеннями Законів України «Про доступ до публічної інформації», «Про статус народного депутата України» в частині строків розгляду тих чи інших різновидів звернень тощо.

Серед практичних проблем, з якими стикаються органи публічної адміністрації у зв'язку із введенням інституту електронних петицій, є збільшення на них навантаження при зволіканні з вирішенням кадрового питання (наприклад, в середньому за рік до відділу з питань звернень громадян Апарату Верховної Ради України надходить близько 90 тисяч звернень, із яких 18 % – електронних та 3 % – усних); не розуміння громадянами суті поняття «електронна петиція», його ототожнення зі скаргою або заявою, у зв'язку з чим працівникам відділу з питань звернень доводиться надавати таким заявникам відповідні роз'яснення.

Доволі не типовим повноваженням Уповноваженого Верховної Ради з прав людини, що підтверджується міжнародною практикою, є покладання на нього обов'язку з оформленню протоколів про адміністративні правопорушення, передбачені ч. 7 ст. 212-3 КУпАП – незаконну відмову у прийнятті та розгляді звернення, інші порушення Закону України «Про звернення громадян». Абсолютно відсутня необхідна матеріальна та технічна підтримка додаткових функцій офісу Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини – контролю за дотриманням законодавства України про звернення громадян, які виникли із внесенням змін до Закону України «Про прокуратуру» та скасуванням функції загального нагляду органів прокуратури.

У зв'язку з повним переходом з 15 серпня 2016 р. Кабінету Міністрів України на систему електронного документообігу, до якої також приєднані центральні органи виконавчої влади, Адміністрація Президента України та Апарат Верховної Ради України, а також запровадження у майбутньому системи електронних звернень, які в подальшому могли б замінити паперові носії, вкрай необхідні нові підходи щодо захисту персональних даних заявників. Разом із тим перехід до електронних звернень має враховувати також потреби людей похилого віку, соціально незахищених та внутрішньо переміщених осіб, адже часто саме вони не мають доступу до мережі Інтернет та інших засобів зв'язку, окрім пошти.

Торкаючись питання про повторні звернення громадян, необхідно досить обережно і обґрунтовано в досліджуваній сфері застосовувати поняття «зловживання правом», оскільки часто таке явище пов'язане із неможливістю отримати повну відповідь на поставлене у зверненні запитання.

Не менш важливими практичними проблемами є проблеми ідентифікації осіб, які використовують телефонну форму звернень (зокрема, тільки Урядовий контактний центр у 2016 р. прийняв близько 1,8 млн таких звернень), «пересилання за належністю» звернень громадян, у тому числі й до Верховної Ради України, Кабміну чи Президента, у зв'язку з чим питання, що належать до компетенції місцевих органів влади, тривалий час не вирішуються. Залишається невирішеним питання про порядок прийняття рішень органами публічної адміністрації за зверненнями громадян та порядок їх оскарження на всіх рівнях органів публічної адміністрації, що породжує затягування процесу розгляду звернення та значно знижує його ефективність. Відсутні юридичні гарантії відповіді на звернення, гарантії безпеки громадянина-заявника і безпеки членів його сім'ї тощо<sup>15</sup>.

Проблему контролю за розглядом скарг громадян, який зараз здійснюють народні депутати, пропонується вирішити шляхом передачі цієї функції Інформаційному омбудсмену, доцільність запровадження посади якого на сьогодні активно дискутується, і навпаки – недоцільності залучення громадськості до контролю за процесом розгляду звернень, адже це порушуватиме право заявників на захист персональних даних.

Отже, адміністративно-правове регулювання відносин органів публічної адміністрації за зверненнями громадян має вдосконалюватися. На цьому і була зосереджена увага Робочої групи з напрацювання нової редакції Закону України «Про звернення громадян» Комітету Верховної Ради України з питань прав людини, національних меншин та міжнаціональних відносин. Основним нормативно-правовим актом з цих питань має стати Закон України «Про адміністративну процедуру», який з метою утвердження і реалізації прав, свобод та законних інтересів фізичних і юридичних осіб, забезпечення їх гарантій та захисту визначатиме повноваження й порядок діяльності органів публічної адміністрації щодо справедливого, об'єктивного розгляду адміністративних справ відповідно до принципів належного урядування. Об'єктивною потребою також вбачається напрацювання законопроекту «Про петиції», предметом регулювання якого мають стати зауваження та пропозиції фізичних та юридичних осіб.

<sup>1</sup> Скакун О. Теорія держави і права: підруч. / О. Скакун. – К.: Правова єдність, 2009. – С. 390.

<sup>2</sup> Грибок І. О. Поняття, структура та зміст інституту оскарження / І.О. Грибок // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2003. – № 9. – С. 55.

<sup>3</sup> Каменская Н. Субъекты права на обращение к публичной администрации: актуальные проблемы прав и обязанностей / Н. Каменская // Часопис Київського університету права. – 2015. – № 4. – С. 77; Мостовой О. А. Адміністративно-правові та організаційні засади провадження за зверненнями громадян до органів виконавчої влади: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 / О. А. Мостовой. – К., 2011. – С. 5.

<sup>4</sup> Наумов І. В. Деякі питання провадження із звернень громадян в діяльності органів внутрішніх справ / І. В. Наумов // Форум права. – 2015. – № 2. – С. 120.

<sup>5</sup> Тимошук В. П. Щодо розвитку адміністративно-процедурного законодавства в Україні / В. П. Тимошук // Адміністративно-правове забезпечення прав людини органами публічної адміністрації в Україні: зб. наук. праць / за заг. ред. О. Ф. Андрійко. – К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2015. – С. 149.

<sup>6</sup> Чуб О. О. Конституційне право громадян на участь в управлінні державними справами: моногр. / О. О. Чуб. – Х.: Одісей, 2005. – С. 126.

<sup>7</sup> Котляревська Г. Методичні питання класифікації звернень громадян до органів влади / Г. Котляревська // Юридична Україна. – 2010. – № 5. – С. 37.

<sup>8</sup> Каменська Н. Класифікація звернень до органів публічної адміністрації за змістом: дискусійні питання / Н. Каменська // Юридична Україна. – 2014. – № 9. – С. 10.

<sup>9</sup> Собків Я. М. Електронна петиція як одне з інформаційних прав людини і громадянина / Я. М. Собків // Право і суспільство. – 2015. – № 6. – С. 63.

<sup>10</sup> Каменська Н. Класифікація звернень до публічної адміністрації за змістом (призначенням): дискусійні питання / Н. Каменська // Юридична Україна. – 2014. – № 9. – С. 12.

<sup>11</sup> Костюкевич О. К. Адміністративно-правове регулювання реалізації права громадян на звернення: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 / О. К. Костюкевич. – К., 2011. – С. 14.

<sup>12</sup> Каменська Н. Вказана праця.

<sup>13</sup> Петков С. В. Гарантії права на звернення громадян до органів внутрішніх справ України: моногр. / С. В. Петков, О. О. Мірошниченко, Ю. В. Делія ; за заг. ред. С. В. Петкова. – К.: Центр учбової літератури, 2016. – С. 30.

<sup>14</sup> Тимошук В. П. До проблеми правового регулювання адміністративно-процедурних відносин / В. П. Тимошук // Адміністративна реформа в Україні: шлях до європейської інтеграції: зб. наук. праць. – К., 2003. – С. 282–286.

<sup>15</sup> Котляревська Г. М. Конституційне право громадян на звернення до органів влади в Україні (питання теорії та практики): моногр. / Г. М. Котляревська. – К.: Парламентське вид-во, 2012. – С. 142.

#### Резюме

**Кисіль Л. Є. Відносини, що виникають за зверненнями громадян до органів публічної адміністрації: деякі аспекти адміністративно-правового регулювання.**

Аналізується структура відносин, що виникають за зверненнями громадян до органів публічної адміністрації. Характеризуються стан, проблемні аспекти та напрями вдосконалення їх адміністративно-правового регулювання. Акцентується увага на юридичних гарантіях реалізації права громадян на звернення. Доводиться, що основним нормативно-правовим актом з цих питань має стати Закон України «Про адміністративну процедуру». Об'єктивною потребою також вбачається напрацювання законопроекту «Про петиції», предметом регулювання якого мають стати зауваження й пропозиції фізичних та юридичних осіб.

**Ключові слова:** звернення громадян, адміністративно-правові відносини, адміністративно-правове регулювання, органи публічної адміністрації.

#### Резюме

**Кисель Л. Е. Отношения, возникающие в связи с обращениями граждан к органам публичной администрации: некоторые аспекты административно-правового регулирования.**

Анализируется структура отношений, которые возникают по поводу обращений граждан к органам публичной администрации. Характеризуются состояние, проблемные аспекты и направления совершенствования их административно-правового регулирования. Акцентируется внимание на юридических гарантиях реализации права граждан на обращение. Доказывается, что основным нормативно-правовым актом по этим вопросам должен стать Закон Украины «Об административной процедуре». Объективной необходимостью также является наработка законопроекта «О петициях», предметом регулирования которого должны стать замечания и предложения физических и юридических лиц.

**Ключевые слова:** обращения граждан, административно-правовые отношения, административно-правовое регулирование, органы публичной администрации.

#### Summary

**Kysil L. Administrative-legal regulation of relations arising from appeals of citizens to bodies of public administration.**

The structure of relations arising from the appeals of citizens to the bodies of public administration is analyzed. The state, problem aspects and directions of improvement of their administrative-legal regulation are characterised. The emphasis is on legal guarantees for the implementation of citizens' rights to apply. We will conclude that the basic legal act on these issues should be the Law of Ukraine "On the administrative procedure". The draft law "On petition", the subject of regulation of which should be the comments and suggestions of individuals and legal entities also seems to be an objective demand.

**Key words:** appeals of citizens, administrative-legal relations, administrative-legal regulation, bodies of public administration.

**Б. О. ЛОГВИНЕНКО**

*Борис Олексійович Логвиненко, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*

## **СУБ'ЄКТИ ПУБЛІЧНОГО АДМІНІСТРУВАННЯ СФЕРОЮ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я В УКРАЇНІ**

Медицина є привабливим об'єктом правових досліджень загалом та адміністративно-правових зокрема. Це пов'язано із низкою обставин, ключовими із яких можуть вважатись:

- по-перше, наразі в Україні триває медична реформа, сутність якої зводиться до намагання змінити порядок фінансування організації та надання медичної допомоги;
- по-друге, сама медична діяльність, зважаючи на виокремлення трьох видів медицини (державна, комунальна, приватна), завжди потребує публічно-правових важелів адміністрування;
- по-третє, пацієнт як ключовий суб'єкт процесу отримання медичної допомоги, потребує належної охорони та захисту, в тому числі засобами адміністративного права.

Проблематиці публічного адміністрування сферою охорони здоров'я та медичного права загалом присвячені наукові доробки таких дослідників, як: В. І. Агарков, Ю. М. Аргунова, Н. Б. Болотіна, Ю. В. Вороненко, В. О. Галай, М. Ф. Герасименко, З. С. Гладун, І. Ю. Григор'єв, Л. М. Дешко, Д. В. Карамішев, О. Ю. Кашинцева, С. О. Козуліна, Л. В. Красицька, Ю. І. Кундієв, М. С. Малєїн, М. М. Малєїна, В. Ф. Москаленко, З. О. Надюк, В. М. Пашков, О. М. Пелагеша, О. М. Піщита, Н. В. Путіло, Я. Ф. Радиш, Г. Б. Романовський, А. М. Савицька, І. М. Солоненко, Р. О. Стефанчук, В. Ю. Стеценко, С. Г. Стеценко, М. М. Тищенко, Г. М. Токарев, В. Б. Філатов, Д. М. Шатковська, Я. М. Шатковський, Н. В. Шевчук та ін.

Охорона здоров'я об'єктивно потребує публічного адміністрування. Це мають здійснювати певні суб'єкти, до повноважень яких належить реалізація такого роду діяльності. На сутність та характеристики публічного управління сферою охорони здоров'я громадян впливають такі чинники:

- попри єдину функціональну спрямованість медицини, наявними є різні форми власності медичних закладів, а також відомча медицина;
- децентралізація, яка суттєво посилює владні повноваження стосовно охорони здоров'я на місцях;
- передача певної частини публічно-правових повноважень з боку Міністерства охорони здоров'я України недержавним інституціям, з метою мінімізації корупційних та інших ризиків.

З точки зору публічного адміністрування охорони здоров'я доцільним є виокремлення так званого єдиного медичного простору. Сутність його полягає у необхідності функціонального сприйняття всіх закладів охорони здоров'я як єдиного цілого пов'язаного комплексу, призначення якого полягає у можливості надання медичної допомоги (надання медичних послуг) пацієнту за необхідності у будь-якому медичному закладі (незалежно від форми власності та порядку підпорядкованості) із подальшими організаційно-правовими кроками та фінансовими розрахунками між суб'єктами організації та надання медичної допомоги (послуг). У цьому сенсі об'єктивну та аргументовану позицію займають С. Г. Стеценко та Т. О. Тихомирова, які, досліджуючи проблематику правового забезпечення відомчої медицини в системі Міністерства внутрішніх справ України, зазначають, що «у рішенні питання доцільності існування відомчої медицини МВС України необхідно керуватися не «містечковим патріотизмом», а загальнодержавними інтересами, з урахуванням положень сучасної науки адміністративного права. Суть державного управління медичною галуззю полягає в наявності центрального органу виконавчої влади, якому підпорядковані всі медичні заклади і установи. Це загальне правило. Адже ж немає в кожному відомстві скажемо, своїх органів внутрішніх справ, пожежників, співробітників служби безпеки, з відповідними повноваженнями. Тому, з погляду адміністративно-правового регулювання медичного забезпечення співробітників органів внутрішніх справ України, на нашу думку, доцільніше поступово відмовлятися від відомчої медицини зі збереженням високих досягнутих результатів діяльності медицини в системі Міністерства внутрішніх справ. Керувати медициною в органах внутрішніх справ слід структурі (Медичний департамент МВС України), що повинна мати подвійне підпорядкування – по спеціальній лінії – профільному заступнику Міністра внутрішніх справ; по медичній лінії – заступнику Міністра охорони здоров'я України!».

Як видно, вищевказані фахівці займають продержавницьку позицію у питанні медичного забезпечення всіх верств населення, і такого роду бачення варто підтримати. Такий підхід є справедливим, об'єктивним та поміркованим. Хоча необхідно розробити низку заходів, спрямованих на збереження високих показників медичного забезпечення системи Міністерства внутрішніх справ для тих осіб, які були прикріпленими до медичних закладів відомчого підпорядкування.

Що ж стосується децентралізації та її впливу на публічне адміністрування сферою охорони здоров'я, то тут ми вважаємо за доцільне вказати на точку зору І. О. Кресіної та О. М. Стойко, які стверджують, що ре-

зультати здійснення регіональної політики частково залежать від глобальних чинників, невіддільних національним урядам чи органам місцевої влади. Крім того, успіх чи невдача регіональної політики також значною мірою залежать не лише від економічних чинників, а й політико-управлінських, пов'язаних з ефективністю інституційної системи. Тим не менше, розробка збалансованих показників дієвості програм регіонального розвитку дала б змогу з'ясувати недоліки та переваги угод регіонального розвитку, передбачених Законом України «Про стимулювання регіонального розвитку» та інших інструментів, які використовувалися або будуть використовуватися в Україні<sup>2</sup>. У цій частині варто рухатись уперед, проте не забувати про соціально чутливий характер будь-яких перетворень у царині організації надання медичної допомоги широким верствам населення.

З приводу децентралізації та її значення у сфері адміністрування медициною С. Пак зауважує, що системі охорони здоров'я в Україні потрібно будувати на основі об'єднання принципів централізації згори (на рівні органів управління) і децентралізації знизу (на рівні лікувальних закладів). Саме на основі принципів централізації й децентралізації необхідно вирішувати загальні питання системи, спрямовані на реалізацію основної мети системи охорони здоров'я – задоволення потреб населення в доступній і якісній медичній допомозі<sup>3</sup>.

Справедливості заради вкажемо, що більше права на існування має інша позиція. Вона полягає в тому, що належне публічне адміністрування сферою охорони здоров'я можливе за умови поєднання принципів централізації й децентралізації на всіх організаційних рівнях. Так, адміністративні повноваження МОЗ можна розподілити в межах спеціально утворених органів, що координуються цим Міністерством і діяльність яких спрямована на окремі об'єкти (складові) сфери охорони здоров'я в Україні.

Ключовим суб'єктом публічного адміністрування сфери охорони здоров'я громадян природно є Міністерство охорони здоров'я України. Характеризуючи роль і значення даного центрального органу виконавчої влади у справі організаційно-правового забезпечення медичної галузі, ми зазначали, що, з одного боку, концентрація повноважень щодо публічного адміністрування сферою охорони здоров'я в межах МОЗ вважається позитивним моментом. З іншого боку, фактичне позбавлення координації з боку МОЗ центральних органів виконавчої влади, діяльність яких була спрямована на виконання окремих функцій із реалізації державної політики в досліджуваній сфері, вбачається нами негативним кроком. Зазначимо, що внаслідок оптимізації центральних органів виконавчої влади Державна санітарно-епідеміологічна служба України була приєднана до новоствореної Державної служби України з питань безпечності харчових продуктів та захисту споживачів. Державну службу з питань протидії ВІЛ-інфекції/СНІДу та інших соціально небезпечних захворювань було ліквідовано, а шляхом злиття Державної служби з лікарських засобів і Державної служби з контролю за наркотиками утворено Державну службу України з лікарських засобів та контролю за наркотиками<sup>4</sup>.

Констатуємо, що поряд із Міністерством охорони здоров'я України діє низка інших суб'єктів публічного адміністрування медичної діяльності. Йдеться про органи управління сферою охорони здоров'я:

- на рівні областей;
- на рівні районів;
- на рівні міст;
- на рівні органів місцевого самоврядування.

З нашої точки зору, специфіка конкретної моделі публічного адміністрування сферою охорони здоров'я може визначатися за допомогою трьох складових: 1) типу організації (форми) національної системи охорони здоров'я; 2) методу адміністрування (управлінського впливу) сферою охорони здоров'я; 3) джерел фінансування національної системи охорони здоров'я.

Пояснюючи власну позицію, підкреслимо наступне: по-перше, держава формує систему органів публічної адміністрації (централізовану/ децентралізовану), якими забезпечується адміністрування даною сферою; по-друге, використання різноманітних методів адміністрування сферою охорони здоров'я дає змогу обрати найбільш ефективні їх комбінації та визначає головне спрямування управлінського впливу (імперативний/диспозитивний); по-третє, джерела фінансування (монополізація/демонополізація) сфери охорони здоров'я опосередковано впливають на кількість суб'єктів владних повноважень і обсяг їхньої правосуб'єктності.

Якщо центральний рівень публічного адміністрування охороною здоров'я не викликає сумнівів, оскільки він репрезентований передовсім Міністерством охорони здоров'я України, то певні складнощі є із місцевим рівнем. Тут ми маємо необхідність використовувати напрацювання вчених-правників, роботи яких присвячено проблематиці місцевої публічної влади. Так, приміром, В. Б. Калиновський стверджує, що першою групою суб'єктів, які здійснюють місцеву публічну владу в Україні, є місцеві органи виконавчої влади, вони мають повноваження, передбачені законодавством у визначених сферах суспільного життя на відповідній території... Конституція України у ч. 1 ст. 140 визначає, що місцеве самоврядування є правом територіальної громади – жителів села чи добровільного об'єднання у сільську громаду жителів кількох сіл, селища та міста – самостійно вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції і законів України. Тобто, йдеться про те, що територіальна громада наділена владою самостійно вирішувати питання місцевого значення. Реалізовувати цю владу територіальна громада може безпосередньо та через органи місцевого самоврядування. Ключова відмінність цієї складової місцевої публічної влади в тому, що вона спрямована на особливий об'єкт – питання місцевого значення, тобто ті сфери суспільного життя, які забезпечують життєдіяльність, побут та функціонування територій. Отже, другою групою суб'єктів, які здійснюють місцеву публічну владу в Україні, є органи місцевого самоврядування<sup>5</sup>. Термінопоняття «питання місцевого значення» певною

мірою дисонує із соціальним значенням та загальнодержавним акцентом на здоров'ї людини й суспільства. Проте щодо розподілу повноважень між місцевими органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування у контексті охорони здоров'я важливо зазначити. Це питання, на жаль, по-різному вирішується у різних випадках. Так не повинно бути. Адже правовий статус пацієнтів міст, сіл, районних чи обласних центрів фактично є єдиним, і він визначається положеннями нормативно-правових актів загальнодержавного значення.

До речі, такого роду неврегульованість питання надання медичної допомоги та організації охорони здоров'я на місцевому рівні обумовлює необхідність його дослідження на науковому юридичному рівні, у рамках науки медичного права. Саме тому ми погоджуємося із визнанням фахівцем у царині медичного права професором С. Г. Стеценком у тому, що завдання науки медичного права визначаються значенням науки в розвитку державно-правових явищ і внеском в удосконалення вітчизняної юриспруденції і сфери охорони здоров'я. До основних завдань науки медичного права належать:

- вивчення українського медичного права;
- дослідження особливостей передового зарубіжного досвіду в галузі юридичної регламентації медичної діяльності;
- пошук правових шляхів запровадження обов'язкового медичного страхування та удосконалення добровільного медичного страхування;
- розробки в сфері оптимізації освітніх програм в галузі юридичної і медичної освіти;
- дослідження в сфері історії правового регулювання медичної діяльності;
- теоретико-правові аспекти медичного права;
- вироблення пропозицій, спрямованих на вдосконалення законодавчої бази сфери охорони здоров'я в Україні тощо<sup>6</sup>.

Загалом же діяльність суб'єктів публічного адміністрування сферою охорони здоров'я спрямована на створення максимально комфортних умов для реалізації прав громадян у вказаній сфері. У цьому зв'язку слушною є позиція І. О. Буряка, який стверджує, що сфера забезпечення права громадян на охорону здоров'я являє собою сукупність суспільних відносин, які опосередковують увесь спектр взаємовідносин індивіда і суспільства, пов'язаних із профілактикою та лікуванням хвороб, формуванням здорового способу життя та нівелюванням впливу будь-яких факторів, які негативно впливають або становлять потенційну небезпеку такого впливу на стан здоров'я конкретної особи і суспільства в цілому та безпосередньо пов'язані із реалізацією, охороною й захистом відповідних прав громадян<sup>7</sup>.

Чинне законодавство України не містить цілісного механізму державного управління ринкових економічних відносин, крім сукупності окремих нормативно-правових механізмів застосування державою тих чи інших регулюючих засобів (ліцензування, порядок регулювання цін і тарифів, встановлення спеціальних режимів господарювання). Залишається відкритою і проблема неможливості досягнення функціонального призначення кожним засобом регулювання у разі, якщо різноманітні засоби управління, скомпоновані автономно, працюватимуть одночасно. Наприклад, фактично не вивчена проблема співвідношення регулятивних функцій ліцензування та сертифікації товарів і послуг. У зв'язку з цим можна припустити, що в основу політики розвитку вітчизняної сфери охорони здоров'я має бути покладена необхідність створення перспективного законодавства та нормативно-правового забезпечення охорони здоров'я населення<sup>8</sup>.

Традиційно є сфери, де впровадження реформ відбувається більш продуктивно. Натомість, в силу низки зовнішніх і внутрішніх факторів, існують проблемні галузі, де реформування відбувається непослідовно, безсистемно та поверхово. До проблемних сфер публічного адміністрування традиційно відносять охорону здоров'я. Зауважимо, що надзвичайна важливість сфери охорони здоров'я в сукупності із державним курсом на інтеграцію до європейських структур ставлять перед вітчизняною науковою спільнотою «нові виклики». Останні насамперед стосуються належного наукового забезпечення і пошуку оптимальних шляхів піднесення охорони здоров'я в Україні до рівня високих стандартів держав-учасниць Європейського Союзу (далі – ЄС). Вказані стандарти мають як широке, так і вузьке розуміння (суто медичні стандарти). Тут ми погоджуємося із В. Ю. Стеценком, що під стандартизацією у сфері охорони здоров'я необхідно розуміти процес створення уніфікованих правил надання медичної допомоги, які у подальшому стають обов'язковими для всіх медичних працівників незалежно від форм власності лікувальних установ, де вони працюють. Стандартизація ефективно захищатиме права пацієнтів, оскільки буде мати місце «еталон» (зразок, стандарт, алгоритм) лікування, відхилення від якого у разі неблагополучного наслідку лікування свідчитиме не на користь медичного працівника, який здійснював лікування, і буде дієвим аргументом у захисті прав пацієнта. Крім того, стандартизація ефективно захищатиме права медичних працівників, оскільки дотримання вимог стандарту свідчитиме про правомірність надання медичної допомоги та зробить малоімовірним успішність претензій пацієнтів у разі негативного результату лікування<sup>9</sup>.

Таким чином, питання виокремлення суб'єктів публічного адміністрування у сфері охорони здоров'я громадян є більш ніж важливим з позицій вироблення загальної стратегії публічно-правового впливу на медичну сферу. Міністерство охорони здоров'я України – не єдиний загальнодержавний суб'єкт адміністрування у цій царині. Відомо, що Верховна Рада України, Президент нашої держави та Кабінет Міністрів України на рівні Конституції України та чинних законів наділені повноваженнями у сфері охорони здоров'я громадян. Головне, щоб вони реально втілювались у життя, а не залишались на рівні декларацій.



<sup>1</sup> *Стеценко С. Г.* Медичне право України (правове забезпечення відомчої медицини МВС України): моногр. / С. Г. Стеценко, Т. О. Тихомирова. – К.: Атіка, 2010. – 152 с.

<sup>2</sup> *Кресіна І. О.* Перспективи децентралізації влади у контексті регіональної політики України. Чи йдемо в Європу? / І. О. Кресіна, О. М. Стойко // Публічне право. – 2015. – № 2. – С. 12–17.

<sup>3</sup> *Пак С. Я.* Внутрішньоорганізаційна структура державного управління охороною здоров'я на регіональному та місцевому рівнях в Україні: сучасний стан та перспективи / С. Я. Пак : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.academy.gov.ua/ej/ej13/txts/Pak.pdf>

<sup>4</sup> *Логвиненко Б. О.* Міністерство охорони здоров'я як основний суб'єкт публічного адміністрування сферою охорони здоров'я в Україні / Б. О. Логвиненко // Науковий вісник Херсонського державного університету. – 2016. – № 2. – С. 60–63. – (Серія «Юридичні науки»).

<sup>5</sup> *Калиновський Б. В.* Місцева публічна влада в Україні: теоретичні основи та конституційно-правова регламентація / Б. В. Калиновський // Часопис Київського університету права. – 2015. – № 4. – С. 62–66.

<sup>6</sup> *Стеценко С. Г.* Вступ до курсу «Медичне право України» / С. Г. Стеценко // Право України. – 2011. – № 11–12. – С. 120–131.

<sup>7</sup> *Буряк І. О.* Адміністративно-правове регулювання у сфері забезпечення права громадян України на охорону здоров'я : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес, фінансове право, інформаційне право» / І. О. Буряк. – К., 2013. – 20 с.

<sup>8</sup> *Руснак Л. М.* Особливості державного управління діяльності у сфері охорони здоров'я / Л. М. Руснак // Держава та регіони. – 2013. – № 2. – С. 58–63. – (Серія «Право»).

<sup>9</sup> *Стеценко В. Ю.* Обов'язкове медичне страхування як крок до вирішення багатьох проблем української медицини: правові засади / В. Ю. Стеценко // Публічне право. – 2016. – № 3. – С. 48–53.

#### Резюме

##### **Логвиненко Б. О. Суб'єкти публічного адміністрування сферою охорони здоров'я в Україні.**

Статтю присвячено проблематиці суб'єктів публічного адміністрування сферою охорони здоров'я в Україні. Акцентовано увагу на факторах, які свідчать про складність реалізації на практиці владних повноважень у медичній галузі. Зазначено, що на місцевому рівні є певні проблеми конкуренції повноважень між органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування. Надано пропозиції стосовно покращення стану справ в українській охороні здоров'я.

**Ключові слова:** публічне адміністрування, медичне право, охорона здоров'я, медичні стандарти, децентралізація.

#### Резюме

##### **Логвиненко Б. А. Субъекты публичного администрирования сферой здравоохранения в Украине.**

Статья посвящена проблематике субъектов публичного администрирования сферой здравоохранения в Украине. Акцентировано внимание на факторах, которые свидетельствуют о сложности реализации на практике властных полномочий в медицинской отрасли. Отмечено, что на местном уровне есть определенные проблемы конкуренции полномочий между органами исполнительной власти и органами местного самоуправления. Предоставлены предложения относительно улучшения состояния дел в украинском здравоохранении.

**Ключевые слова:** публичное администрирование, медицинское право, здравоохранение, медицинские стандарты, децентрализация.

#### Summary

##### **Logvinenko B. The subjects of public administration health service in Ukraine.**

The article is about the subjects of public administration health service in Ukraine. The attention is focused on the factors that indicate the complexity of the implementation of powers in the healthcare industry. It is noted that at local level there are certain problems of competition of powers between the Executive authorities and bodies of local self-government. Provided proposals to improve the state of Affairs in the Ukrainian health care.

**Key words:** public administration, medical law, public health, medical standards, and decentralization.

УДК 344.13

#### **Г. Ю. ЛУК'ЯНОВА**

*Галина Юрїївна Лук'янова, кандидат юридичних наук, доцент Львівського державного університету в внутрішніх справах*

### **ВЗАЄМОДІЯ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ТА КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ**

Аналіз наукової літератури з проблем юридичної відповідальності дав змогу виявити таку її систему, елементами якої є різні види відповідальності: конституційна, кримінальна, адміністративна, цивільно-правова, митна, фінансова, податкова тощо. Ці її види неодноразово були предметом наукових досліджень Ю. Г. Барабаша, Л. М. Баранової, В. І. Борисової, І. Л. Бородіна, В. А. Гуменюка, Г. В. Джагупова, В. К. Кол-

пакова, А. Т. Комзюка, А. Ф. Моти, Ю. А. Пономаренка, С. Н. Приступи, І. В. Спасибо-Фатєєвої, Є. В. Ткаченка, Н. А. Берлача, В. К. Гришука, О. В. Іваненко, В. А. Кожухар, Д. А. Ліпінського, М. Б. Мироненка, Н. М. Оніщенко, І. А. Сердюка, А. С. Шабурова, М. Д. Шиндяпіна, Л. С. Явича та ін. Проте наукові суперечки виникають переважно з питань самостійності тих чи інших видів відповідальності і не мають концептуального характеру. Критично оцінюючи цю ситуацію, спробуємо розібратися в ній та обґрунтувати свою думку про спірність наявних поглядів.

Дослідження проблем системи юридичної відповідальності і кожного її виду окремо потрібно розпочати, вважаємо, із з'ясування суті та змісту юридичної відповідальності загалом, форм її реалізації, виділення критеріїв класифікації юридичної відповідальності за її видами. При цьому необхідно керуватися такими правилами. По-перше, рівністю видів юридичної відповідальності. Якщо говоримо про систему відповідальності та її види як про елементи системи, то всі види юридичної відповідальності мають бути рівнозначні і відрізнятися один від одного ознаками, що визначають специфіку регульованих або охоронюваних правом суспільних відносин. По-друге, самостійністю виду відповідальності. Кожен вид юридичної відповідальності повинен мати свою «нішу» в системі відповідальності і не дублюватися іншим видом. По-третє, поданням юридичної відповідальності як частини національної системи права.

Юридична відповідальність є важливим елементом правового регулювання суспільних відносин, сутність якого полягає в цілеспрямованому впливі на поведінку індивідів за допомогою юридичних засобів. Завдяки цьому комплексному впливу можливе належне впорядкування суспільних відносин, надання їм певної системності і стабільності, уникнення різких загострень соціальних конфліктів, максимальне втілення принципів соціальної справедливості<sup>1</sup>.

Існування права як регулятора суспільних відносин у всі часи зумовлюється саме необхідністю підтримувати правопорядок у неоднорідному, сповненому внутрішніх суперечностей суспільстві для запобігання будь-яким небажаним відхиленням від встановлених правил поведінки. Як самостійний і необхідний елемент механізму правового регулювання юридична відповідальність характеризується трьома специфічними, ключовими для її розуміння ознаками: а) являє собою вид державного примусу; б) єдиною підставою для її застосування є правопорушення; в) функціонує шляхом вжиття певних негативних заходів до осіб, котрі скоїли правопорушення<sup>2</sup>.

У сучасній літературі наведено різні визначення адміністративної відповідальності. Так, у Юридичній енциклопедії адміністративну відповідальність трактовано як вид юридичної відповідальності громадян і службових осіб за вчинені ними адміністративні правопорушення<sup>3</sup>.

На нормативно-правовому рівні офіційної дефініції поняття «адміністративна відповідальність» немає. Положення ст. 23 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) вказують на те, що мірою адміністративної відповідальності є адміністративне стягнення<sup>4</sup>.

У правовій науці адміністративну відповідальність розкрито дещо конкретніше. Домінантним за кількістю думок учених є уявлення адміністративної відповідальності як обов'язку застосування адміністративних стягнень (санкцій, заходів адміністративного примусу) до осіб, які вчинили адміністративне правопорушення. Частина науковців визначає адміністративну відповідальність як сукупність адміністративних правовідносин, що виникають у зв'язку із застосуванням уповноваженими органами (посадовими особами) до осіб, які вчинили адміністративний проступок, особливих санкцій – адміністративних стягнень<sup>5</sup>. На думку інших, адміністративна відповідальність – це форма реагування держави на адміністративне правопорушення, що полягає в застосуванні уповноваженим органом або посадовою особою передбаченого законом стягнення до суб'єкта правопорушення<sup>6</sup>; вид юридичної відповідальності фізичних та юридичних осіб перед органами виконавчої влади чи судом за порушення адміністративно-правових норм на основі застосування адміністративних стягнень<sup>7</sup>. Також адміністративну відповідальність розглядають як засіб адміністративного примусу, а точніше – адміністративних стягнень<sup>8</sup>.

Отже, адміністративна відповідальність не може бути забезпечена без відповідних заходів державного (або адміністративного) примусу. Розглядати ці ознаки адміністративної відповідальності потрібно, не розділяючи їх, а, навпаки, в єдності, маючи на увазі, що змістом адміністративної відповідальності як самостійного виду ретроспективної форми юридичної відповідальності є саме адміністративний примус. Тобто адміністративна відповідальність – це вид юридичної відповідальності, підставою якої є вчинення адміністративного правопорушення. Вона застосовується уповноваженим на те органом виконавчої влади держави, посадовою особою або судом і поширюється на непокору суб'єктів, на відміну, наприклад, від дисциплінарної відповідальності у трудовому праві. Особливістю адміністративної відповідальності, якщо порівнювати з кримінальною, є те, що, по-перше, вона встановлюється не тільки єдиним кодифікованим законодавчим актом або навіть іншими законами, а й підзаконними нормативно-правовими актами; по-друге, вона може бути покладена як на фізичних, так і на юридичних осіб.

Правовою підставою адміністративної відповідальності є вчинення адміністративного правопорушення (проступку). Відповідно до ст. 9 КУпАП адміністративним правопорушенням (проступком) визнається протиправна, винна (умисна або необережна) дія чи бездіяльність, яка посягає на державний або громадський порядок, права і свободи громадян, на встановлений порядок управління і за яку законодавством передбачено адміністративну відповідальність<sup>9</sup>. Отже, об'єктивна сторона адміністративного правопорушення – протиправна дія або бездіяльність порушника, спрямована на об'єкт правопорушення, шкоду, завдану правопорушенням, і причиновий зв'язок між протиправною поведінкою і шкодою. Об'єктивна сторона

складу злочину визначається, по суті, за такими ж ознаками, але з обов'язковою наявністю суспільної небезпеки.

З уваги на зазначене вище проблема розмежування кримінальної та адміністративної відповідальності набуває важливого практичного значення. Виникає так звана конкуренція (колізія) правових норм, коли одним і тим самим діянням дається різна юридична оцінка. Така ситуація створює труднощі для правозастосувача, оскільки від правильного вирішення цього питання залежить точне застосування закону, охорона інтересів громадян і загалом дотримання законності.

Важливо зазначити, що саме взаємодія заходів кримінальної та адміністративної відповідальності є важливою передумовою, матеріально-правовим фундаментом зв'язків, що існують між кримінальним процесом і провадженням у справах про адміністративні правопорушення, тобто процесуальними формами їх реалізації. Так, О. Е. Лейст залежно від способу охорони правопорядку поділяє санкції на два основні види: правовідновлювальні і штрафні, каральні<sup>10</sup>. Перші спрямовані на усунення безпосередньої шкоди, заподіяної правопорядку, а завданням других є виправлення й перевиховання правопорушників.

Саме до штрафних, каральних санкцій заведено відносити і кримінально-правові, і адміністративні санкції. Оскільки ж заходи кримінальної й адміністративної відповідальності найчастіше спрямовані на захист одних і тих самих об'єктів правової охорони, охоронні завдання кримінального права та адміністративної відповідальності багато в чому схожі.

Відповідно до ч. 1 ст. 1 КК України завданнями Кримінального кодексу є: правове забезпечення охорони прав і свобод людини та громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від злочинних посягань, забезпечення миру і безпеки людства, а також запобігання злочинам<sup>11</sup>.

Завдання законодавства про адміністративні правопорушення закріплені у ст. 1 КУпАП України: охорона прав і свобод громадян, власності, конституційного ладу України, прав і законних інтересів підприємств, установ і організацій, встановленого правопорядку, зміцнення законності, запобігання правопорушенням, виховання громадян у дусі точного і неухильного додержання Конституції і законів України, поваги до прав, честі й гідності інших громадян, до правил співжиття, сумлінного виконання своїх обов'язків, відповідальності перед суспільством<sup>12</sup>.

Охоронні завдання кримінального права реалізуються за допомогою таких специфічних засобів:

- а) кримінальне законодавство встановлює перелік діянь, що визнані злочинами, і покарання, які підлягають застосуванню до осіб, котрі їх вчинили;
- б) на основі кримінального закону суд застосовує (у кожному конкретному випадку) відповідні норми і призначає передбачені ними покарання до особи, яка скоїла злочин;
- в) при цьому метою є запобігти вчиненню такою особою нових злочинів (спеціальна або приватна превенція);
- г) одночасно вирішується завдання загального попередження, що полягає у профілактиці злочинних посягань.

При цьому тільки кримінальне право як спеціальні охоронні завдання передбачає попередження злочинів, а також забезпечення миру і безпеки людства.

Кримінальна відповідальність відрізняється від адміністративної такими основними критеріями: 1) органами, що її застосовують; 2) її правовими наслідками; 3) колом суб'єктів відповідальності; 4) підставами її застосування; 5) процесуальною процедурою її здійснення. Звісно, що основним критерієм відмежування кримінальної й адміністративної відповідальності потрібно вважати і специфіку їх джерел.

Водночас взаємодію кримінальної й адміністративної відповідальності розглядають передусім у контексті проблеми розмежування злочинів і схожих з ними адміністративних проступків. Кримінальний кодекс України містить десятки складів злочинів, «конкурентних» зі складами проступків, передбачених КУпАП.

При цьому деякі злочинні діяння й адміністративні правопорушення настільки близькі, а межі між ними настільки нестійкі, що часто одне й те саме діяння в один період може розглядатися як злочин, а в інший – як адміністративний проступок. Це залежить від законодавчого волевиявлення, вираженого у праві й зумовленого суспільно політичними та іншими інтересами і потребами, обставинкою, яка склалася в державі. Для правильної кваліфікації «конкурентних» складів злочинів і адміністративних проступків на практиці деякі вчені рекомендують ввести конкретні критерії, за допомогою яких можна розрізнити подібні злочини й проступки. Такими критеріями можуть виступати наявність або відсутність тяжких наслідків, певний розмір реально завданої матеріальної шкоди, спосіб і місце скоєння правопорушення<sup>13</sup>. Наприклад, якщо незаконна порубка дерев і чагарників відбулася у лісах, захисних та інших лісових насадженнях, то правопорушення розцінюється як злочин (ст. 246 КК України), а якщо це незаконна порубка в інших місцях, то за це правопорушення застосовують заходи адміністративної відповідальності.

Поширення «суміжних» складів кримінальних і адміністративних правопорушень зумовлює потребу узгодження з цього питання норм кримінального судочинства і провадження у справах про адміністративні проступки. Отже, «конкуренція» складів злочинів та адміністративних проступків – це одна з меж взаємодії кримінальної й адміністративної відповідальності. Останню застосовують за правопорушення, що не має високого ступеня суспільної небезпеки; вона завжди є наслідком протиправної дії (бездіяльності) юридичної або фізичної особи; переважно настає внаслідок правопорушень у сфері загальнодержавних, а не приватних інтересів; в окремих випадках її заходи можуть застосовуватися також при звільненні від кримінальної від-

повідальності, тобто за діяння, що містять ознаки злочинів, які не становлять великої суспільної небезпеки. Важливим є те, що межі норм кримінального й адміністративного права визначаються характером і спрямованістю відповідних заборон.

<sup>1</sup> Манькут А. Поняття юридичної відповідальності працівників прокуратури / А. Манькут // Підприємництво, господарство і право. – 2016. – № 2. – С. 159.

<sup>2</sup> Там само.

<sup>3</sup> Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол. : Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 1 : А–Г. – С. 45.

<sup>4</sup> Колпаков В. К. Адміністративно-деліктний правовий феномен : монографія / В. К. Колпаков. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – С. 288.

<sup>5</sup> Бородин І. Л. До питання про дефініцію «адміністративно-правова відповідальність» / І. Л. Бородин, В. А. Круглов // Юридичний вісник. – 2012. – № 1 (22). – С. 43; Мота А. Ф. Адміністративна відповідальність військовослужбовців за законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Мота Андрій Федорович. – Хмельницький, 2001. – С. 23; Хорошак Н. В. Адміністративні стягнення за законодавством України : монографія / Н. В. Хорошак. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004. – С. 64.

<sup>6</sup> Шульженко Ф. П. Юридична відповідальність за правопорушення у сфері економіки : навч. посіб. / Ф. П. Шульженко, Є. В. Невмержицький. – К. : КНЕУ, 2003. – С. 107.

<sup>7</sup> Битяк Ю. П. Административное право Украины (Общая часть) : учеб. пособие / Ю. П. Битяк, В. В. Зуй. – Харьков : Одиссей, 1999. – С. 121.

<sup>8</sup> Адміністративна відповідальність в Україні : навч. посіб. / [А. Т. Комзюк, В. А. Гуменюк, Г. В. Джагунов та ін.] ; за заг. ред. А. Т. Комзюка. – 3-тє вид., доопр. – Х. : Вид-во Харків. нац. ун-ту внутр. справ, 2007. – С. 7.

<sup>9</sup> Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 № 8073-Х з подальшими змінами [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/KD0005.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KD0005.html)

<sup>10</sup> Лейст О. Э. Санкции и ответственность по советскому праву: теоретические проблемы / О. Э. Лейст. – М., 1981. – С. 62.

<sup>11</sup> Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>

<sup>12</sup> Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 № 8073-Х з подальшими змінами [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/KD0005.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KD0005.html)

<sup>13</sup> Ломакина В. Ф. Разграничение преступлений и сходных с ними административных правонарушений / В. Ф. Ломакина // Институты административного права России / отв. ред. М. И. Славин. – М., 1999. – С. 246–248.

### Резюме

#### **Лук'янова Г. Ю. Взаємодія адміністративної та кримінальної відповідальності.**

У статті розглянуто співвідношення адміністративної та кримінальної відповідальності. Наголошено, що адміністративна відповідальність – це вид юридичної відповідальності, підставою якої є вчинення адміністративного правопорушення. Проблема розмежування кримінальної й адміністративної відповідальності лежить у практичній площині, оскільки виникає так звана конкуренція (колізія) правових норм, коли одним і тим самим діянням дається різна юридична оцінка. Така ситуація створює труднощі для правозастосувача, адже від правильного вирішення цього питання залежить точне застосування закону, охорона інтересів громадян і загалом дотримання законності.

**Ключові слова:** юридична відповідальність, адміністративна відповідальність, кримінальна відповідальність, правопорушення, злочин, проступок, кримінальне законодавство, адміністративне законодавство.

### Резюме

#### **Лукиянова Г. Ю. Взаимодействие административной и уголовной ответственности.**

В статье рассмотрено соотношение административной и уголовной ответственности. Отмечено, что административная ответственность – это вид юридической ответственности, основанием которой является совершение административного правонарушения. Проблема разграничения уголовной и административной ответственности лежит в практической плоскости, поскольку возникает так называемая конкуренция (коллизия) правовых норм, когда одним и тем же действием дается различная юридическая оценка. Такая ситуация создает трудности для правоприменителя, ведь от правильного решения этого вопроса зависит точное применение закона, охрана интересов граждан и в целом соблюдение законности.

**Ключевые слова:** юридическая ответственность, административная ответственность, уголовная ответственность, правонарушение, преступление, проступок, уголовное законодательство, административное законодательство.

### Summary

#### **Lukyanova G. Interaction of Administrative and Criminal Liability.**

The correlation of administrative and criminal liability is analyzed in the article. It was emphasized that administrative liability is a kind of legal responsibility, the basis of which is the commission of an administrative offense. The problem of differentiation of criminal and administrative liability lies in the practical sphere, since there is a so-called competition (collision) of legal norms, when the same act is given a different legal assessment. This situation creates difficulties for the law enforcers, since the correct solution to this issue depends on the precise application of the law, the protection of the interests of citizens and generally compliance with the law.

**Key words:** legal liability, administrative liability, criminal liability, offense, crime, misdemeanor, criminal law, administrative law.

**Д. С. Д'ЯЧКОВ**

*Дмитро Сергійович Д'ячков, аспірант Національного університету «Одеська юридична академія»*

**ПРИНЦИП СИСТЕМНОСТІ ПОБУДОВИ ОРГАНІВ ПРОКУРАТУРИ:  
ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ**

Нині прокуратура України, як і уся судова система України, перебуває в процесі реформування. Успіх виконання тих завдань, які стоять перед прокуратурою на сьогодні, залежить, насамперед, від того, на яких організаційних принципах буде вибудована прокуратура.

Надзвичайно важливе значення серед організаційних принципів прокуратури має той її принцип (чи сукупність принципів), який характеризує побудову органів прокуратури як системи. Донедавна таким принципом у науці був принцип єдності прокурорської системи, а питання щодо його змісту та особливостей загалом досліджували С. В. Ківалов, М. В. Косюта, В. І. Малюга, М. І. Мичко, М. І. Руденко, М. К. Якимчук, О. Р. Михайленко, Н. С. Наулік, С. В. Подкопаєв та інші науковці. Поміж тим, суттєве реформуванням прокуратури, яке відбувається на сьогодні, прийняття нового законодавства про прокуратуру вимагає, на наш погляд, й нових поглядів та підходів до вирішення тих питань цього принципу організації прокуратури, які здавалося б уже є вирішеними.

Відтак, **метою** цієї наукової статті є аналіз в умовах реформування прокуратури тих принципів її побудови, що характеризують прокуратуру як систему органів.

Згідно зі ст. 6 (Принципи організації і діяльності прокуратури) Закону «Про прокуратуру» в редакції 1991 року органи прокуратури України становлять єдину централізовану систему, яку очолює Генеральний прокурор України, з підпорядкуванням нижчестоящих прокурорів вищестоящим. Виходячи з цього положення законодавства у правовій науці України впродовж тривалого часу виокремлювався принцип єдності системи прокуратури. Існування зазначеного принципу підтримувалося фактично усіма дослідниками проблем прокуратури та виглядало беззаперечним. Однак, чинним Законом «Про прокуратуру» зазначений принцип вже прямо не виокремлюється. Крім того, основні положення цього принципу, що виокремлювалися наукою раніше, очевидно не відповідають чинному законодавству. Так, наприклад, автори підручника «Прокурорський нагляд в Україні» при характеристиці принципу єдності прокурорської системи зазначали, що українська прокуратура єдина, тобто не поділяється (за аналогією до більшості державних органів) на вищі, центральні, місцеві<sup>1</sup>. Поміж тим, наприклад, нині Закон прямо передбачає існування місцевих прокуратур поряд із регіональними та Генеральною прокуратурою України. Крім того, досить часто цей принцип вже не виокремлюється та досліджується й у сучасній науці про прокуратуру при дослідженні засад (принципів) прокурорської діяльності. Так, наприклад, Л. Європіна у своєму дослідженні навіть не згадує про існування цього принципу, а фактично окремі його характеристики досліджує у змісті закріпленого Законом «Про прокуратуру» принципу територіальності<sup>2</sup>.

На наш погляд, не дивлячись на всі ті зміни, що відбулися у зв'язку з реформування прокуратури України, ті особливості принципу єдності, як засади організації прокуратури України, продовжують бути визначальними в організації чинної системи органів прокуратури. При аналізі цих особливостей, насамперед, вважаємо за необхідне усунути ті логічні помилки, які наявні були в науці щодо визначення його назви.

Поняття «система» (від дав.-гр. σύστημα - «сполучення», «ціле», «з'єднання») є досить непростим для науки, у літературі зустрічається більше 40 різних визначень цього поняття<sup>3</sup>. Поміж тим, воно в переважній більшості означає множину взаємопов'язаних елементів, що утворюють єдине ціле, взаємодіють із середовищем та між собою<sup>4</sup>, порядок, зумовлений правильним планомірним розташуванням і взаємним зв'язком частин чого-небудь<sup>5</sup> або ж сукупність елементів, певним чином пов'язаних і взаємодіючих між собою для виконання заданих цільових функцій<sup>6</sup>. Відтак, вбачається, що назва відповідного принципу як принципу єдності системи прокуратури, містить у собі логічну помилку. Система як поняття вже містить у собі єдність її складових. У цьому питанні ми погоджуємося з М. К. Якимчуком, що під системою органів прокуратури необхідно розуміти сукупність її складових частин, їх місце розташування в структурі та співвідношення між собою, їхні органічні зв'язки та управлінські відносини<sup>7</sup>. У випадку відсутності цієї єдності між складовими системи ця сукупність перестає бути системою, а характеризується просто як набір певних елементів. Через це вважаємо, що відповідний принцип прокуратури України, у разі його наявності, доцільно було б назвати **принципом системності побудови органів прокуратури**. Така назва принципу більш повно відображала б його зміст, який полягав би у аргументах на користь існування системи прокуратури України, а також давав би відповідь на те, на яких засадах здійснювалася б побудова цієї системи.

Принцип системності побудови прокуратури України, насамперед, полягає в тому, що прокуратура України складає систему органів, які перебувають між собою в певному функціональному взаємозв'язку. В ас-

пекті нормативного врегулювання цього аспекту надважливого принципу організації прокуратури існують істотні недоліки.

Систему прокуратури України, а відтак, і зміст принципу системності побудови прокуратури, як вбачається з її назви, начебто врегулює ст.7 Закону «Про прокуратуру». Однак, як нам здається, це не є так. Систему органів прокуратури складає не просте перерахування органів, які входять до неї, а наявність між ними взаємозв'язку.

Згідно з ч. 1 ст. 7 Закону «Про прокуратуру» систему прокуратури України становлять: 1) Генеральна прокуратура України; 2) регіональні прокуратури; 3) місцеві прокуратури; 4) військові прокуратури; 5) Спеціалізована антикорупційна прокуратура. Таке перерахування існуючих органів прокуратури України, як і визначення у ч. 2 та ч. 3 цієї статті органів, які належать до військових прокуратур чи структури САП, не свідчить про існування прокурорської системи.

Частина 5 ст. 7 Закону «Про прокуратуру» передбачає, що єдність системи прокуратури України забезпечується: 1) єдиними засадами організації та діяльності прокуратури; 2) єдиним статусом прокурорів; 3) єдиним порядком організаційного забезпечення діяльності прокурорів; 4) фінансуванням прокуратури виключно з Державного бюджету України; 5) вирішенням питань внутрішньої діяльності прокуратури органами прокурорського самоврядування.

Загалом погоджуючись з наведеним переліком чинників, які визначають єдність органів прокуратури, не можемо не звернути уваги на те, що він містить фактично лише організаційні чинники єдності, а не ті чинники, які характеризують зв'язки між органами прокуратури, що входять до системи, їх взаємодію. Через це фактично визначеними у Законі ознаками забезпечується лише організаційна єдність, єдність її організаційних основ, а функціональні основи прокуратури залишаються осторонь, що не є правильним. На наш же погляд, саме зв'язки окремих елементів, їх взаємодія між собою формує систему. У зв'язку з цим головною обставиною, що свідчить про єдність органів прокуратури є єдність функціональних основ тих органів прокуратури, що входять до цієї системи. Саме єдність мети діяльності цих органів, їх завдань та функцій, взаємність діяльності, спрямованої на їх досягнення, і викликає побудову системи з притаманними їй єдиними організаційними характеристиками. Натомість на єдність же системи прокуратури через функціональні основи органів прокуратури вказує лише п. 1 ч. 5 ст. 7 Закону «Про прокуратуру», що визначає єдність засад діяльності прокуратури. Цього задля забезпечення єдності прокурорських органів є недостатньо.

У науці були висловлені думки, що існування спеціалізованих прокуратур несе загрозу єдності прокурорської системи<sup>8</sup>. Але чому ставиться під сумнів єдність системи у цих випадках? Адже організаційно ці прокуратури повністю охоплювалися та охоплюються визначеними організаційними чинниками єдності системи прокуратури – і єдині засади організації та діяльності прокуратури, і єдиний статус прокурорів, і єдиний порядок організаційного забезпечення діяльності прокурорів, фінансування їх виключно з Державного бюджету України тощо. Однак, на наш погляд, сумніви щодо єдності системи тут виникають через відсутність функціональних зв'язків між окремими органами, існування в межах прокурорської системи окремих автономних підсистем, які складають спеціалізовані прокуратури та начебто породжують розрізненість у системі. Відтак, знову ж таки, обов'язковою складовою принципу системності побудови органів прокуратури повинні бути положення, що характеризують взаємозв'язок між окремими органами прокуратури, які входять до прокурорської системи.

Розуміння такого функціонального зв'язку чітко проглядається в побудові судової системи. Так, (хоча на це Закон «Про судоустрій та статус суддів» прямо і не вказує, і це на наш погляд, також є і недоліком визначених цим Законом чинників забезпечення єдності судової системи) така єдність судової системи забезпечується розподілом повноважень в межах справи (вирішення по суті, перегляд законності та обґрунтованості рішення суду, що не набрало законної сили, перегляд законності рішення суду, що набрало законної сили тощо). При чому вищестоящий суд має функціональний зв'язок з нижчестоящим судом і всі разом вони об'єднуються через Верховний суд. Вважаємо, що про системність побудови прокуратури можна буде говорити лише тоді, коли буде щось подібне між органами прокуратури, і це щось об'єднувало б ці органи з функціонального боку.

Частина 4 ст. 7 Закону передбачає, що Генеральна прокуратура України є органом прокуратури вищого рівня щодо регіональних та місцевих прокуратур, а регіональна прокуратура є органом прокуратури вищого рівня щодо місцевих прокуратур, розташованих у межах адміністративно-територіальної одиниці, що підпадає під територіальну юрисдикцію відповідної регіональної прокуратури. На думку Н. Наулік, у цій нормі визначено взаємозв'язок елементів системи прокуратури, начебто наведена норма вказує на закономірне розташування й наявність взаємного зв'язку між елементами системи прокуратури України<sup>9</sup>. Однак, на наш погляд, це не зовсім так, оскільки наявність у системі тих чи інших формально визначених рівнів ще не свідчить про існування зв'язку між цими рівнями. Тим паче, що надалі Н. Наулік сама вказує, що з реформуванням прокуратури України очевидно, що змінюється її система, а також критерії, за якими будується така система. На сьогодні очевидно є незалежність прокурора у своїй діяльності, змінились і вимоги до підпорядкування прокуратур нижчого рівня вищому, система прокуратури не залежить від адміністративного територіального поділу держави, тобто місцеві прокуратури створюються без прив'язки до окремих адміністративно-територіальних одиниць<sup>10</sup>.

Попередній Закон «Про прокуратуру» у п. 1 ч. 1 ст. 6 прямо передбачав, що органи прокуратури України становлять єдину централізовану систему, яку очолює Генеральний прокурор України, з підпорядкуванням

ням нижчестоящих прокурорів вищестоящим і таке підпорядкування, як вбачається, було основою існування прокурорської системи. На сьогодні чинне законодавство значно посилало незалежність прокурорів, зокрема, і від вищестоящих прокурорів, і це викликає у нас цілком обґрунтовані сумніви в існуванні самої прокурорської системи. Однак, як це не дивно, але і чинне законодавство передбачає підпорядкування нижчестоящих прокурорів вищестоящим і цьому питанню Закон приділяє досить велику увагу. Зазначене питання врегульовує ст. 17 Закону, яка має назву «Підпорядкування прокурорів та виконання наказів і вказівок».

Насамперед, зазначена стаття передбачає, підпорядковуватись прокурорів своїм керівникам, хоча й виключно в частині виконання письмових наказів адміністративного характеру, пов'язаних з організаційними питаннями діяльності прокурорів та органів прокуратури. Генеральний же прокурор має право видавати письмові накази адміністративного характеру, що є обов'язковими до виконання всіма прокурорами. Відтак, як вбачається, це свідчить про існування системи прокуратури, але лише на організаційному її рівні. Більш важливим є питання підпорядкування прокурорів на функціональному рівні.

Частина 3 ст. 17 Закону передбачає, що під час здійснення повноважень, пов'язаних з реалізацією функцій прокуратури, прокурори є незалежними, самостійно приймають рішення про порядок здійснення таких повноважень, керуючись при цьому положеннями закону, а також зобов'язані виконувати лише такі вказівки прокурора вищого рівня, що були надані з дотриманням вимог цієї статті. Прокурори вищого рівня мають право давати вказівки прокурору нижчого рівня, погоджувати прийняття ним певних рішень та здійснювати інші дії, що безпосередньо стосуються реалізації цим прокурором функцій прокуратури, виключно в межах та порядку, визначених законом. Генеральний прокурор має право давати вказівки будь-якому прокурору. Таким чином, виходячи з цих положень, не можна говорити про відсутність функціональних зв'язків між органами прокуратури, оскільки їх існування прямо передбачено Законом. Зазначене прямо й підтверджує існування системи прокуратури України, а відтак і існування принципу системності побудови прокуратури.

Наступною складовою принципу системності побудови прокуратури є ті його характеристики, які відображають особливості вже побудови прокурорської системи. З положень Закону «Про прокуратуру» вбачається, що побудова системи прокуратури України здійснюється на засадах територіальності та спеціалізації. При цьому, принцип територіальності прямо визначений п. 3 ч. 1 ст. 3 Закону «Про прокуратуру» як принцип діяльності прокуратури, на відміну від принципу спеціалізації, який прямого свого закріплення у переліку принципів діяльності не знайшов.

Як зазначає Л. Європіна, територіальність означає існування розгалуженої системи органів прокуратури. Тобто органи прокуратури розміщуються локально зручно, щоб кожна особа могла реально звернутися до прокуратури. В межах держави не існує жодної території, на яку б не поширювалася діяльність органів прокуратури Україна<sup>11</sup>. На наш погляд, загалом же в аспекті характеристики територіальності побудови прокуратури, то слід зазначити, що наслідком реформування прокуратури було суттєве скорочення кількості її органів, оскільки на місцевому рівні відбулося об'єднання окремих прокуратур. Причиною ж такого зменшення кількості органів прокуратури була оптимізація їх кількості. Відтак, навряд чи наслідком цього реформування стало більш локально зручне розташування органів в аспекті забезпечення реальної можливості особи звернутися до прокуратури. На наш погляд, в аспекті територіальності більш правильним буде розглядати оптимальне співвідношення можливості звернення до органу прокуратури та тих витрат, які необхідно понести державі у зв'язку з територіальною організацією прокуратури. Нині Закон «Про прокуратуру» відійшов від чіткого врахування адміністративного поділу при створенні прокуратур, оскільки місцеві прокуратури створюються без прив'язки до окремих адміністративно-територіальних одиниць. Поміж тим, кожна з прокуратур має на сьогодні свою частину території України, на яку поширюється її сфера діяльності.

Закон «Про прокуратуру» у п. 3 ч. 1 ст. 3 визначає територіальність самостійним принципом діяльності прокуратури. Однак, на наш погляд, по-перше, не доцільно розглядати зазначений принцип як самостійний, про що мова буде йти нижче, а по-друге, принцип територіальності прокуратури є не принципом діяльності, а принципом організації прокуратури, оскільки він визначає не функціональні основи прокуратури, а її організацію. І в цьому аспекті ст. 3 Закону «Про прокуратуру» є недосконалою.

У науці поряд з принципом територіальності організації системи прокуратури поставлено питання й щодо існування принципу спеціалізації. Так, при розгляді цього принципу В. І. Малюга розглядав як спеціалізовані існуючі на той час військові, транспортні, природоохоронні прокуратури, прокуратури з нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах. Всі спеціалізовані прокуратури, на його погляд, також діють на основі принципів організації та діяльності прокуратури в цілому та інших галузевих принципах<sup>12</sup>. М. І. Руденко поставив у науці питання щодо доцільності закріплення в Законі «Про прокуратуру» поряд із принципом територіальності також і такого принципу побудови прокурорської системи як спеціалізація. Це, на його погляд, посприяло б відображенню організаційної структури прокурорської системи, що передбачає існування територіальних і спеціалізованих прокуратур, а також потреби спеціалізації прокурорської діяльності на окремих напрямках забезпечення законності<sup>13</sup>.

Звичайно, існування принципу спеціалізації серед принципів організації прокуратури напряму залежить від існування в системі прокуратури України спеціалізованих прокуратур, якими на сьогодні є Спеціалізована антикорупційна прокуратура та військові прокуратури. Відтак, цілком можна погодитися з тим, що поряд з територіальністю як принципом побудови системи прокуратури її побудова здійснюється й на принципі спеціалізації, який прямого закріплення у ст. 3 Закону «Про прокуратуру» поки що не знайшов.

Спеціалізація (від лат. *specialis* – особливий) означає конкретизацію, деталізацію фаху, набуття особою здатностей виконувати окремі завдання та обов'язки, які мають особливості, в межах спеціальності тощо<sup>14</sup>. У зв'язку з цим, спеціалізація прокуратури означає конкретизацію окремих прокуратур на здійсненні діяльності певних видів діяльності, діяльності в певних сферах чи при виконанні окремих функцій прокуратури.

Поміж тим, якщо досліджувати ідею спеціалізації побудови прокуратури значно глибше, то звичайно, виникне питання щодо доцільності існування в системі прокуратури України спеціалізованих прокуратур.

Як вбачається з доводів М. І. Руденка, пропозиція щодо закріплення принципу спеціалізації у прокуратурі пояснювалася ним існуванням у системі прокуратури багатопрофільної мережі спеціалізованих прокуратур, обумовленої об'єктивною закономірністю здійснення прокурорської діяльності у відповідних сферах правовідносин, що мають особливе значення для суспільства й держави та характеризуються тією специфікою, яка не може бути повною мірою засвоєна територіальними прокуратурами<sup>15</sup>. Доцільність існування окремих спеціалізованих прокуратур з цих же підстав загалом підтримується також і С. В. Подкопаєвим<sup>16</sup>.

Однак, чи відповідають ці доводи передумовам створення, зокрема, САП? Вважаємо, що виходячи з закріплених на сьогодні Конституцією функцій прокуратури, жодна з них не обґрунтовує доцільність існування таких спеціалізованих прокуратур як САП виходячи лише з того, що існує певна специфіка, яка не може бути повною мірою засвоєна територіальними прокуратурами.

Так, сумнівним було б на сьогодні твердження, що існування САП викликано специфікою здійснення прокурором функцій підтримання публічного обвинувачення в суді по корупційним злочинам (1), організацією і процесуальним керівництвом досудовим розслідуванням, вирішенням відповідно до закону інших питань під час кримінального провадження, наглядом за негласними та іншими слідчими і розшуковими діями НАБУ (2) або ж специфікою представництва інтересів держави в суді у виключних випадках і в порядку, що визначені законом (3). Таку діяльність у сфері боротьби з корупцією повсякчас здійснювали та здійснюють на сьогодні також й прокурори територіальних прокуратур, причому не менш ефективно, ніж прокурори САП.

Аналогічні сумніви виникають і щодо підстав спеціалізації військових прокуратур. Так, О. Козачук стверджувала, що потреба в існуванні військових прокуратур зумовлена в науці потребою забезпечення законності, захисту прав і свобод громадян та інтересів держави у специфічних сферах діяльності, а особлива їх організація тим, що вони повинні бути максимально наближені до структури піднаглядних військових формувань. Тоді в разі потреби ці прокуратури матимуть можливість передислокації разом із військами<sup>17</sup>. Однак, очевидним є те, що у зв'язку з реформуванням органів прокуратури та позбавленням її функції загального нагляду зазначені доводи не виглядають обґрунтованими.

Загалом погоджуючись з існуванням в системі органів прокуратури спеціалізованих прокуратур не можемо не звернути увагу, що ті доводи, які викликали їх утворення мають бути логічно узгоджені з побудовою усієї правоохоронної системи України.

На наш погляд, сучасний правовий механізм, що зумовлює існування в Україні САП та військових прокуратур як спеціалізованих, є недосконалим, неузгодженим із системою органів досудового розслідування, інших правоохоронних органів та судовою системою загалом. Виходячи з функцій прокуратури він вимагає існування спеціалізованих органів досудового розслідування чи спеціалізованих органів правопорядку, нагляд за діями яких викликає доцільність створення спеціалізованих прокуратур, та власне спеціалізованих судів, які б відповідали сфері предмету відання спеціалізованої прокуратури (більш правильно взагалі говорити, що існування спеціалізованих судів вимагає створення спеціалізованих прокуратур).

Поміж тим, на сьогодні якщо САП як спеціалізована прокуратура має свій піднаглядний орган досудового розслідування (НАБУ), то спеціалізованих органів досудового розслідування у сфері військових злочинів, спеціалізованих органів правопорядку, за негласними та іншими слідчими і розшуковими діями яких здійснювався би нагляд військовою прокуратурою, немає.

Також існування спеціалізованих прокуратур виглядає неузгодженим і з судовою системою.

Так, Конституція прямо віднесла прокуратуру у сферу правосуддя, а відтак її структура повинна узгоджуватися й із судовою системою. Однак, якщо навіть відкинути функціональні основи прокуратури, визначені Конституцією, та пояснювати існування спеціалізованих прокуратур лише намаганням покращити стан правовідносин у тій чи іншій сфері (а саме у сфері корупції та військової служби), то система спеціалізованих прокуратур поряд зі спеціалізованими органами досудового розслідування, викликає й необхідність існування спеціалізованих судів – антикорупційних та військових, оскільки ланцюжок державних органів, що діють у сфері боротьби зі злочинністю (корупційною та у військовій сфері) у вигляді «спеціалізований орган досудового розслідування, спеціалізований орган, що здійснює розшукові (слідчі) дії – спеціалізована прокуратура – спеціалізований суд» буде неповним за відсутності такого суду. Поміж тим, на сьогодні немає ані спеціалізованих антикорупційних судів, ані спеціалізованих військових судів.

Крім того, вбачається, що одними лише юридичними чинниками пояснити необхідність існування спеціалізованої антикорупційної прокуратури неможливо. Підґрунтям її створення в суспільстві є швидше недовіра суспільства до місцевих прокуратур у справі боротьби з корупцією, відсутність прийнятних для суспільства результатів цієї боротьби. Власне і запровадження антикорупційних судів обґрунтовується недовірою до загальних судів, які начебто зводять нанівець усі зусилля правоохоронних органів, насамперед, спеціалізованої антикорупційної прокуратури в боротьбі з корупцією.

Також необхідно враховувати, що в минулому існування спеціалізованих прокуратур у більшості випадків пов'язувалось з виконанням прокуратурою так званої функції загального нагляду (природоохоронних про-



куратур, транспортних тощо). У зв'язку з реформою прокуратури у відповідності до міжнародних стандартів та позбавлення прокуратури цієї функції усувається й потреба в існуванні спеціалізованих прокуратур, побудованих на особливостях такого нагляду. Через це, деякі з висловлених у науці пропозицій щодо спеціалізації прокуратур у тих чи інших сферах правовідносин, наприклад, у сфері бюджетних правовідносин<sup>18</sup> виглядають на сьогодні недоречними. Створення та діяльність спеціалізованих прокуратур повинна узгоджуватися з тими функціями, що їх здійснює прокуратура, та місця прокуратури в системі державних органів.

На відміну від спеціалізації прокуратур зовсім безспірною та очевидно доцільною, на наш погляд, виглядає спеціалізація прокурорів, існування якої передбачається ч.6 ст.7 Закону «Про прокуратуру». Така спеціалізація традиційно використовувалася та використовується при організації роботи у прокуратурі та викликається, зокрема, й тим, яку посаду обіймає той чи інший прокурор. Як обґрунтовано зазначав В. І. Малюга, предметно-галузевий (функціональний) принцип розподілу обов'язків дає можливість відповідному прокурору, прокурорам зосередити свою увагу на певній спеціалізації щодо окремих функцій і підфункцій прокуратури або окремих її частин. Спеціалізація сприяє працівникові більш поглибленому вивченню відповідного законодавства і практики його застосування, і як наслідок – покращити якість своєї роботи<sup>19</sup>.

Аналіз наукової думки свідчить, що територіальність та спеціалізація побудови органів прокуратури традиційно розглядалася у науці в межах принципу єдності системи прокуратури. Однак, після самостійного виокремлення у Законі «Про прокуратуру» принципу територіальності, його аналіз у науці також почав здійснюватися у межах автономного принципу. Як обґрунтовано було вище, автономне значення науковці вбачають і за принципом спеціалізації. На наш погляд, доцільності самостійного виокремлення зазначених принципів організації прокуратури немає. Усі вони органічно разом з ідеями єдності прокуратури та взаємозв'язку між органами прокуратури складають зміст єдиного принципу організації прокуратури – принципу системності побудови органів прокуратури. Цей принцип є багатограним, включає в себе і територіальність, і спеціалізацію, і єдність та взаємозв'язок, які взаємодоповнюють одне одного, зумовлюють, але водночас характеризують різні прояви системності. Ці характеристики фактично свідчать про інтеграцію та диференціацію основних начал у побудові прокуратури, та лише спільний їх розгляд дає уявлення про одну з найважливіших характеристик організації прокуратури – її системність.

Відтак, принцип системності побудови органів прокуратури полягає в тому, що органи прокуратури України складають систему, є пов'язаними, взаємодіють між собою задля виконання визначених Конституцією та законами України функцій; побудова системи органів прокуратури здійснюється з урахуванням територіальності та спеціалізації.

<sup>1</sup> Прокурорський нагляд в Україні: підручник / І. І. Когутич, В. Т. Нор, А. А. Павлишин, В. В. Луцик; за ред. В. Т. Нора. – К.: Ін Юре, 2011. – С. 65.

<sup>2</sup> Європіна Л. Засади прокурорської діяльності: загальна характеристики / Л. Європіна // Науковий часопис Національної академії прокуратури України. – 2016. – № 3. – С. 74–85.

<sup>3</sup> Коваленко І. І. Вступ до системного аналізу: навчальний посібник / І. І. Коваленко, П. І. Бідюк, О. П. Гожий. – Миколаїв: МДГУ ім. Петра Могили, 2004. – С. 11.

<sup>4</sup> Система [Електронний ресурс] // Вікіпедія. Вільна енциклопедія. – Режим доступу: <https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D0%B8%D1%81%D1%82%D0%B5%D0%BC%D0%B0> (дата звернення: 18.12.2017). – Заголовок з екрана.

<sup>5</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод., допов. та CD) / [уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел.] – К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2009. – С. 1320.

<sup>6</sup> Коваленко І. І. Вказана праця. – С. 11.

<sup>7</sup> Якимчук М. К. Проблеми управління в органах прокуратури України: теорія і практика [Текст]: монографія / М. К. Якимчук; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – Київ: Ін-т держави і права НАН України, 2001. – С. 95.

<sup>8</sup> Проблемы правового регулирования организации и деятельности органов прокуратуры в современных условиях: материалы совм. зас-я Ученого Совета и координац. бюро теории соц. законности и прок. надзора // Научн. инф. по вопросам борьбы с преступностью. – М., 1991. – № 128. – С. 52.

<sup>9</sup> Наулік Н. Система прокуратури України: новели законодавства / Н. Наулік // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2015. – № 4. – С. 36.

<sup>10</sup> Наулік Н. Вказана праця. – С. 36.

<sup>11</sup> Європіна Л. Вказана праця. – С. 80.

<sup>12</sup> Малюга В. І. Принципи організації та діяльності прокуратури України [Текст]: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10 / Малюга Віктор Іванович; Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2002. – С. 123.

<sup>13</sup> Руденко М. Спеціалізація як принцип побудови прокурорської системи України (науково-практичний прогноз) / М. Руденко // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2012. – № 3. – С. 27–32.

<sup>14</sup> Спеціалізація [Електронний ресурс] // Вікіпедія. Вільна енциклопедія. – Режим доступу: <https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D0%BF%D0%B5%D1%86%D1%96%D0%B0%D0%BB%D1%96%D0%B7%D0%B0%D1%86%D1%96%D1%8F> (дата звернення: 18.12.2017). – Заголовок з екрана.

<sup>15</sup> Руденко М. Вказана праця. – С. 27.

<sup>16</sup> Подкопаєв С. В. Організаційна структура системи органів прокуратури України / С. В. Подкопаєв // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2014. – № 4. – С. 69–76.

<sup>17</sup> Особливості сучасного реформування військових прокуратур в Україні / О. Козачук // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2014. – № 5. – С. 114.

<sup>18</sup> Стояновський Є. Підстави спеціалізації правозахисної діяльності прокуратури в сфері бюджетних правовідносин / Є. Стояновський // Часопис Київського університету права. – К.: Київський ун-т права НАН України, 2011. – № 3. – С. 134–138.

<sup>19</sup> Малюга В. І. Вказана праця. – С. 142.

Резюме

**Д'ячков Д. С. Принцип системності побудови органів прокуратури: проблемні аспекти.**

У статті запропоновано серед принципів організації прокуратури виокремлювати принцип системності побудови органів прокуратури. Його зміст полягає в тому, що прокуратура України складає систему органів, які перебувають між собою в певному функціональному взаємозв'язку, та будується на за критеріями територіальності та спеціалізації.

**Ключові слова:** прокуратура, система прокуратури, принципи організації прокуратури, територіальність, спеціалізація.

Резюме

**Дьячков Д. С. Принцип системности построения органов прокуратуры: проблемные аспекты.**

В статье предложено среди принципов организации прокуратуры выделять принцип системности построения органов прокуратуры. Его содержание состоит в том, что прокуратура Украины составляет систему взаимосвязанных между собой органов, построенной в соответствии с критериями территориальности и специализации.

**Ключевые слова:** прокуратура, система прокуратуры, принципы организации прокуратуры, территориальность, специализация.

Summary

**Dyachkov D. The principle of systemic construction of prosecution bodies: problem aspects.**

The article suggests among the principles of the organization of the prosecutor's office to distinguish the principle of systemic construction of the prosecutor's office. Its content is that the Procuracy of Ukraine is a system of interrelated bodies, built in accordance with the criteria of territoriality and specialization.

**Key words:** procuracy, system of procuracy, principles of the procuracy, territoriality, specialization.

УДК 342.9: 349.41

**Ф. О. ІВАНОВ**

*Філіп Олександрович Іванов, аспірант Національного університету біоресурсів і природокористування України*

## **АДМІНІСТРАТИВНО-ДЕЛІКТНІ ВІДНОСИНИ У СФЕРІ ВИКОРИСТАННЯ ТА ОХОРОНИ ПРИРОДНИХ РЕСУРСІВ: ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ**

Умови сьогодення вказують на значне поширення нині в Україні таких ганебних явищ, як неправомірне, шкідливе та виснажливе використання природних ресурсів, про що, на жаль, свідчать статистичні дані<sup>1</sup>. Незаконні вирубка лісів у Карпатах, видобуток бурштину на Волині, діяльність підпільних шахт для видобування вугілля на Донбасі просто вражають об'ємністю, безкарністю, загрожують майбутньому України та неодмінно призведуть до екологічної катастрофи в найближчому майбутньому. В умовах погіршеної екологічної небезпеки вказані дані не дають втішних прогнозів на майбутнє, хоча право на безпечне для життя і здоров'я довкілля є непорушним, першочерговим, закріпленим та гарантованим Конституцією України так само, як і право на відшкодування шкоди, завданої порушенням вказаного права<sup>2</sup>. Це є прямим свідченням порушення норм Основного Закону та підтвердження високого рівня нігілізму в суспільстві. Тому наразі надзвичайно важливим є проведення аналізу сучасного нормативно-правового регулювання адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів, напрацювання ефективного нормативно-правового забезпечення дієвих превентивних, каральних та виховних заходів, які могли б гарантувати конституційні права громадянам.

Питання правового регулювання адміністративно-деліктних відносин, зокрема у сфері використання та охорони природних ресурсів, були предметом наукових досліджень таких відомих вітчизняних та зарубіжних вчених-адміністративістів, як: В. Аверьянов, І. Акімова, С. Алексеев, О. Бандурка, Ю. Битяк, В. Білоус, О. Бранчук, І. Голосніченко Є. Додін, Л. Завадская, І. Киричук, В. Курило, Т. Коломоєць, В. Колпаков, І. Тарасов, В. Шкарупа, О. Шемьяков, Є. Шульга.

Широкий законодавчий масив адміністративно-деліктних норм є сьогодні яскравим свідченням втрати монополії Кодексу України про адміністративні правопорушення на віднесення тих чи інших протиправних дій до розряду адміністративних правопорушень. Беручи за основу регулювання адміністративно-деліктними відносинами сфери використання та охорони природних ресурсів, слід зазначити, що нормативна база регулювання відносин даного виду є надзвичайно широкою і охоплює такі Закони, як: «Про охорону навколишнього середовища», «Про мисливське господарство та полювання», «Про землеустрій», «Про охорону атмосферного повітря», «Про мораторій на проведення суцільних рубок на гірських схилах в ялицево-буко-

вих лісах Карпатського регіону», КУпАП, Земельний кодекс України, Водний кодекс України, Кодекс України про надра, Повітряний кодекс України та багато інших нормативно-правових актів. Кожен із зазначених актів є особливим та унікальним, адже регулює відповідний тип суспільних відносин. Безумовно, динамізм адміністративно-правових відносин та багатопрофільність їх характеру, з одного боку, детермінують необхідність своєчасного прийняття відповідних норм адміністративного права, а з іншого, – одночасно підкреслюють актуальність проблем їх систематизації та кодифікації. Однак слід відмітити роль КУпАП, який, не зважаючи на значний масив критичних зауважень, все ж є «головною скрипкою» в даному «оркестрі», визначаючи основоположні поняття та визнаючи суб'єктів даних відносин.

За умов постійних змін політико-економічного курсу України, розвитку ринкових відносин та постійного виникнення нових видів суспільних відносин чинне адміністративне законодавство вже давно не відображає потреб сучасності і містить переважно застарілий радянський підхід, а отже, потребує так званої реконструкції, якщо не повного оновлення власного наповнення, при чому як матеріального, так і процесуального.

Серед вчених-адміністративістів неодноразово висловлювалася думка щодо внесення змін до чинного адміністративного законодавства та прийняття абсолютного нового КУпАП, адже старий все більше і більше зазнає нищівної критики як з боку науковців, так і практиків. Зокрема, дехто із вчених звертає увагу на недосконалість кодексу, а саме на те, що концепція адміністративного права базується в основному на невідповідності сучасній ідеології, а отже, втрачає власне значення інструменту забезпечення законності<sup>3</sup>. Це ще раз підтверджує тезу, відповідно до якої галузь адміністративного права та власне адміністративно-деліктні відносини потребують невідкладного, системного й грамотного реформування, передусім із застосуванням зарубіжного досвіду та його імплементації.

Актуальність та своєчасність реформування чинного адміністративного законодавства (передусім адміністративно-деліктного) підтверджують також і прийняті підзаконні нормативні акти, серед яких: Указ Президента України «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 15 лютого 2008 р. «Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів»» від 8 квітня 2008 р. № 311/2008 та План заходів щодо реалізації Концепції реформування кримінальної юстиції України, затверджений розпорядженням Кабінету Міністрів України від 27 вересня 2008 р. № 1153-р., де у підпункті 2.3 Міністерству юстиції, Міністерству внутрішніх справ, Міністерству оборони, Міністерству фінансів, Міністерству економіки, Службі безпеки України, Державній податковій адміністрації за участю Національної комісії із зміцнення демократії та утвердження верховенства права, Верховного Суду та Генеральної прокуратури України доручено розробити й подати в установленому порядку проект Кодексу України про адміністративні проступки<sup>4</sup>. Однак очевидно, що наразі відбувається відверте затягування процесу підготовки та прийняття проекту нового Кодексу про адміністративні проступки. У вищезазначеному плані термін, а саме «протягом шести місяців після прийняття Кримінального процесуального кодексу України», є досить неконкретизованим.

Найважливішими проблемами існуючого КУпАП, на думку Т. Гуржія, є:

- дискусійність назви;
- невідповідність значної частини передбачених КУпАП проступків сфері публічного адміністрування;
- невиправдане розширення кола джерел адміністративно-деліктного права;
- дублювання окремих положень Кримінального кодексу України;
- покладення деяких процесуальних повноважень на приватних суб'єктів;
- невідповідність штрафних санкцій адміністративно-деліктних норм сучасним соціально-економічним умовам<sup>5</sup>.

Деяко більш загальну позицію демонструє О. Банчук, який серед основних проблем правового регулювання адміністративно-деліктних відносин виокремлює:

- наявність розпорошеності та несистемності адміністративно-деліктного законодавства;
- еkleктичність (поєднання різнорідних за своєю природою елементів) змісту матеріального адміністративного деліктного законодавства;
- застарілість основних інститутів адміністративного деліктного права<sup>6</sup>.

Даний список не є вичерпним, що визначає основні недоліки чинного КУпАП. Окремі вчені зазначають: «важливою прогалиною діючого адміністративного законодавства залишається відсутність чіткої системи адміністративних стягнень, що застосовуються до юридичних осіб. Єдиним систематизованим актом, що встановлює відповідальність юридичних осіб, є Господарський кодекс України».

Слід наголосити, що раніше вчені-адміністративісти робили спроби напрацювання якісно нового кодифікованого акта, а саме, за ініціативою КМУ у 2004 р. було направлено новий проект Кодексу України про адміністративні проступки, що був сконструйований такими адміністративістами, як: В. Авер'янов, Ю. Битяк, І. Голосніченко, Є. Додін, В. Стефанюк та іншими.

Здійснюючи змістове дослідження проекту, слід вказати на низку позитивних моментів, які він передбачав, а саме:

- назва проекту більш повно та чітко відображає його змістове наповнення;
- відповідно до проекту Кодекс України про адміністративні проступки мав стати основним джерелом адміністративно-деліктного права;
- запозичуються з кримінального права нові інститути для адміністративного права, а саме: інститут співучасті та інститут замаху у вчиненні адміністративних проступків;

– збільшення строку давності при притягненні до відповідальності за вчинення адміністративного проступку (стягнення може бути накладено протягом трьох місяців з дня вчинення (виявлення) правопорушення);

– наведено офіційне визначення понять «адміністративна відповідальність», «адміністративний проступок», «кримінальний проступок» тощо;

– в окремий розділ Кодексу виділено так звані кримінальні (або підсудні) проступки.

Однак не обійшлося і без суперечності окремих положень проекту Конституції України та деяких міжнародних нормативних актів, ратифікованих Верховною Радою України, не узгодженості з іншими законами України.

Наразі все частіше трапляються випадки вирішення окремих процесуальних питань щодо порядку застосування адміністративних стягнень на юридичних та фізичних осіб на рівні відомчих правових актів<sup>7</sup>, що навряд чи можна віднести до нормальних явищ, якщо тільки вони не конкретизують діяльність із застосування процесуальних норм, що містяться в законі, і не суперечать їм. В іншому випадку порушується принцип розмежування повноважень між різними гілками влади, адже Конституція України не передбачає законотворчу діяльність окремих органів виконавчої влади або їх посадових осіб, включаючи членів Уряду, за винятком права законодавчої ініціативи. Безумовно, розмежування повноважень між законодавчими та виконавчими органами державної влади, що закріплені в Конституції України, слід розглядати як фундаментальний принцип організації влади в нашій країні. Доречно навести думку, висловлену в кінці XIX ст. одним із основоположників сучасного адміністративного права І. Тарасовим: «Очевидно, органи, що видають закони, суть і найкраще виконання їх, але в дійсності це не так, адже закон є засобом для виконання... тобто не виконання існує для закону, а навпаки закон для виконання... Видання законів і їх виконання мають бути розмежовані, а виконавча або адміністративна влада має бути єдиним цілим, в якому множинність і різноманітність у виконанні зводяться до єдності»<sup>8</sup>.

Безумовно, законодавчому органу складно стежити та своєчасно реагувати на зміни в суспільстві. У зв'язку з цим пробіли в законодавстві могли б успішно заповнювати органи виконавчої влади, використовуючи інститут делегованого законодавства<sup>9</sup>, однак для правозастосування подібної практики необхідне внесення відповідних змін в Конституцію України, що є досить перспективним та актуальним питанням.

Окрім того, необхідно чітко визначити, з яких питань і в якому порядку виконавчі органи державної влади можуть видавати нормативно-правові акти, а також випадки, коли застосовувані ними підзаконні акти вправі вносити корективи в чинне законодавство, особливо за умов, що не терплять відстрочки, за надзвичайних ситуацій. При цьому акти управління, що носять надзвичайний характер, за усунення причин, що викликали їх прийняття, повинні або відмінитися, або підтвердитися відповідними законами.

Сфера адміністративно-правового регулювання в силу власного розвитку зазнає постійних змін, відображаючи рівень розвитку державно-управлінських суспільних відносин. Виявляються якісно нові із них, що були раніше не відомими та не врегульованими (наприклад: відносини децентралізації влади), виникає необхідність у встановленні нових або в удосконаленні вже існуючих правил, наприклад, у галузі охорони навколишнього середовища.

При цьому категорія «правове регулювання», будучи важливим засобом впливу на суспільні відносини в бажаному для суспільства напрямі, не має бути самоціллю. Вона необхідна і виправдана лише тоді, коли здатна здійснювати серйозні зміни в розвитку самих фактичних відносинах між конкретними суб'єктами права»<sup>10</sup>. Дійсно, якщо нормативно-правовий акт було спрямовано на врегулювання певних суспільних відносин, але на практиці він не діяв, ефект від його прийняття нікчемний, і сфера суспільних відносин так і залишилася нерегульованою або неповністю врегульованою, не зважаючи на існування такого закону.

Побудова і функціонування правової держави передбачає не декларування, а реальне визнання людини найвищою цінністю. І підтвердження цього має стати практика, коли надаючи органам адміністративної юрисдикції ті або інші права, які спрямовано на вирішення ситуації адміністративно-деліктного характеру, законодавець «зобов'язаний подбати про закріплення належних процедур, що гарантують право громадян на захист і забезпечують можливість подальшої перевірки законності» діяльності відповідних органів, їх посадових осіб. Необхідність цього обумовлена й тим, що далеко не кожна адміністративно-правова матеріальна норма у сфері охорони суспільного порядку має належну процесуальну форму.

Закон завжди має прийматися з урахуванням повного і точного вивчення суспільних відносин, які він покликаний регулювати, але водночас створює умови для становлення та розвитку таких відносин. Він має «спонукати» (а не примушувати) до суспільних змін<sup>11</sup>. Не випадково, на думку С. Алексєєва, «регулювати (в соціальному житті) – означає визначати поведінку людей та їх колективів, давати йому направлення функціонування та розвитку, вводити його у певні рамки, цілеспрямовано його упорядковувати»<sup>12</sup>.

На якісно новий рівень сьогодні виходить проблема забезпечення основоположного принципу невідворотності покарання, виконання якого можливе лише за умов напрацювання сучасного механізму штрафних санкцій, в частині, підвищення ефективності контрольно-наглядових функцій<sup>13</sup>.

З огляду на проведене дослідження варто зазначити, що правове регулювання адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів слід віднести до спільного ведення органів законодавчої та виконавчої влади. Подальший розвиток правового регулювання адміністративно-деліктних відносин має ґрунтуватися на обох рівнях відповідно до принципів ієрархії, раціоналізації тощо. Окрім того, надзвичайно важливим сьогодні є прийняття нового Кодексу України про адміністративні проступки.

Нормативно-правовий зміст адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів включає: законодавчий характер, нормативно-правові акти, що закріплюють заходи адміністративного примусу та адміністративної відповідальності; підзаконний характер, підзаконні нормативно-правові акти Президента України та Кабінету Міністрів України, Міністерства екології та природних ресурсів України, відомчі акти, що регулюють питання виявлення адміністративних деліктів; процедурний характер, нормативно-правові акти, що містять адміністративно-процесуальні норми, які регламентують провадження у справах про адміністративні делікти та виконання призначених адміністративних стягнень.

<sup>1</sup> Офіційні дані Державної служби статистики України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ukrstat.gov.ua/>

<sup>2</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/>

<sup>3</sup> Колпаков В. К. Адміністративно-деліктний правовий феномен / В. К. Колпаков. – К., 2005. – С. 248–251.

<sup>4</sup> Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів : Указ Президента України від 8 квітня 2008 р. № 311/2008 // Офіційний вісник Президента України. – 2008. – № 12. – Ст. 486.

<sup>5</sup> Гуржій Т. Правове регулювання адміністративно-деліктних відносин: перспективи розвитку / Т. Гуржій // Вісник прокуратури. – 2008. – № 8 (86). – С. 92–99.

<sup>6</sup> Адміністративне деліктне законодавство: зарубіжний досвід та пропозиції реформування в Україні / авт.-упоряд. О. А. Банчук. – К. : Книги для бізнесу, 2007. – 912 с. – С. 127.

<sup>7</sup> Киричук И. Б. Организация и деятельность органов внутренних дел как предмет правового регулирования (вопросы теории): дисс. ... канд. юрид. наук / И. Б. Киричук. – М., 1991. – С. 60.

<sup>8</sup> Тарасов И. Т. Краткий курс административного права / И. Т. Тарасов. – Ярославль, 1888. – Т. 1. – С. 178.

<sup>9</sup> Акимов И. К. Делегированное законодательство в Российской Федерации / И. К. Акимов // Юрист. – 1998. – № 9. – С. 39–43.

<sup>10</sup> Киричук И. Б. Вказана праця.

<sup>11</sup> Завадская Л. Н. Концепция закона: отрицание отрицания / Л. Н. Завадская // Теория права: новые идеи. – М.: ИГПАН, 1993. – Вып. 3. – С. 7.

<sup>12</sup> Алексеев С. С. Теория права / С. С. Алексеев. – М., 1993. – С. 30.

<sup>13</sup> Шульга Е. В. Отдельные аспекты совершенствования административно-деликтных отношений в сфере использования и охраны природных ресурсов / Е. В. Шульга // *Legea Si Viata. Revista Stiintifico-practica*. Ianuarie. – 2015. – С. 117–119.

#### Резюме

**Іванов Ф. О. Адміністративно-деліктні відносини у сфері використання та охорони природних ресурсів: особливості правового регулювання.**

У статті розглядаються особливості правового регулювання адміністративно-деліктних відносин в Україні. Здійснюється аналіз нормативно-правових основ адміністративно-деліктних відносин у сфері природокористування. З огляду на архаїчний характер ряду положень, колізійність та безсистемність нормативних актів, покликаних регулювати адміністративно-деліктні відносини у сфері використання та охорони природних ресурсів та змін до них, запропоновано окремі шляхи подальшого вдосконалення адміністративно-деліктного законодавства в зазначеній сфері.

**Ключові слова:** адміністративний делікт, адміністративно-деліктні відносини у сфері використання та охорони природних ресурсів, адміністративна відповідальність, використання та охорона природних ресурсів.

#### Резюме

**Іванов Ф. А. Административно-деликтные отношения в сфере использования и охраны природных ресурсов: особенности правового регулирования.**

В статье рассматриваются особенности правового регулирования административно-деликтных отношений в Украине. Осуществляется анализ нормативно-правовых основ административно-деликтных отношений в сфере природопользования. Учитывая архаический характер ряда положений, коллизийность и бессистемность нормативных актов, призванных регулировать административно-деликтные отношения в сфере использования и охраны природных ресурсов и изменений в них, предложены отдельные пути дальнейшего совершенствования административно-деликтного законодательства в указанной сфере.

**Ключевые слова:** административный деликт, административно-деликтные отношения в сфере использования и охраны природных ресурсов, административная ответственность, использование и охрана природных ресурсов.

#### Summary

**Ivanov F. Administrative and delict relations in the field of use and protection of natural resources: peculiarities of legal adjustment.**

In this article the peculiarities of legal regulation of administrative and tort relations in Ukraine are considered. An analysis of the legal and regulatory framework for administrative and tort relations in the field of nature management is underway. Taking into account the archaic nature of a number of provisions, the collision and unsystematic regulations designed to regulate administrative and tort relations in the field of use and protection of natural resources, and changes to them, separate proposals for further improvement of administrative and tort law in this area are proposed.

**Key words:** administrative delinquency, administrative and tort relations in the sphere of use and protection of natural resources, administrative liability, use and protection of natural resources.

## І. П. ЛЕЖНЕНКО

*Ігор Петрович Лежненко, аспірант Університету Державної фіскальної служби України, старший оперуповноважений ОТВ ГОУ ДФС України*

## ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ОПЕРАТИВНИХ ПІДРОЗДІЛІВ ПОДАТКОВОЇ МІЛІЦІЇ (ПОЛІЦІЇ) УКРАЇНИ У ДРУГІЙ ПОЛОВИНІ 1990-Х РОКІВ

Історія становлення адміністративно-правового регулювання діяльності оперативних підрозділів податкової міліції (поліції) України та подібних структур була предметом розгляду таких вчених, як О. О. Бригінець, С. В. Галян, М. О. Горобинський, І. В. Грицюк, О. І. Добровольський, В. П. Захаров, Ю. М. Краснонос, А. М. Куліш, Д. Г. Мулявка, О. В. Пономарьов, О. М. Резнік, Т. В. Сараскіна, Г. П. Цимбал, С. О. Шатрава, А. С. Шевченко та інших. Проте варто зазначити, що правове регулювання діяльності оперативних підрозділів податкової міліції (поліції) України саме у другій половині 1990-х рр. все ще обділено увагою дослідників, незважаючи на те, що у цей період відбулось саме становлення вказаних оперативних підрозділів, зокрема, було визначено їх підпорядкування, вирішено (в основному) питання щодо матеріально-технічного, фінансового та іншого забезпечення, визначено структуру тощо.

Починаючи з 1996 р., в Україні почало спостерігатися значне зростання заборгованості у частині платіжів до Державного та місцевих бюджетів, тіньового сектору економіки, вивезення капіталу. У результаті виникла ситуація, коли податкова служба України, сформована за Законом України «Про державну податкову службу в Україні» від 4 грудня 1990 р. № 509-ХІІ (в редакції Закону України від 24 грудня 1993 р. № 3813-ХІІ)<sup>1</sup> (на сьогодні втратив чинність) вже не могла контролювати та виконувати всі податкові функції. Саме тому з усією необхідністю постало розроблення нових підходів до вирішення проблем боротьби з податковими правопорушеннями, виконання оперативного-розшукової, кримінально-процесуальної та охоронної функцій у сфері сплати податків та зборів, інших платежів, контролю за обігом алкогольних напоїв та тютюнових виробів.

Відповідно до п. 6 Указу Президента України «Про утворення Державної податкової адміністрації України та місцевих державних податкових адміністрацій» від 22 серпня 1996 р. № 760<sup>2</sup> оперативні підрозділи Міністерства внутрішніх справ України (далі – МВС України) по боротьбі з кримінальним приховуванням прибутків від оподаткування було підпорядковано Державній податковій адміністрації України (далі – ДПА України). Тобто, оперативні підрозділи МВС України по боротьбі з кримінальним ухиленням від сплати податків було виведено із підпорядкування цього Міністерства та створено на їх основі податкову поліцію (пізніше – міліцію) в органах державної податкової служби України (далі – ДПС України). Таким чином, як зазначають А. М. Куліш, Д. Г. Мулявка та О. М. Резнік, згаданий Указ фактично є нормативно-правовим актом, який створив передумови для функціонування підрозділів податкової міліції<sup>3</sup>.

30 жовтня 1996 р. Президент України підписав Указ № 1013 «Питання державних податкових адміністрацій»<sup>4</sup>, відповідно до якого та на період до законодавчого урегулювання умов проходження служби в органах податкової поліції було збережено за оперативними працівниками підрозділів по боротьбі з кримінальним приховуванням прибутків від оподаткування, які передавалися МВС України до ДПА України, їхні повноваження, а також правовий і соціальний захист працівників міліції, встановлені законодавством України.

На виконання цього Указу Президента України було прийнято постанову Кабінету Міністрів України «Про забезпечення діяльності Державної податкової адміністрації України» від 15 листопада 1996 р. № 1385<sup>5</sup>. Уряд України постановляв МВС України передбачити передачу ДПА України станом на 22 серпня 1996 р. майна, закріпленого за підрозділами МВС України по боротьбі з кримінальним приховуванням прибутків від оподаткування. За вказаними підрозділами, які не мали відокремлених приміщень, до вирішення питання про їх розміщення залишались приміщення, які вони займали, а також засоби зв'язку органів внутрішніх справ.

У кінці 1996 р. було утворено відділи Управління податкових розслідувань податкової поліції України. Згідно з листом ДПА України «Щодо Положення про відділи Управління податкових розслідувань податкової поліції України» від 28 грудня 1996 р. № 26-2111/10-1865<sup>6</sup> було затверджено Положення про відділ організації податкових розслідувань, Положення про інформаційно-аналітичний відділ, Положення про відділ дослідної перевірки та Положення про юридично-методологічний відділ. Тоді ж було упорядковано окремі умови оплати праці працівників підрозділів податкової поліції відповідно до постанови Кабінету Міністрів України «Про умови оплати праці працівників органів державної податкової служби» від 31 грудня 1996 р. № 1592<sup>7</sup>. Так, було встановлено особам начальницького складу слідчих підрозділів податкової поліції за службою на посадах слідчих щомісячні надбавки, доплати за вислугу років тощо.

Отже, можна сказати, що з другої половини 1996 р. оперативні підрозділи податкової поліції вперше отримали належне адміністративно-правове регулювання своєї діяльності. Звісно, не всі питання забезпечення діяльності новостворених підрозділів по боротьбі з кримінальним приховуванням прибутків від оподаткування було вирішено одразу.

Так, лише 5 лютого 1997 р. була введена протокольна форма досудової підготовки матеріалів про злочини, передбачені ч. 1 ст. 148-2 Кримінального кодексу Української РСР від 28 грудня 1960 р.<sup>8</sup> (далі – КК 1960 р., на сьогодні втратив чинність) «Ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів». Відповідно до норм ст. 426 Кримінально-процесуального кодексу України від 28 грудня 1960 р.<sup>9</sup> (далі – КПК 1960 р., на сьогодні втратив чинність) матеріали щодо протокольної форми досудової підготовки готувалися та надсилалися до суду органом дізнання, яким відповідно до ст. 101 КПК 1960 р. була, зокрема, міліція. Однак функції міліції щодо підготовки та передачі до суду матеріалів у випадках ухилення посадових осіб і громадян від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів, вчиненого без кваліфікуючих ознак цього злочину, фактично здійснювала на той час податкова поліція.

Тому перед законодавцем було поставлено питання про внесення доповнення в КПК 1960 р. щодо віднесення податкової поліції до органів дізнання, проте це питання було вирішено майже через рік (а саме у лютому 1998 р.). А поки до законодавчого врегулювання цього питання необхідно було, згідно з вказівками Верховного Суду України, Генеральної прокуратури України, ДПА України «Щодо створення в складі Державної податкової адміністрації податкової поліції» від 20 березня 1997 р. № 1-5/101<sup>10</sup>, підрозділам податкової поліції готувати та направляти в суд матеріали про злочини, передбачені ч. 1 ст. 148-2 КК 1960 р., згідно з порядком, передбаченим ст. 426 КПК 1960 року.

У 1998 р. було вирішено низку питань, пов'язаних із адміністративно-правовим регулюванням діяльності оперативних підрозділів податкової міліції у складі ДПС України. Зокрема, внесенням змін до Закону України «Про державну податкову службу в Україні»<sup>11</sup> «податкову поліцію» було перейменовано у «податкову міліцію», а також доповнено досить детальними нормами, які регулювали адміністративно-правовий статус оперативних підрозділів податкової міліції. Було визначено, що у складі органів ДПС України знаходяться відповідні спеціальні підрозділи по боротьбі з податковими правопорушеннями (податкова міліція). ДПА України залежно від кількості платників податків та інших місцевих умов могла утворювати міжрайонні, об'єднані державні податкові інспекції та у їх складі відповідні підрозділи податкової міліції. Закон України «Про державну податкову службу в Україні» було доповнено новим розділом V «Податкова міліція» (ст. ст. 19–27), де визначались склад податкової міліції та її завдання, структура, повноваження, права, порядок прийняття на службу та інші основні положення.

Тоді ж законодавцем була заповнена прогалина у законодавстві щодо надання податковій міліції статусу органу дізнання. Внесенням змін до КПК 1960 р. ст. 101 цього Кодексу «Органи дізнання» було доповнено п. 1-1 такого змісту: «(1-1) податкова міліція – у справах про ухилення від сплати податків і зборів (обов'язкових платежів), а також у справах про приховування валютної виручки». Статтю 102 КПК 1960 р. «Органи досудового слідства» було доповнено слідчими податкової міліції як органами досудового слідства. Також було внесено зміни та доповнення у низку інших законів, спрямовані на забезпечення здійснення дізнання та досудового (на той час – попереднього) слідства слідчими та оперативними підрозділами податкової міліції.

На основі вказаних законів України ДПА України також прийняла відповідні акти, якими визначила ті чи інші положення щодо адміністративно-правового регулювання діяльності оперативних підрозділів податкової міліції. Так, наказом ДПА України «Про затвердження деяких нормативних актів з питань приймання, реєстрації, обліку і розгляду в підрозділах податкової міліції заяв, повідомлень та іншої інформації про злочини» від 24 червня 1998 р. № 304<sup>11</sup> (на сьогодні втратив чинність) було затверджено погоджену з Генеральною прокуратурою України Інструкцію про порядок приймання, реєстрації, обліку та розгляду в підрозділах податкової міліції заяв, повідомлень та іншої інформації про злочини, а також затверджено Положення про комісію з контролю за прийманням, реєстрацією, обліком і розглядом заяв, повідомлень та іншої інформації про злочини в підрозділах податкової міліції.

30 жовтня 1998 р. було прийнято постанову Кабінету Міністрів України № 1716 «Про проходження служби особами начальницького складу податкової міліції та обчислення їм вислуги років, призначення та виплати пенсій і грошової допомоги»<sup>12</sup>, згідно з якою особи начальницького складу податкової міліції проходять службу в порядку, встановленому Положенням про проходження служби рядовим і начальницьким складом органів внутрішніх справ Української РСР, затвердженим постановою Кабінету Міністрів УРСР від 29 липня 1991 р. № 114<sup>13</sup>.

З січня 1999 р. було продовжено формування адміністративного законодавства, яке визначало діяльність оперативних підрозділів податкової міліції. Зокрема, постановою Кабінету Міністрів України «Про внесення змін і доповнень до деяких постанов Кабінету Міністрів України з питань діяльності державної податкової служби» від 30 січня 1999 р. № 116<sup>14</sup> було повністю завершено заміну у назвах і текстах нормативних актів словосполучень «податкова поліція» в усіх відмінках на словосполучення «податкова міліція».

Таким чином, аналізуючи історію становлення адміністративно-правового регулювання діяльності оперативних підрозділів податкової міліції (поліції) України у другій половині 1990-х рр., можна зазначити наступні тенденції: спочатку оперативні підрозділи МВС України по боротьбі з кримінальним приховуванням прибутків від оподаткування було підпорядковано ДПА України; на період до законодавчого урегулювання

умов проходження служби в органах податкової поліції було збережено за оперативними працівниками вказаних підрозділів їхні повноваження, правовий та соціальний захист; після перейменування «податкової поліції» у «податкову міліцію» було затверджено низку положень про її підрозділи та відділи (організації податкових розслідувань, інформаційно-аналітичний, дослідної перевірки та ін.); була введена протокольна форма досудової підготовки матеріалів про ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів, яку здійснювала податкова поліція; пізніше законодавцем було вирішено прогалину в законодавстві щодо надання податковій поліції (міліції) статусу органу дізнання та було доповнено кримінально-процесуальне законодавство визнанням слідчих податкової міліції як органів досудового слідства; було впроваджено нові критерії проходження служби особами начальницького складу податкової міліції та обчислення вислуги років, призначення й виплати пенсій і грошової допомоги. Таким чином, на кінець 1990-х рр. податкова міліція в Україні стала виступати чинником протистояння процесів криміналізації податкової сфери.

Подальші розробки щодо історії становлення адміністративно-правового регулювання діяльності оперативних підрозділів податкової міліції (поліції) України пропонуємо провадити з урахуванням законодавчого досвіду України у XXI ст., зокрема, щодо: заходів посилення державного контролю за виробництвом та обігом алкогольних напоїв і тютюнових виробів, соціального захисту осіб начальницького складу податкової міліції, упорядкування структури та умов оплати праці працівників оперативних підрозділів податкової міліції та переходу податкової міліції у склад Державної фіскальної служби України.

<sup>1</sup> Про державну податкову службу в Україні: Закон України від 4 грудня 1990 р. № 509-ХІІ (в редакції Закону України від 24 грудня 1993 р. № 3813-ХІІ) // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 15. – Ст. 84. (Закон втратив чинність на підставі Закону України від 5 липня 2012 р. № 5083-VI).

<sup>2</sup> Про утворення Державної податкової адміністрації України та місцевих державних податкових адміністрацій : Указ Президента України від 22 серпня 1996 р. № 760/96 // Урядовий кур'єр. – 1996. – № 161–162. – С. 2.

<sup>3</sup> Куліш А. М. Діяльність податкової міліції: правові та організаційні засади : моногр. / А. М. Куліш, Д. Г. Мулявка, О. М. Резнік. – Суми: Сумський державний університет, 2015. – С. 13.

<sup>4</sup> Питання державних податкових адміністрацій : Указ Президента України від 30 жовтня 1996 р. № 1013/96 // Податкова міліція: Коментарі та роз'яснення чинного законодавства / О. М. Бандурка, М. К. Вишневська, В. Р. Жвалюк, Т. В. Сараскіна. – Х.: Вид-во Університету внутрішніх справ, 1999. – С. 18.

<sup>5</sup> Про забезпечення діяльності Державної податкової адміністрації України : постанова Кабінету Міністрів України від 15 листопада 1996 р. № 1385 // Верховна Рада України: Офіційний веб-портал : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1385-96-%D0%BF>

<sup>6</sup> Щодо Положення про відділи Управління податкових розслідувань податкової поліції України : лист Державної податкової адміністрації України від 28 грудня 1996 р. № 26-2111/10-1865 // Юридичний вісник України. – 1997. – 6–12 лютого. – С. 10–14.

<sup>7</sup> Про умови оплати праці працівників органів державної податкової служби : постанова Кабінету Міністрів України від 31 грудня 1996 р. № 1592 (назва в редакції постанови Кабінету Міністрів України від 25 серпня 1998 р. № 1336) // Офіційний вісник України. – 1998. – № 34. – Ст. 127 (постанова втратила чинність на підставі постанови Кабінету Міністрів України від 7 серпня 2013 р. № 597).

<sup>8</sup> Кримінальний кодекс Української РСР від 28 грудня 1960 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1961. – № 2. – Ст. 14 (втратив чинність на підставі Кодексу України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III. Перелік майна, що не підлягає конфіскації за судовим вироком (Додаток до Кодексу), втратив чинність на підставі Закону України від 2 червня 2016 р. № 1404-VIII).

<sup>9</sup> Кримінально-процесуальний кодекс України від 28 грудня 1960 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1961. – № 2. – Ст. 15 (втратив чинність на підставі Кодексу України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI).

<sup>10</sup> Щодо створення в складі Державної податкової адміністрації податкової поліції : вказівки Верховного Суду України, Генеральної прокуратури України, Державної податкової адміністрації України від 20 березня 1997 р. № 1-5/101 // Бизнес. – 1997. – № 52 (259). – 29 декабля.

<sup>11</sup> Про затвердження деяких нормативних актів з питань приймання, реєстрації, обліку і розгляду в підрозділах податкової міліції заяв, повідомлень та іншої інформації про злочини : наказ Державної податкової адміністрації України від 24 червня 1998 р. № 304. Зареєстровано в Міністерстві юстиції України 14 липня 1998 р. за № 444/2884 // Офіційний вісник України. – 1998. – № 29. – Ст. 1109 (наказ втратив чинність на підставі наказу Міністерства фінансів України від 2 лютого 2015 р. № 19).

<sup>12</sup> Про проходження служби особами начальницького складу податкової міліції та обчислення їм вислуги років, призначення та виплати пенсій і грошової допомоги : постанова Кабінету Міністрів України від 30 жовтня 1998 р. № 1716 // Офіційний вісник України. – 1998. – № 44. – Ст. 1623.

<sup>13</sup> Про затвердження Положення про проходження служби рядовим і начальницьким складом органів внутрішніх справ : постанова Кабінету Міністрів Української РСР від 29 липня 1991 р. № 114 // Збірник нормативних актів України з питань правопорядку / уклад.: В. Г. Слободянюк, В. П. Лисюченко. – К.: Друкарня МВС України, 1993. – С. 438–464.

<sup>14</sup> Про внесення змін і доповнень до деяких постанов Кабінету Міністрів України з питань діяльності державної податкової служби : постанова Кабінету Міністрів України від 30 січня 1999 р. № 116 // Офіційний вісник України. – 1999. – № 5. – Ст. 38.

## Резюме

**Лежненко І. П. Історія становлення адміністративно-правового регулювання діяльності оперативних підрозділів податкової міліції (поліції) України у другій половині 1990-х років.**

У статті розглянуто історичні аспекти розвитку адміністративно-правового регулювання діяльності оперативних підрозділів податкової міліції (спочатку – поліції) України, починаючи з 1996 р., коли оперативні підрозділи Міністерства внутрішніх



справ України по боротьбі з кримінальним приховуванням прибутків від оподаткування було підпорядковано Державній податковій адміністрації України, і до моменту, коли було перейменовано «податкову поліцію» у «податкову міліцію». Проаналізовано історію становлення фінансового та матеріально-технічного забезпечення оперативних підрозділів податкової міліції у вказаний період.

**Ключові слова:** податкова міліція (поліція), оперативні підрозділи, Міністерство внутрішніх справ України, Державна податкова адміністрація України, державна податкова служба в Україні, податки, начальницький склад.

#### Резюме

**Лежненко И. П. История становления административно-правового регулирования деятельности оперативных подразделов налоговой милиции (полиции) Украины во второй половине 1990-х годов.**

В статье рассмотрены исторические аспекты развития административно-правового регулирования деятельности оперативных подразделений налоговой милиции (сначала – полиции) Украины, начиная с 1996 г., когда оперативные подразделения Министерства внутренних дел Украины по борьбе с криминальным сокрытием доходов от налогообложения были подчинены государственной налоговой администрации Украины и до момента, когда было переименовано «налоговую полицию» в «налоговую милицию». Проанализирована история становления фінансового и материально-технического обеспечения оперативных подразделений налоговой милиции за указанный период.

**Ключевые слова:** налоговая милиция (полиция), оперативные подразделения, Министерство внутренних дел Украины, Государственная налоговая администрация Украины, государственная налоговая служба в Украине, налоги, начальствующий состав.

#### Summary

**Lezhnenko I. History of formation of administrative-legal regulation of operations units Tax Police (Police) of Ukraine in the second half of the 1990's.**

The article deals with the historical aspects of the development of administrative and legal regulation of the operational units of the tax police (initially-police) of Ukraine, starting in 1996, when the operational units of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine (hereinafter – the Ministry of Internal Affairs of Ukraine) for combating the criminal concealment of income from taxation were subject to The State Tax Administration of Ukraine (hereafter D, PA of Ukraine), and until the «tax militia» was renamed the «tax militia». The history of the formation of financial and logistical support of operational units of the tax militia is described during this period

**Key words:** tax police (police), operational units, Ministry of Internal Affairs of Ukraine, State Tax Administration of Ukraine, state tax service in Ukraine, taxes, commanding staff.

УДК 346.543:334.722.8

#### О. М. НАЗАРЧУК

*Оксана Михайлівна Назарчук, аспірант Навчально-наукового інституту «Юридичний інститут ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»*

### РОЗВИТОК ІНВЕСТИЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ АКЦІОНЕРНИХ ТОВАРИСТВ В УМОВАХ ВАЛЮТНОЇ ЛІБЕРАЛІЗАЦІЇ: ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Необхідність лібералізації валютного регулювання в Україні є більш ніж очевидною, адже жорсткі обмеження у валютній сфері аж ніяк не сприяють розвитку фінансових ринків і бізнесу в цілому, в нашому випадку – інвестиційній діяльності акціонерних товариств.

Більшість праць науковців присвячено прикладному аналізу сучасного стану інвестиційного процесу в Україні, дослідженню інструментів формування інвестиційного клімату, проблемам активізації залучення іноземних капіталів у вітчизняну економіку та аналізу правових механізмів їх ефективного використання. В Україні вивченням зазначеної проблематики займаються такі вчені-економісти: Т. Бень, В. Будкін, О. Гаврилюк, В. Геєць, С. Герасимова, Б. Губський, Я. Жаліло, Д. Лук'яненко, М. Махмудов, О. Моліна, Б. Панасюк, А. Пересада, С. Сіденко та ін. Особливості функціонування акціонерних товариств досліджували вітчизняні науковці І. Бланк, О. Кавтиш, О. Рудченко, В. Федосов.

Питанням дослідження лібералізації валютного фонду є досить актуальним та жваво обговорюється такими вченими, як: В. Прокопович, В. Коваленко, В. Куриляк, С. Сулейманова та ін.

**Мета та завдання дослідження** – окреслити правову сутність та структуру динаміки розвитку правового регулювання інвестиційної діяльності акціонерних товариств в умовах валютної лібералізації.

Науковий підхід до вивчення поняття лібералізації вимагає визначити її поняття. Так, лібералізація (від лат. *liberalis*) – вільний, розширення волі економічних дій суб'єктів підприємницької діяльності, зняття обмежень на фінансово-економічну діяльність<sup>1</sup>.

Водночас термін «інвестиція» походить від лат. «інвест», що означає «вкладати». Нині інвестиції – це вкладання капіталу з метою подальшого його збільшення, а приріст капіталу в результаті його інвестування є компенсацією за ризик втрат від інфляції та неодержання відсотків від банківських вкладень капіталу<sup>2</sup>.

Так, Н. В. Нікешина розглядає фінансову лібералізацію як частину структурних реформ, типових для неоліберального підходу до розвитку. Це є найважливішим аспектом фінансiалiзацiї, що збільшило розширення національних економік до глобальної фінансової системи. Згідно з ліберальним підходом фінансова відкритість удосконалює потоки іноземних заощаджень у країни з недостатнім обсягом фінансових ресурсів. Це зменшує ризики інвесторів, внутрішніх та зовнішніх, відповідно до можливості диверсифікації активів. Фінансова відкритість також забезпечить подолання проблем платіжного балансу у підсумку коригування внутрішнього попиту<sup>3</sup>.

Як зазначає І. М. Кобушко, інтенсифікація глобалізаційних процесів зумовила лібералізацію відносин на товарних і фінансових ринках, що активізувало транскордонний рух різних форм капіталу<sup>4</sup>.

Відповідно результат лібералізації розглядається як комплексне розуміння, а тому можна визначити, що при лібералізації будь-яка юридична і фізична особа має право без будь-яких обмежень і дозволів перевести валюту за кордон, купити цінні папери й інвестувати в бізнес або розмістити гроші в банк на депозит. І ці дії можуть виконувати як українці за кордон, так і нерезиденти в Україні. Передбачається, що такого роду лібералізація повинна призвести до зростання зарубіжних інвестицій в Україну і тим самим забезпечити будівництво нових підприємств, появу нових робочих місць та зростання доходів населення, власне, і зростання економіки України.

Так, іноземні інвестиції можуть здійснюватися в іноземній валюті, наприклад, при реінвестиціях за умови сплати податку на прибуток; будь-якої нерухомості або рухомого майна та пов'язаних із ним майнових прав; акцій, облігацій та інших цінних паперів; корпоративних прав; грошових вимог та права на вимоги виконання договірних зобов'язань, гарантованих банками; прав інтелектуальної власності, підтверженої згідно із законами країни-інвестора; прав на здійснення господарської діяльності; будь-яких інших цінностей згідно із законодавством України тощо.

Розглядаючи розвиток інвестиційної діяльності акціонерних товариств (далі – АТ) в умовах валютної лібералізації, бачимо процес обґрунтування та реалізації найбільш ефективних форм вкладення капіталу, спрямованих на розширення економічного потенціалу, що особливо актуально в умовах дефіциту фінансових ресурсів в державі. Так, для зменшення фінансових ризиків інвестиційної діяльності необхідним є розроблення ефективної інвестиційної політики, яка вже передбачає курс векторного розвитку на реалізацію максимально дієвих шляхів фінансування активів, для забезпечення основних темпів зростання у довгостроковій перспективі в АТ.

Так, інвестори – це не донорські організації. Вони заходять в країну, щоби заробляти гроші. Більше того, їх власне фінансування відбувається в іноземній валюті. Отже, для них є важливими курсова стабільність і можливість репатріації капіталу, висловив свою думку директор з управління компанії Dragon Capital А. Дмитренко під час круглого столу в Укрінформі на тему: «Система захисту інвесторів як умова розвитку ринків капіталу в Україні»<sup>5</sup>.

З огляду на спрощення порядку здійснення іноземних інвестицій в Україну та на інші позитивні зміни, протягом останніх декількох років НБУ запроваджує досить жорсткі обмеження щодо повернення іноземних інвестицій з України для врегулювання та стабілізації ситуації на грошово-кредитному і валютному ринках нашої країни.

Уявляється, що нещодавне вдосконалення управління в АТ, зокрема в публічних АТ, спричинило попит інвесторів на такі юридичні послуги, як консультації з питань приведення діяльності АТ у відповідність з останніми змінами до Закону України «Про акціонерні товариства», скасування максимальної кількості акціонерів у приватних АТ – попит на послуги зі зміни типу АТ з публічного на приватне<sup>6</sup>.

Обмеження на повернення іноземних інвестицій породжує попит іноземних інвесторів на послуги зі структурування бізнесу із залученням іноземних холдингів та юридичний супровід транзакцій на рівні холдингових компаній.

Дослідники справедливо підкреслюють, що прийняття проекту Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» № 4666 від 13 травня 2016 р. за основу спровокує попит інвесторів та суб'єктів господарювання на юридичні послуги щодо приведення статутів ТОВ у відповідність із вимогами нового закону, підготовку корпоративних договорів, перетворення АТ на ТОВ. Запровадження податкових пільг для окремих суб'єктів господарювання (зокрема, індустриальних парків), безперечно, зумовить попит на послуги з податкової оптимізації шляхом створення індустриальних парків та їхньої інтеграції в структуру ведення бізнесу<sup>7</sup>. До того ж, зняття надмірних адміністративних обмежень на валютному ринку має велике значення в контексті інтеграції України в європейський економічний простір і відповідає зобов'язанням, взятим на себе державою за Угодою про асоціацію між Україною та ЄС.

Потрібно зазначити, що послаблення цілого ряду антикризових обмежень НБУ є поступовим. Так, був знижений до 50 % обсяг валютних надходжень, що підлягають обов'язковому продажу на міжбанківському ринку, збільшено граничний строк розрахунків за експортно-імпортними операціями, істотно максимальний ліміт купівлі готівкової валюти тощо.

При наявності сприятливих макрофінансових передумов НБУ продовжує подальшу лібералізацію валютного регулювання відповідно до своєї концепції нового валютного регулювання від 1 грудня 2016 р., де

було анонсовано цілий пакет заходів щодо валютної лібералізації<sup>8</sup>. Ці заходи будуть мати позитивне значення передусім для бізнесу, що займається зовнішньоекономічною або інвестиційною діяльністю. Зняття обмежень з експортно-імпортних операцій і прямих іноземних інвестицій дасть змогу підвищити експортний потенціал України.

Дійсно, неможливо лібералізувати операції за поточним рахунком платіжного балансу, не маючи ефективного контролю за трансфертним ціноутворенням і не ставлячи при цьому під загрозу стабільність валютного ринку; неможливо забезпечити вільний рух капіталу, не перебивши для нього можливості втечі в низькоподаткові юрисдикції і не жертвуючи при цьому курсом національної валюти і рівнем цін у країні<sup>9</sup>.

Попри факти, валютне регулювання стане більш прозорим і зрозумілим для бізнесу, а часові та фінансові витрати на дотримання валютного законодавства суттєво зменшаться. Лібералізація валютного регулювання буде також сприяти швидкості й ефективності транскордонних розрахунків, без чого неможлива інтеграція в світовий економічний простір.

Крім того, зняття жорстких обмежень на відтік капіталу буде сприяти його притоку в країну. Іноземні інвестори будуть відчувати себе більш комфортно, розуміючи, що вони в будь-який момент зможуть забрати свої інвестиції або доходи від інвестиційної діяльності. Водночас важливо пам'ятати, що обсяг відтоку капіталу залежить не від жорсткості валютного контролю, а від ефективності митної та податкової політики країни, її інвестиційного клімату.

Доречно зазначити, що в Україні вже 22 роки функціонує Українська асоціація інвестиційного бізнесу – УАІБ (офіційний сайт <http://www.uaib.com.ua>), яка упродовж цього періоду встановлює пріоритети для розвитку бізнесу з управління активами інституційних інвесторів. Асоціація цілеспрямовано відстоює права та інтереси своїх учасників та їхніх клієнтів-інвесторів, крок за кроком формує сприятливе середовище для розвитку в Україні інвестиційного бізнесу, сприяє підвищенню професійного рівня своїх учасників та зміцненню їхньої відповідальності перед суспільством<sup>10</sup>.

Так, у жовтні 2017 р. на прохання членів Асоціації сформовано узагальнену базу даних АТ, які замінили Свідоцтва про реєстрацію випуску акцій ПАТ на ПрАТ у зв'язку зі зміною найменування у частині зміни типу АТ з публічного на приватне. З появою нових рішень таблиця доповнювалася, а компаніям надсилалися повідомлення про реєстрацію випуску акцій ПАТ на ПрАТ у зв'язку зі зміною найменування у частині зміни типу АТ з публічного на приватне.

Так, НКЦПФР пропонує відкоригувати деякі з вимог включення цінних паперів до другого рівня лістингу (біржового реєстру), щоб створити додаткові можливості для АТ у разі їх заінтересованості в біржовій торгівлі їхніми цінними паперами. Зокрема:

- запропоновано нові вимоги до концентрації *free float* (з англійської мови словосполучення *free float* можна перевести як «вільно плаваючий»), частка акцій у вільному обігу – мінімальний *free float* емітента повинен становити не менше 10 %, або у грошовому еквіваленті його вартість повинна становити не менше 75 млн грн. Причому у двох інвесторів сукупно може бути не більше 50 %;
- зменшена вимога до власного капіталу емітента акцій та до річного чистого доходу емітента акцій за останній рік (крім банків) з 400 до 300 млн грн;
- зменшена вимога до кількісного складу акціонерів емітента з 200 до 150 акціонерів;
- додаткові вимоги до корпоративного управління емітентів відтепер зможе встановлювати фондова біржа у своїх правилах<sup>11</sup>.

На сьогодні Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення ведення бізнесу та залучення інвестицій емітентами цінних паперів» від 16 листопада 2017 р. набув чинності. Цей закон передбачає доступ до документів АТ, що містять відомості про фінансово-господарську діяльність АТ кожному акціонеру, який володіє значним пакетом акцій, а саме в розмірі 10 % та більше<sup>12</sup>.

Також враховано особливості корпоративного управління в публічних акціонерних товариствах – банках та удосконалено вимоги до керівників банків, вирішено проблемні технічні питання депозитарної системи за узгодженою позицією НБУ та Національного депозитарію. Передбачено перехідний період для акціонерних товариств щодо забезпечення приведення складу наглядових рад та їх комітетів у відповідність до Закону протягом одного року з дня набрання чинності та інші положення. Удосконалено норми стосовно регулярної інформації про емітента, зокрема, розмежовано вимоги до публічних та приватних АТ, зменшено період розкриття інформації про власників голосуючих акцій ПрАТ з 10 % до 5 %, виключені додаткові вимоги щодо розкриття інформації окремими категоріями емітентів, удосконалені вимоги до незалежних директорів, окремо прописані вимоги до незалежних директорів банківських установ, удосконалено механізм виплати дивідендів, прописані обмеження при визначенні кворуму загальних зборів та прав участі в голосуванні на загальних зборах.

У НКЦПФР зазначають, що даний Закон вплине на діяльність майже 15 тисяч АТ. Адже проблема обтяжливого «публічного» статусу для АТ не принесла жодної доданої вартості для їх бізнесу. Тепер АТ надається право самим обирати – бути чи не бути публічними<sup>13</sup>.

Водночас «бути публічним чи приватним акціонерним товариством – це питання вибору акціонерів банків. Публічним мають бути ті компанії, які справді потребують та мають намір залучати капітал на відкритому ринку, але оскільки у банках присутній значний публічний інтерес, стандарти розкриття інформації та корпоративного управління мають лишатися на тому ж рівні, що і для публічної компанії», – повідомив директор Департаменту ліцензування НБУ О. Бевз на круглому столі «Публічність акціонерних товариств».

На його переконання, внесені зміни до зазначеного вище закону гармонізують банківське та акціонерне законодавство, усуваючи певні суперечності між нормативними актами, а також є першим етапом суттєвого реформування регулювання корпоративного управління в банках. О. Бевз також зазначив, що реформування корпоративного управління банків передбачатиме, зокрема:

- посилення ролі наглядової ради;
- збільшення квоти незалежних директорів та посилення вимог до них.

Крім того, буде переглянуто вимоги до керівників банків, професійна придатність яких оцінюватиметься передусім з точки зору їхньої функціональної відповідальності та профілю діяльності банку<sup>14</sup>.

Трансформація національного корпоративного законодавства, підвищення рівня корпоративного управління в АТ, запровадження європейських та світових стандартів у сфері розкриття інформації публічними компаніями, підвищення прозорості ринків капіталу – важливі кроки, які сприятимуть реформуванню фінансового сектору України.

На думку рейтингового агентства UCRA (українське консультативне агентство), інвестиційна привабливість АТ для банків залишається досить високою, враховуючи наявність стабільного попиту на продукцію галузі, а також виробничих потужностей у більшості компаній галузі<sup>15</sup>. Крім того, компанії галузі все ще продовжують користуватися державною підтримкою у формі часткової компенсації витрат за фінансовими позиками. Зазначені причини можуть сприяти більш тісній взаємодії з банківськими установами і на етапі пролонгації діючих кредитів.

Отже, можемо зробити висновок, що одним із пріоритетних завдань розширення можливостей інвестиційної діяльності АТ є ефективна валютна лібералізація в Україні. Це можна вважати складовою послідовної стратегії розвитку світового фінансового простору.

Запорукою успішного функціонування національної економіки будь-якої країни є інвестиційна діяльність, що об'єднує інтереси і ресурси громадян, підприємств та держави щодо ефективного соціально-економічного розвитку. Тому нами було досліджено, по-перше, фактори, які визначають векторний вплив валютної лібералізації на інвестиційну діяльність АТ, передбачають конкурентні переваги такого товариства в цілому (масштаби діяльності, диверсифікація продуктів, патенти й торгові марки, управлінський та маркетинговий досвід, власні технології); по-друге, специфічне територіальне розміщення таких факторів виробництва, як природні ресурси та робоча сила; по-третє, переваги інтернаціоналізації виробничих сил та ін. Поступове становлення інвестиційної діяльності АТ в умовах валютної лібералізації вже починає робити досить впевнені кроки для максимального рівня узгодженості національного економічного розвитку України.

<sup>1</sup> Політологічний енциклопедичний словник / уклад.: Л. М. Герасіна, В. Л. Погрібна, І. О. Полішук та ін. ; за ред. М. П. Требіна. – Х.: Право, 2015. – С. 816.

<sup>2</sup> Там само.

<sup>3</sup> Нікешина Н. В. Система захисту інвесторів як умова розвитку ринків капіталу в Україні. Обговорення законопроекту № 6303 / Н. В. Нікешина : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.ukrinform.ua/rubric-presshall/2311987-htozahistit-investora.html> (дата звернення: 27.11.2017).

<sup>4</sup> Кобушко І. М. Моделювання гранично допустимого рівня іноземного капіталу на інвестиційному ринку України із застосуванням дихотомічного підходу / І. М. Кобушко // Наукові праці НДФІ. – 2013. – С. 114–122.

<sup>5</sup> Система захисту інвесторів як умова розвитку ринків капіталу в Україні (обговорення законопроекту № 6303) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ukrinform.ua/rubric-presshall/2311987-htozahistit-investora.html> (дата звернення: 26.11.2017).

<sup>6</sup> Про акціонерні товариства : Закон України від 17 вересня 2008 р. зі змінами та доповненнями від 11 червня 2017 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2008. – № 50–51. – Ст. 384 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/514-17> (дата звернення: 23.11.2017).

<sup>7</sup> Король М. М. Сучасні тенденції та динаміка прямого іноземного інвестування в міжнародній економіці / М. М. Король, М. Ю. Поп // Світове господарство і міжнародні економічні відносини. – 2016. – № 2. – С. 13–17.

<sup>8</sup> Прес-реліз на тему: «У Національному банку відбулася нарада з топ-менеджерами найбільших 40 банків». Національний Банк України, офіційне інтернет-представництво: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.bank.gov.ua/control/uk/publish/printable\\_article?art\\_id=30431988&showTitle=true](http://www.bank.gov.ua/control/uk/publish/printable_article?art_id=30431988&showTitle=true) (дата звернення: 22.11.2017).

<sup>9</sup> Там само.

<sup>10</sup> Українська Асоціація Інвестиційного Бізнесу – офіційний сайт : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.uaib.com.ua/> (дата звернення 26.11.2017).

<sup>11</sup> Там само.

<sup>12</sup> Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення ведення бізнесу та залучення інвестицій емітентами цінних паперів Закон України від 16.11.2017 № 5592-д : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=61673](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61673) (дата звернення: 23.11.2017).

<sup>13</sup> Там само.

<sup>14</sup> Круглий стіл: «Публічність акціонерних товариств: новий зміст, нові перспективи» (обговорення законопроекту № 5592-д) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.nssmc.gov.ua/2017/10/27/publitchnity-aktsonernih-tovarystv-novy-zmst-nov-perspektivi/> (дата звернення: 24.11.2017).

<sup>15</sup> Українське консультативне агентство UCRA – офіційний сайт : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ucra.com.ua/> (дата звернення: 24.11.2017).

Резюме

**Назарчук О. М. Розвиток інвестиційної діяльності акціонерних товариств в умовах валютної лібералізації: правовий аспект.**

У статті визначено доктринальні підходи до розуміння інвестиційної діяльності акціонерних товариств в умовах валютної лібералізації. Обґрунтовується розвиток динаміки лібералізації валютного законодавства. Розглянуто рамки та перспективи українського валютного законодавства для розвитку інвестиційної діяльності акціонерних товариств.

**Ключові слова:** лібералізація, валютне регулювання, інвестиція, акціонерне товариство.

Резюме

**Назарчук О. М. Развитие инвестиционной деятельности акционерных обществ в условиях валютной либерализации: правовой аспект.**

В статье определены доктринальные подходы к пониманию инвестиционной деятельности акционерных обществ в условиях валютной либерализации. Обосновывается развитие динамики либерализации валютного законодательства. Рассмотрены рамки и перспективы украинского валютного законодательства для развития инвестиционной деятельности акционерных обществ.

**Ключевые слова:** либерализация, валютное регулирование, инвестиции, акционерное общество.

Summary

**Nazarchuk O. Development of investment activity of joint-stock companies in the conditions of currency liberalization: legal aspect.**

The article defines doctrinal approaches to understanding of investment activity of joint-stock companies in the conditions of currency liberalization. The development of the dynamics of the liberalization of currency legislation is substantiated. The framework and prospects of Ukrainian currency legislation for the development of investment activity of joint stock companies are considered.

**Key words:** liberalization, currency regulation, investment, joint-stock company.

УДК 342.9

**М. І. ПОВОРОЗНЮК**

*Микола Іванович Поворознюк, аспірант Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

**АДМІНІСТРАТИВНИЙ ПОЗОВ У СИСТЕМІ ЗАСОБІВ ЗАХИСТУ ПРАВ ГРОМАДЯНИНА У СФЕРІ ПУБЛІЧНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН**

Одними із найважливіших завдань, що потребують вирішення на будь-якому етапі формування демократичної і правової держави, є забезпечення повноцінного функціонування правових механізмів захисту прав, свобод та інтересів громадянина, а також законності у різних сферах суспільного життя, зокрема у сфері публічно-правових відносин. Адже забезпечення можливості практичної реалізації обсягу конституційних гарантій прав громадян на захист від порушень з боку суб'єктів владних повноважень у сфері публічно-правових відносин відбувається за допомогою дієвих правозахисних механізмів держави. При цьому правові механізми вирішення публічно-правових спорів, що виникають у процесі взаємодії суб'єктів владних повноважень із окремим пересічним громадянином у сфері публічно-правових відносин, мають бути орієнтовані на пересічного громадянина, на забезпечення реалізації його прав, свобод та інтересів, їх захисту з боку держави саме у тих відносинах, де однією зі сторін виступає суб'єкт влади, що здійснює публічно-владні управлінські функції на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень.

Водночас необхідно зазначити, що дієві правові механізми оскарження неправомірних рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень згідно з Конституцією України та чинним законодавством нашої країни передбачають наступні можливі порядки оскарження: адміністративний (досудовий) та судовий. Конституційний Суд України у Рішенні від 9 липня 2002 р. № 15-рп/2002 у справі про досудове врегулювання спорів зазначив, що кожна особа має право вільно обирати не заборонений законом засіб захисту прав і свобод, у тому числі судовий захист; можливість використання суб'єктами правовідносин досудового врегулювання спорів може бути додатковим засобом правового захисту, який держава надає учасникам певних правовідносин, що не суперечить принципу здійснення правосуддя виключно судом; обрання певного засобу правового захисту, у тому числі й досудового врегулювання спору, є правом, а не обов'язком особи, яка добровільно, враховуючи власні інтереси, його використовує; виходячи з необхідності підвищення рівня правового захисту держава може стимулювати вирішення правових спорів у межах досудових процедур, однак їх використання є правом, а не обов'язком особи, яка потребує такого захисту; встановлення законом або до-

говором досудового врегулювання спору за волевиявленням суб'єктів правовідносин не є обмеженням юрисдикції судів і права на судовий захист<sup>1</sup>.

У досліджуваному аспекті слід погодитись з Д. В. Лученком, який вважає, що оскарження в суді рішень, дій або бездіяльності суб'єктів владних повноважень є, безумовно, головним, але не єдиним способом захисту прав і законних інтересів приватних осіб у відносинах із державою. Не викликає сумнівів, що ефективність функціонування судового оскарження тісно пов'язана з дієвістю механізму позасудового оскарження, завдяки якому фізичні і юридичні особи отримують можливість вирішити спір із суб'єктом управління, не звертаючись до суду. Тим самим швидше відновлюються порушені права, а також знижується навантаження на судову систему<sup>2</sup>. Також досить влучно видається висловлена Т. О. Коломоєць думка про те, що в умовах сучасних реформаційних державотворчих та правотворчих процесів в Україні, докорінного перегляду моделей взаємовідносин суб'єктів публічного адміністрування та приватних осіб, засад правового регулювання відповідних відносин істотно посилюються роль і значення судового захисту прав, свобод та законних інтересів приватних осіб у відносинах із суб'єктами публічного адміністрування. Водночас задля забезпечення дієвого, максимально повного (із урахуванням усього різноманіття відповідних відносин) захисту прав, свобод та законних інтересів приватних осіб доцільним є використання поряд із судовим і позасудових (альтернативних) засобів такого захисту. Визнаючи дієвість судового захисту, пріоритетність його використання у разі виникнення публічно-правового спору, варто зазначити, що використання позасудових засобів захисту істотно розвантажує суди, певним чином наближає суб'єктів публічного адміністрування до приватних осіб, сприяє оперативному вирішенню спорів, є менш формалізованим, більш економним, передбачає можливість залучення експертів тощо.

Далі науковець зазначає, що традиційно до позасудових (альтернативних) засобів захисту прав, свобод, законних інтересів приватних осіб у відносинах із суб'єктами публічного адміністрування відносять: контроль, нагляд, адміністративне оскарження, примирення, посередництво, переговори, третейський розгляд тощо<sup>3</sup>. Аналогічну позицію висловлює і О. В. Муза у докторській дисертації (2016 р.) на тему: «Теоретичні проблеми адміністративно-процесуальних правовідносин в Україні»<sup>4</sup>.

З цього приводу слід зазначити, що використання альтернативних (досудових) засобів захисту прав, свобод та інтересів громадянина у сфері публічно-правових відносин врегульовано Рекомендацією REC (2001) 9 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо альтернатив судовому розгляду спорів між адміністративними органами влади та приватними особами, ухваленою 5 вересня 2001 р. на 762-ому засіданні заступників Міністрів<sup>5</sup>. Зокрема, у Рекомендації зазначається, що на практиці судова процедура не завжди виявляється найбільш доцільним шляхом вирішення того чи іншого адміністративно-правового спору, а значне поширення використання альтернативних засобів вирішення адміністративно-правових спорів може допомогти вирішенню цих проблем і наближенню адміністративних органів влади до громадян. З огляду на це необхідно передбачити можливість у відповідних випадках вирішувати адміністративно-правові спори за допомогою засобів, альтернативних судовому провадженню, беручи до уваги те, що засоби, альтернативні судовому вирішенню спору, повинні передбачати дотримання принципів рівності та безсторонності, а також забезпечення поваги до прав сторін у спорі. При цьому використання альтернативних засобів має завжди передбачати можливість судового перегляду, оскільки це являє собою основну гарантію захисту прав як осіб, так і адміністративних органів влади.

Варто підкреслити, що ст. 17 нової редакції КАС України, яка визначає основні положення досудового врегулювання спорів, передбачає, що сторони вживають заходів для досудового врегулювання спору за домовленістю між собою або у випадках, коли такі заходи є обов'язковими згідно із законом. Особи, які порушили права і законні інтереси інших осіб, зобов'язані поновити їх, не чекаючи пред'явлення позову<sup>6</sup>. Підтримуючи інститут досудового врегулювання спору, тобто врегулювання спірних питань між сторонами у досудовому порядку, як необхідності підвищення правовою державою рівня правового захисту порушених прав громадян, зазначимо, що, на наш погляд, його реалізація сприятиме активізації використання досудових (альтернативних) засобів захисту прав, свобод та інтересів громадянина у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку суб'єктів владних повноважень, що достатньо активно й ефективно використовується у багатьох європейських країнах.

У цьому аспекті доцільно навести позицію професора О. Ф. Андрійко, яка справедливо вважає, що оновлення змісту адміністративно-правового статусу громадян є надзвичайно важливим завданням науки адміністративного права. Воно має відбуватися шляхом закріплення в законі не лише природних, загальновизнаних прав і свобод, які є невід'ємною частиною правового становища громадян у розвинених країнах світу, а й створення необхідного реального механізму забезпечення реалізації цих прав і свобод. Саме механізм реалізації захисту прав і свобод до сьогодні не отримав належного врегулювання нормами адміністративного права. І хоча нині деякі із елементів цього механізму вже реалізовані, зокрема судовий адміністративно-правовий захист прав і свобод громадян, однак потрібне подальше наукове обґрунтування вдосконалення механізму захисту прав і свобод громадян за допомогою процедурних норм та законодавче їх закріплення. Однак прийняття відповідного законодавчого акта – Кодексу адміністративних процедур або Закону про адміністративні процедури – перебуває ось уже понад 15 років на стадії узгодження<sup>7</sup>.

З огляду на це вважаємо, що в умовах сьогодення до основних та ефективних способів правового механізму забезпечення реалізації права громадянина на захист від порушень з боку суб'єктів владних повноважень у сфері публічно-правових відносин слід віднести закріплене Конституцією та законами України право

громадянина на: по-перше, звернення із адміністративною скаргою до органу виконавчої влади (оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень в адміністративному (досудовому) порядку шляхом подання адміністративної скарги у порядку підлеглості до вищого органу, посадової особи вищого рівня по відношенню до посадової особи, що прийняли рішення, вчинили дії або допустили бездіяльність); по-друге, звернення до адміністративного суду, необхідною умовою реалізації якого є пред'явлення адміністративного позову шляхом подання позовної заяви до суду першої інстанції (оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень у судовому порядку).

З наведеного випливає, що у правовій державі, якою є Україна, з метою забезпечення практичної реалізації обсягу конституційних гарантій прав громадян на захист у сфері публічно-правових відносин законодавець передбачив можливість захисту порушених прав, свобод та інтересів громадянина не лише в судовому порядку, а й захист у адміністративному (досудовому) порядку, які є дієвими правовими механізмами оскарження неправомірних рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень, що покликані найповніше захищати права, свободи та інтереси громадянина у сфері публічно-правових відносин. Головною відмінністю між цими самостійними дієвими правовими механізмами захисту порушеного права громадянина у сфері публічно-правових відносин є суб'єкти здійснення такого захисту: у першому випадку – органи виконавчої влади, у другому – адміністративні суди. Існування різних за функціональним призначенням суб'єктів здійснення захисту зумовлює й інші відмінності між вказаними самостійними правовими механізмами захисту, зокрема, у правовій регламентації процедур захисту порушених прав, свобод та інтересів громадянина, а також у рівні їх забезпеченості юридичними гарантіями тощо. Отже, кожний із зазначених дієвих правових механізмів захисту прав громадянина від порушень з боку суб'єкта владних повноважень у сфері публічно-правових відносин регламентується певними правовими нормами, що становлять два самостійні інститути правового захисту.

Як справедливо з цього приводу зазначає В. Я. Настюк, в умовах автономного існування двох гілок державної влади громадянин має право за своєю ініціативою вибрати інстанцію для розгляду своєї скарги. Особливе значення тут має та обставина, що за будь-яких умов за громадянином залишається право звернення до суду, якщо він буде незадоволений результатами розгляду його скарги, поданої у адміністративному порядку<sup>8</sup>. У сенсі правової можливості громадянина самостійно обирати правовий механізм захисту свого порушеного права у сфері публічно-правових відносин слід приєднатися до позиції В. Б. Авер'янова, який визначав механізм адміністративного оскарження як необхідну гарантію забезпечення прав громадян, а також як фактор підвищення рівня законності. Дана форма захисту, на думку науковця, є доповненням судової форми. При цьому вчений зазначав, що цінність наявності адміністративної форми захисту прав громадян полягає у тому, що кожен громадянин має альтернативу і самостійно обирає шлях захисту свого порушеного суб'єктивного права<sup>9</sup>.

З огляду на це однією з форм правового захисту прав громадянина у відносинах з органом виконавчої влади є інститут адміністративного оскарження, тобто оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень у порядку підлеглості до органу або посадової особи вищого рівня, тобто оскарження в адміністративному порядку. Водночас зауважимо, що нині адміністративне оскарження розглядається як спосіб захисту порушеного права, який є альтернативним судовому оскарженню та передує йому. Тому слід погодитись із професором О. Л. Соколенко, яка вважає, що становлення системи адміністративного оскарження як повноцінного правозахисного механізму доповнюватиме інші форми захисту прав громадян, дасть змогу розвантажити судочинство і, зрештою, сприятиме налагодженню діалогу між суспільством і органами державного врядування<sup>10</sup>.

З урахуванням зазначеного можна констатувати, що адміністративний (досудовий) і судовий порядок оскарження неправомірних рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень є самостійними інститутами реально діючих правових механізмів захисту прав, свобод та інтересів громадянина від порушень з боку суб'єктів владних повноважень у сфері публічно-правових відносин, що, доповнюючи один одного, покликані в більш повному обсязі гарантувати забезпечення практичної реалізації конституційних гарантій прав громадян на захист. Наявність та ефективна дієвість зазначених механізмів оскарження неправомірних рішень, дій та бездіяльності суб'єктів владних повноважень є однією з визначальних характеристик демократичної і правової держави. При цьому варто зауважити, що механізм адміністративного оскарження і механізм судового оскарження як способи захисту прав громадянина у сфері публічно-правових відносин мають свій процесуальний засіб захисту, який забезпечує практичну реалізацію конституційного права громадянина на захист від порушень з боку суб'єктів владних повноважень у сфері публічно-правових відносин, а саме: адміністративна скарга та адміністративний позов.

Слід також зазначити, що сьогодні у вітчизняному законодавстві право громадян на адміністративне (досудове) оскарження відображено в положеннях Конституції України, Законі України «Про звернення громадян» та інших нормативно-правових актах, що мають підзаконний характер. Так, положеннями ст. 40 Конституції України гарантується право громадян на адміністративне (досудове) оскарження, передбачаючи, що усі мають право направляти індивідуальні чи колективні письмові звернення або особисто звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів, які зобов'язані розглянути звернення і дати обґрунтовану відповідь у встановлений законом строк<sup>11</sup>.

При цьому в нормах Закону України «Про звернення громадян» деталізуються положення Конституції України щодо практичної реалізації громадянами України наданого їм Конституцією України права на звер-

нення до органів виконавчої влади із адміністративною скаргою про захист своїх порушених прав і законних інтересів. Зокрема, адміністративний порядок оскарження неправомірних рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб передбачено ст. ст. 1, 3, 4 Закону України «Про звернення громадян» та оформлюється у вигляді адміністративної скарги про захист і поновлення прав, законних інтересів чи свобод громадян, порушених цими рішеннями, діями чи бездіяльністю. Зазначене свідчить: важливим елементом механізму адміністративного оскарження, що забезпечує практичну реалізацію конституційного права громадянина на оскарження неправомірного рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень і виступає правовим засобом захисту його порушеного права, який зумовлює початок адміністративного провадження з вирішення публічно-правового спору між громадянином і органом виконавчої влади, є адміністративна скарга. При цьому підкреслимо, що законодавець у ст. 3 Закону України «Про звернення громадян», яка визначає основні терміни, що вживаються в цьому Законі, зазначив, що під адміністративною скаргою слід розуміти звернення з вимогою про поновлення прав і захист законних інтересів громадян, порушених діями (бездіяльністю), рішеннями державних органів, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, об'єднань громадян, посадових осіб. Відповідно до ст. 4 цього Закону до рішень, дій (бездіяльності), які можуть бути оскаржені, належать такі у сфері управлінської діяльності, внаслідок яких: 1) порушено права і законні інтереси чи свободи громадянина (групи громадян); 2) створено перешкоди для здійснення громадянином його прав і законних інтересів чи свобод; 3) незаконно покладено на громадянина які-небудь обов'язки або його незаконно притягнуто до відповідальності<sup>12</sup>.

З огляду на це вважаємо, що адміністративну скаргу як процесуальний засіб захисту прав громадянина у сфері публічно-правових відносин можна охарактеризувати як звернення суб'єкта публічно-правових відносин (суб'єкта права на звернення), що адресоване суб'єкту владних повноважень, до повноважень якого належить вирішення публічно-правового спору (суб'єкта вирішення адміністративної справи), з вимогою захисту та поновлення суб'єктивних прав, законних інтересів чи свобод громадянина, які порушені неправомірним рішенням, дією чи бездіяльністю суб'єкта владних повноважень при здійсненні ним публічно-владних управлінських функцій на основі законодавства.

При цьому до адміністративної скарги як процесуального засобу захисту, який є підставою для відкриття провадження в процедурах адміністративного оскарження, законодавець встановлює низку вимог. Так, виходячи зі змісту ст. 5 Закону України «Про звернення громадян», яка визначає вимоги до звернення, можна дійти висновку, що: 1) адміністративна скарга повинна містити вказівку на адресата – орган виконавчої влади (посадову особу), до повноважень якого належить вирішення порушених у адміністративній скарзі питань; 2) у адміністративній скарзі має бути зазначено прізвище, ім'я, по батькові, місце проживання громадянина; 3) у адміністративній скарзі має бути викладено та обґрунтовано суть вимоги громадянина; 4) письмова адміністративна скарга повинна бути підписана скаржником (скаржниками) із зазначенням дати. Адміністративна скарга, оформлена без дотримання зазначених вимог, повертається заявнику з відповідними роз'ясненнями не пізніше як через десять днів від дня його надходження, крім випадків, передбачених ч. 1 ст. 7 цього Закону. У цьому контексті цілком поділяємо думку В. Б. Авер'янова про те, що зміст оскарження в адміністративному порядку характеризується двома основними складовими: «по-перше, наявність правовідносин між громадянином та органом публічної влади, що виникають у зв'язку з реалізацією управлінських функцій органами виконавчої влади; по-друге, предметом та підставою оскарження є рішення, факти діяльності чи бездіяльності органів виконавчої влади»<sup>13</sup>.

Крім того, аналіз ст. 16 Закону дає змогу зробити висновок про те, що адміністративна скарга на дії чи рішення органу виконавчої влади (посадової особи) подається у порядку підлеглості вищому органу або посадовій особі, що не позбавляє громадянина права звернутися до адміністративного суду з адміністративним позовом за судовим захистом свого порушеного права відповідно до чинного процесуального законодавства, а в разі відсутності такого органу або незгоди громадянина з прийнятим за адміністративною скаргою рішенням – безпосередньо до адміністративного суду.

На підставі проведеного дослідження слід також погодитися із М. В. Лошицьким, який справедливо зазначає, що в основу адміністративного оскарження покладена скарга на рішення, дії чи бездіяльність суб'єктів владних повноважень. Її можна розглядати у двох аспектах. По-перше, інформація, викладена у скаргах, – це завжди відомості про порушення органами публічної адміністрації вимог законодавчих і підзаконних нормативно-правових актів; по-друге, це метод захисту прав та законних інтересів громадян від порушень закону, які допускають посадові особи органів публічного управління<sup>14</sup>. Разом із тим, виходячи з цілей і завдань нашого дослідження, слід визнати справедливою позицію Д. В. Лученка, який вважає, що адміністративна скарга, поряд із адміністративним позовом, становить різновид процесуальної форми захисту прав фізичних і юридичних осіб у адміністративно-правових відносинах та один із засобів оскарження рішень, дій або бездіяльності суб'єктів владних повноважень. Серед ознак адміністративної скарги науковець виокремлює ознаки, які є спільними для всіх процесуальних форм захисту прав (спрямованість на вирішення адміністративно-правового спору, подання у зв'язку із захистом прав і законних інтересів скаржника, «вимоглива» правова природа), а також ознаки, що відображають своєрідність скарги як процесуальної форми (позасудовий характер та відповідні особливості адміністративного провадження за скаргою, специфіка структури)<sup>15</sup>.

Отже, адміністративний (досудовий) порядок вирішення публічно-правових спорів входить до повноважень публічно-управлінської діяльності органів виконавчої влади. Сутність його полягає у прийнятті



уповноваженим органом виконавчої влади або посадовою особою внаслідок розгляду публічно-правового спору індивідуального адміністративного акта, в якому дається оцінка рішення, дії або бездіяльності суб'єкта владних повноважень, що оскаржується, і яким усуваються порушення, а в разі необхідності передбачаються заходи щодо відновлення порушеного права, свободи чи законного інтересу громадянина. Однак слід також зазначити, що за умов відсутності в Україні законодавчого унормування управлінських процедур (Адміністративно-процедурного кодексу), коли б чітко і повно визначалися вимоги та етапи оскарження до вищестоящих органів, гарантувалися відповідні права особи та покладалися обов'язки на вищі адміністративні структури щодо «квазісудового» забезпечення законності в рішеннях та діях підлеглих їм органів і посадових осіб, адміністративний спосіб захисту та поновлення прав фізичних і юридичних осіб у взаємовідносинах з органами виконавчої влади та місцевого самоврядування поки що не завжди забезпечує досягнення бажаних результатів<sup>16</sup>.

Водночас варто зауважити, що урядом України готується до внесення на розгляд Верховної Ради України проект Закону України «Про адміністративну процедуру», спрямований на реалізацію положення ч. 2 ст. 19 Конституції України, відповідно до якого органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Законопроект визначає порядок діяльності органів виконавчої влади і органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб та інших суб'єктів, які законом уповноважені здійснювати владні управлінські функції, щодо забезпечення справедливого, об'єктивного та своєчасного розгляду адміністративних справ відповідно до принципів, зокрема: верховенства права, законності, рівності учасників адміністративного провадження перед законом, презумпції правомірності дій та вимог особи, гарантування права особи на участь в адміністративному провадженні, гарантування ефективних засобів юридичного захисту, з метою утвердження і реалізації прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб у сфері виконавчої влади<sup>17</sup>.

Разом з тим, як слушно зазначається в літературі, після сплину майже 19 років з моменту обрання курсу на розробку та прийняття закону про загальну адміністративну процедуру, тривалої роботи робочої групи Міністерства юстиції (і, як наслідок, розробки досить якісного проекту Закону «Про адміністративну процедуру») влада так і не спромоглася забезпечити його ухвалення. Основними причинами неприйняття в Україні закону про загальну адміністративну процедуру є: 1) загальні проблеми у розвитку адміністративно-правової науки та освіти (передусім у контексті викладання адміністративного права); 2) відсутність суспільно-політичного запиту на відповідне законодавство, що обумовлено інформаційним вакуумом у цій сфері<sup>18</sup>.

Водночас зазначимо, що у правовій державі, якою є Україна, існує та ефективно діє адміністративне судочинство, як механізм судового оскарження та правовий інститут держави, що здатний забезпечити ефективний і справедливий захист прав громадянина від порушень з боку суб'єкта владних повноважень у сфері публічно-правових відносин. Адже права громадянина не мають бути тільки проголошеними, і держава не повинна лише встановлювати обмеження стосовно своїх дій з метою дотримання прав громадянина. Тому, безперечно, вкрай важливо забезпечити реальну можливість для кожного окремого громадянина реалізації своїх прав та їх захисту в примусовому судовому порядку. Слушною нам видається позиція Д. І. Мейера, на переконання якого будь-яке право супроводжує можливість його примусового виконання; якщо для певного права немає можливості примусового здійснення, то немає, власне, і права<sup>19</sup>. Це свідчить про те, що громадянин, який зазнав порушення своїх прав, свобод та інтересів з боку суб'єкта владних повноважень у сфері публічно-правових відносин, повинен мати право ініціювати судове провадження проти органів державної влади. Оскільки лише таким чином можна забезпечити дотримання державою обмежень, які вона сама для себе встановлює, а також недопущення зловживання та неналежного застосування чи перевищення нею своїх повноважень.

Тому слід визнати справедливою наукову позицію О. П. Рябченко, яка вважає, що серед усіх видів захисту порушених прав, свобод та інтересів кожного окремого громадянина у сфері публічно-правових відносин судовий захист є найбільш ефективним, і не тільки з огляду на особливу роль органів судової гілки влади у механізмі держави, а й зважаючи на передбачені чинним законодавством державні гарантії здійснення такого захисту та правові наслідки набуття судовим рішенням законної сили<sup>20</sup>. Водночас слід погодитися з думкою С. В. Ківалова, згідно з якою здійснення адміністративного судочинства в Україні, відповідно до положень КАС України, тісним чином пов'язане із захистом прав, свобод та інтересів громадян та інших не-владних суб'єктів у сфері функціонування суб'єктів владних повноважень, передусім органів виконавчої влади. У цьому випадку йдеться про те, що функції адміністративного судочинства – один із елементів механізму забезпечення реалізації та захисту правового статусу людини та громадянина й є похідними від завдань, яких має намір досягти законодавець за допомогою об'єктивної необхідності адміністративно-судового механізму захисту прав, свобод та законних інтересів громадян у нормах Конституції України та профільному законодавстві, зокрема у КАС України (ст. 2)<sup>21</sup>.

Слід також зазначити, що питання практичної реалізації громадянином права на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом за судовим захистом своїх порушених прав, свобод та інтересів у сфері публічно-правових відносин регулюється Конституцією України та КАС України. Так, конституційні гарантії прав громадянина на судовий захист, тобто судовий порядок оскарження будь-яких рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень передбачено положеннями ст. 55 Конституції України та конкретизується у ст. ст. 2, 6, 99, 104–106 КАС України. Оскільки необхідною умовою для практичної реалізації

громадянином конституційного права на звернення до адміністративного суду за судовим захистом свого порушеного права є пред'явлення адміністративного позову шляхом подання позовної заяви до суду першої інстанції з дотриманням порядку, встановленого КАС України.

Отже, процесуальним засобом оскарження неправомірного рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень у позовному провадженні адміністративного судочинства виступає адміністративний позов, який забезпечує пересічному громадянину правову можливість реалізувати своє конституційне право на судовий захист. При цьому з норми ч. 1 ст. 105 КАС України прямо слідує, що адміністративний позов подається до адміністративного суду лише у формі письмової позовної заяви. Водночас аналіз положень ст. ст. 104–107 КАС України дає можливість стверджувати, що адміністративний позов у формі позовної заяви є первинним процесуальним документом, який подається до суду першої інстанції та на підставі якого суддя вирішує питання про відкриття провадження в адміністративній справі. Зміст цього процесуального документа може містити оскарження неправомірного рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень і формулювання громадянином позовних вимог про захист свого порушеного права, свободи та інтересу у сфері публічно-правових відносин, що свідчить про наявність спору про право публічне, підставою виникнення якого є можливе (уявне) чи дійсне (об'єктивно існуюче) порушення суб'єктом владних повноважень суб'єктивних прав громадянина. Відкриття провадження в адміністративній справі ініціюється шляхом звернення заінтересованої особи до адміністративного суду з метою усунення такого порушення і захисту прав, свобод та інтересів громадянина у сфері публічно-правових відносин. Отже, громадянин оскаржуючи неправомірне рішення, дію чи бездіяльність суб'єкта владних повноважень шляхом подання позовної заяви до суду першої інстанції, заявляє про свою незгоду з цими рішеннями, діями чи бездіяльністю і вимагає визнати їх незаконними.

Слід також зазначити, що адміністративна скарга і адміністративний позов мають деякі спільні ознаки. Зокрема, і адміністративна скарга, і адміністративний позов спрямовуються на вирішення публічно-правового спору. З огляду на це адміністративна скарга та адміністративний позов являють собою вимогу про захист прав, свобод та інтересів суб'єкта права на звернення, подану у першому випадку до органу виконавчої влади, а в другому – до суду першої інстанції. При цьому адміністративна скарга, як і адміністративний позов, може подаватися або особисто громадянином, який вважає, що його права, свободи або інтереси порушені рішенням, дією чи бездіяльністю суб'єкта владних повноважень, або через уповноважену на це особу чи законного представника (ч. 4, 5 ст. 16 Закону України «Про звернення громадян»); представником, законним представником, органом та особою, яким законом надано таке право (ст. ст. 56–60 КАС України). Мають визначені чинними законами терміни звернення (подачі), встановлені ч. 1 ст. 17 Закону України «Про звернення громадян» та ст. 99 КАС України.

Разом із тим адміністративний позов як процесуальний засіб судового захисту прав громадянина у сфері публічно-правових відносин, що є елементом механізму судового оскарження неправомірного рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень до адміністративного суду, відрізняється від адміністративної скарги як процесуального засобу захисту прав громадянина у сфері публічно-правових відносин, яка є елементом досудового (адміністративного) механізму оскарження. Оскільки адміністративна скарга як процесуальний засіб захисту порушеного права громадянина у сфері публічно-правових відносин, по-перше, за змістом є лише оскарженням рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень безпосередньо до органу виконавчої влади (посадової особи); по-друге, вказує на юридичну нерівність сторін, на юридичну підвладність того, хто звертається з адміністративною скаргою, прагнучи скасувати рішення, визнати неправомірною дію або бездіяльність суб'єкта владних повноважень. Однак є й позитивна відмінність для громадян, оскільки органи виконавчої влади, посадові особи розглядають адміністративні скарги громадян, не стягуючи плати (ч. 1 ст. 21 Закону України «про звернення громадян»), а відповідно до ч. 1 ст. 87 КАС України позивач сплачує при пред'явленні адміністративного позову судовий збір. Крім того, механізм адміністративного оскарження має свої переваги, оскільки строк розгляду і вирішення адміністративної скарги чітко визначено ст. 20 Закону України «Про звернення громадян», а саме: у термін не більше одного місяця від дня її надходження, а та, яка не потребує додаткового вивчення, – невідкладно, але не пізніше п'ятнадцяти днів від дня її надходження.

Натомість, адміністративний позов як процесуальний засіб судового захисту прав громадянина в порядку здійснення адміністративного судочинства допускає не лише оскарження неправомірного рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень, а й може містити вимоги щодо певних дій з боку відповідача – суб'єкта владних повноважень (прийняти рішення або вчинити певні дії, утриматися від вчинення певних дій, відшкодування шкоди, завданої його незаконним рішенням, дією або бездіяльністю тощо). Крім того, адміністративний позов засвідчує юридичну рівність позивача і відповідача – суб'єкта владних повноважень, що є істотною та більш важливою правовою якістю цього процесуального засобу серед інших засобів захисту прав громадянина у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку суб'єктів владних повноважень.

Варто також зазначити, що запровадження у КАС України інституту адміністративного позову, як процесуального засобу судового захисту, дає змогу уніфікувати форму звернення до адміністративного суду фізичних і юридичних осіб. При цьому із адміністративною скаргою можуть звертатися у досудовому порядку лише громадяни України, тобто суб'єктами адміністративного оскарження можуть бути лише фізичні особи.

Тож адміністративний позов втілює у собі право громадянина ініціювати відкриття провадження в адміністративній справі та порушення процесуальної діяльності адміністративного судочинства щодо розгляду

і вирішення спору у сфері публічно-правових відносин з метою ефективного захисту своїх прав, свобод та інтересів від порушень з боку суб'єкта владних повноважень. Це означає, що право на адміністративний позов належить кожному громадянину, який вважає, що його права, свободи та інтереси порушені неправомірним рішенням, дією чи бездіяльністю суб'єкта владних повноважень у сфері публічно-правових відносин. При цьому в адміністративному позові громадянин, який вважає свої права порушеними, може сформулювати максимально чітко та зрозуміло свої позовні вимоги згідно зі способами судового захисту, передбаченими у ч. 4 ст. 105 КАС України.

Звідси випливає, що адміністративний позов є процесуальним засобом оформлення конфліктних публічно-правових відносин та передачі їх у вигляді публічно-правового спору на розгляд і вирішення адміністративного суду. Адже обов'язковою умовою виникнення публічно-правового спору є вчинення громадянином юридично значущої дії, спрямованої на вирішення конфліктних публічно-правових відносин, шляхом подання позовної заяви до суду першої інстанції з дотриманням вимог, встановлених КАС України. Варто також наголосити, що адміністративний позов є складовим елементом механізму судового захисту порушеного права громадянина у сфері публічно-правових відносин, оскільки він завжди спрямовується на забезпечення судового захисту порушених прав, свобод та інтересів громадянина (приведення в дію механізму судового захисту через порушення процесуальної діяльності адміністративного судочинства щодо розгляду і вирішення публічно-правового спору по суті), який його пред'являє шляхом подання позовної заяви до суду першої інстанції. Слушною у зв'язку з викладеним нам видається позиція О. А. Беляневич про те, що обов'язковою ознакою позовної форми захисту в адміністративному суді має бути наявність спору про право публічне, тобто спору про права та обов'язки у публічних правовідносинах<sup>22</sup>. Більше того, адміністративний позов як процесуальний засіб судового захисту, на підставі якого відкривається провадження в адміністративній справі щодо захисту порушеного права громадянина у сфері публічно-правових відносин, існує у вигляді позовної вимоги про захист, як предмет судового розгляду, і під час апеляційного та касаційного оскарження рішень суду першої інстанції аж до ухвалення остаточного судового рішення, як акта правосуддя.

При цьому цілком приєднуємося до позиції Ю. С. Педька, який абсолютно слушно підкреслював, що розглядаючи позов як елемент механізму судового захисту прав і свобод слід зазначити, що функціональне призначення позову визначено декількома обставинами:

- співвідношенням адміністративного позову із публічно-правовим спором, на ініціацію вирішення якого він спрямований;
- зв'язком адміністративного позову з адміністративним судочинством, в якому він розглядається, а, отже, і з його завданням – захистом прав і свобод, заінтересованих у цьому суб'єктів публічно-правових відносин;
- кореспондуванням позову з наслідками адміністративного судочинства, тобто судовим рішенням, яке приймається у результаті розгляду ініційованої справи.

Виходячи з цього, вчений цілком влучно виділяє наступне функціональне призначення позову:

- а) забезпечення переходу публічно-правового конфлікту між суб'єктами відповідних публічно-правових відносин у стадію спору, який передається на розгляд адміністративного суду;
- б) ініціювання вступу в дію різних адміністративно-судових засобів захисту прав позивача, наприклад попереднього захисту;
- в) детермінація найважливіших рис адміністративного судочинства у конкретному провадженні: складу його учасників, предмета і спрямованості доказування, розміру судових витрат і т. ін.;
- г) вплив на результати юрисдикційної діяльності адміністративних судів<sup>23</sup>.

Слушно у цьому контексті є також позиція науковців, які обґрунтовано констатують особливість такого захисту, згідно з якою він здійснюється у встановленій адміністративним процесуальним законодавством формі – судовому засіданні, із дотриманням відповідної процедури розгляду публічно-правового спору. Так, судовий захист законних прав та свобод учасників публічно-правових відносин обов'язково супроводжується порушенням адміністративної справи в суді, проведенням підготовчих дій та призначення справи до судового розгляду<sup>24</sup>. Більше того, судовий захист порушених прав, свобод та інтересів громадянина у порядку здійснення адміністративного судочинства забезпечується проведенням адміністративним судом перевірки відповідності рішень, дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень положенням ч. 3 ст. 2 КАС України, а також передбачає дотримання принципів здійснення правосуддя в адміністративних судах (ст. 7 КАС України)<sup>25</sup>. Власне судовий захист здійснюється шляхом визнання або поновлення адміністративним судом порушених прав, свобод та інтересів позивача у сфері публічно-правових відносин, а також ухваленням судового рішення, яким за громадянином визнаються оспорювані права, свободи та інтереси, тобто забезпечується реалізація порушеного права. Адже, як справедливо зазначає А. Т. Комзюк, адміністративне судочинство є засобом судового (примусового) відновлення суб'єктивних публічних прав фізичних і юридичних осіб. Це – засаднича теза, з неї випливає головне завдання адміністративного судочинства, яке можна визначити як здійснювані згідно з адміністративно-процесуальними нормами і в певній процесуальній формі розгляд і вирішення адміністративним судом публічно-правових спорів, віднесених до його компетенції<sup>26</sup>.

Виходячи з викладеного, є підстави вважати, що судовий порядок оскарження неправомірних рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень має безспірні переваги, оскільки: 1) захист прав, свобод та інтересів громадянина гарантується незалежним, безстороннім і справедливим судом, утвореним законом; 2) суворе регламентація процедури розгляду і вирішення адміністративної справи, визначена нормами КАС

України; 3) можливість суду у порядку забезпечення адміністративного позову відповідною ухвалою зупинити дію рішення суб'єкта владних повноважень чи його окремих положень.

Отже, адміністративні суди в Україні є найважливішою інстанцією для забезпечення ефективного, справедливого, неупередженого і своєчасного захисту прав, свобод та інтересів громадянина від порушень з боку суб'єктів владних повноважень у сфері публічно-правових відносин. Оскільки завдяки функціонуванню правозахисного механізму адміністративного судочинства, основним складовим елементом якого є адміністративний позов, забезпечується ефективний судовий захист прав, свобод та інтересів громадянина у сфері публічно-правових відносин, що свідчить про їх пріоритетність для правової держави. Це прояв того, що першочерговим функціональним завданням адміністративного позову як засобу судового захисту прав громадянина у сфері публічно-правових відносин є забезпечення практичної реалізації правової можливості громадянина звернутися до адміністративного суду з метою порушення процесуальної діяльності адміністративного суду щодо захисту своїх прав, свобод та інтересів від порушень з боку суб'єктів владних повноважень. Отже, значення адміністративного позову у системі засобів захисту прав громадянина у сфері публічно-правових відносин зумовлене сутністю адміністративного суду як органу правосуддя, а також підвищеними порівняно із досудовим вирішенням спорів у сфері публічно-правових відносин гарантіями прав учасників судового адміністративного процесу, і як наслідок – підвищеною юридичною силою ухваленого судового рішення порівняно із рішенням адміністративного органу.

<sup>1</sup> Рішення Конституційного Суду України від 9 липня 2002 року № 15-рп/2002 у справі за конституційним зверненням Товариства з обмеженою відповідальністю «Торговий Дім «Кампус Коттон клуб» щодо офіційного тлумачення положення частини другої статті 124 Конституції України (справа про досудове врегулювання спорів) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://search.ligazakon.ua/1\\_doc2.nsf/link1/KS02058.lhtm](http://search.ligazakon.ua/1_doc2.nsf/link1/KS02058.lhtm)

<sup>2</sup> Лученко Д. В. Адміністративне оскарження як механізм захисту прав людини: окремі проблеми розвитку / Д. В. Лученко // Сучасна адміністративно-правова доктрина захисту прав людини: тези доп. та наук. повідомл. учасн. наук.-практ. конф. (м. Харків, 17–18 квітня 2015 р.). – Х.: Право, 2015. – 352 с. – С. 33.

<sup>3</sup> Коломоець Т. О. Альтернативні (позасудові) засоби захисту прав, свобод і законних інтересів приватних осіб у відносинах із суб'єктами публічного адміністрування в Україні / Т. О. Коломоець // Сучасна адміністративно-правова доктрина захисту прав людини: тези доп. та наук. повідомл. учасн. наук.-практ. конф. (м. Харків, 17–18 квітня 2015 р.). – Х.: Право, 2015. – 352 с. – С. 30.

<sup>4</sup> Муза О. В. Теоретичні проблеми адміністративно-процесуальних правовідносин в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.07 / Олег Валентинович Муза. – К., 2016. – 417 с. – С. 298–299.

<sup>5</sup> Рекомендація REC (2001) 9 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам стосовно альтернатив судовому вирішенню спорів між адміністративними органами влади та приватними особами : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://cdms.org.ua/index.php/uk/addressing-public-arguments-mn-ua/mediation-and-negotiation-mn-ua/112-recommendation-rec-2001-9-art-ua.html>

<sup>6</sup> Новий Кодекс адміністративного судочинства України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakona.net.ua/novij-kodeks-administrativnogo-sudochinstva-ukra%D1%97ni-2017/html>

<sup>7</sup> Андрійко О. Ф. До питання еволюції адміністративного права та предмета адміністративно-правового регулювання / О. Ф. Андрійко // Сучасна адміністративно-правова доктрина захисту прав людини: тези доп. та наук. повідомл. учасн. наук.-практ. конф. (м. Харків, 17–18 квітня 2015 р.). – Х.: Право, 2015. – 352 с. – С. 11–12.

<sup>8</sup> Настюк В. Я. Правові позиції щодо розгляду судами справ про порушення митних правил / В. Я. Настюк // Збірник наукових праць «Адміністративне право України: стан і перспективи розвитку»: VI Міжнародна наук.-практ. конференція «Адміністративне право України: стан і перспективи розвитку» (м. Київ, 23–24 вересня 2011 р.) / ред. кол.: О. Ф. Андрійко (голова ред. кол.), В. П. Нагребельний, А. А. Пухтецька (відп. секр.), Л. С. Кисіль, Ю. С. Педько, Н. В. Хорошак, В. А. Дерещь, А. В. Кірмач, Л. В. Люлька. – К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2011. – 600 с. – С. 112.

<sup>9</sup> Виконавча влада і адміністративне право / за заг. ред. Б. Авер'янова. – К.: Видавничий Дім «Ін-Юре», 2002. – 668 с. – С. 220.

<sup>10</sup> Соколенко О. Л. Адміністративне оскарження як форма захисту прав громадян у діяльності правоохоронних органів / О. Л. Соколенко // Науковий вісник Чернівецького університету. – 2012. – Вип. 636 «Правознавство». – С. 83–87. – Серія ПРАВО. – Вип. 31. – Т. 2. – С. 84.

<sup>11</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

<sup>12</sup> Про звернення громадян : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://search.ligazakon.ua/1\\_doc2.nsf/link1/Z960393.html](http://search.ligazakon.ua/1_doc2.nsf/link1/Z960393.html)

<sup>13</sup> Виконавча влада і адміністративне право / за заг. ред. В. Б. Авер'янова. – К.: Видавничий Дім «Ін-Юре», 2002. – 668 с. – С. 194.

<sup>14</sup> Лошицький М. В. Адміністративне оскарження як спосіб захисту прав громадян у діяльності органів публічної адміністрації / М. В. Лошицький // Науковий вісник Ужгородського національного університету, 2015. – С. 146–150. – Серія ПРАВО. – Вип. 31. – Т. 2. – С. 147.

<sup>15</sup> Лученко Д. В. Скарга як процесуальна форма правозахисту в адміністративно-правових відносинах / Д. В. Лученко // Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого» № 1 (16) 2014. – С. 286–293. – С. 292.

<sup>16</sup> Константий О. В. Судова форма захисту як провідний спосіб забезпечення верховенства права та законності у публічно-владних правовідносинах / О. В. Константий // Вісник Вищої ради юстиції. – 2012. – № 1 (9). – С. 33–44. – С. 34.

<sup>17</sup> Про адміністративну процедуру : проект Закону України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://rozvytok.in.ua/law/931>

<sup>18</sup> Резюме до Альтернативного звіту з оцінки ефективності впровадження державної антикорупційної політики / М. І. Хавронюк, І. Б. Коліушко, В. П. Тимошук та ін.; за заг. ред. М. І. Хавронюка. – К.: ФОП Москаленко О. М., 2017. – 60 с. – С. 38.

<sup>19</sup> Мейер Д. И. Русское гражданское право / Д. И. Мейер. – 2-е изд. – М.: Статут, 2000. – 831 с. – С. 224.

<sup>20</sup> Рябченко О. П. Предмет судової адміністративної юрисдикції: проблеми реалізації та шляхи їх вирішення / О. П. Рябченко // Захист прав людини в адміністративному судочинстві: сучасний стан і перспективи розвитку в Україні: зб. матеріалів міжнародної наук.-практ. конференції, призначеної 10-річчю процесуальної діяльності адміністративних судів України (м. Київ, 1–2 жовтня 2015 р.) / за заг. ред. О. М. Нечитайла. – К.: Ваіте, 2015. – 448 с. – С. 72.

<sup>21</sup> Ківалов С. В. Теоретична характеристика функціонального змісту адміністративного судочинства як правозахисного механізму у сфері публічного управління / С. В. Ківалов. – К.: Актуальні проблеми держави і права, 2014. – С. 7–19. – С. 7.

<sup>22</sup> Беляневич О. А. До питання про адміністративний позов / О. А. Беляневич // Вісник Академії правових наук України. – 2012. – № 1 (68). – С. 138–147. – С. 140.

<sup>23</sup> Педько Ю. С. Адміністративний позов і предмет захисту в адміністративному судочинстві / Ю. С. Педько // Часопис Київського університету права. – 2009. – № 4. – С. 155–156.

<sup>24</sup> Пономаренко Г. О. Адміністративна юстиція в Україні: навч. посіб. / Г. О. Пономаренко, А. Т. Комзюк, Р. С. Мельник, В. М. Бевзенко; за заг. ред. А. Т. Комзюка. – К.: Прецедент, 2009. – 198 с. – С. 68.

<sup>25</sup> Кодекс адміністративного судочинства України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 6 березня 2017 р.: (ОФЦ. ТЕКСТ) – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2017. – 216 с.

<sup>26</sup> Комзюк А. Т. Щодо проблем визначення основного завдання адміністративного судочинства України / А. Т. Комзюк // Збірник наукових праць «Адміністративне право України: стан і перспективи розвитку»: VI Міжнародна наук.-практ. конференція «Адміністративне право України: стан і перспективи розвитку» (м. Київ, 23–24 вересня 2011 р.) / ред. кол.: О. Ф. Андрушко (голова ред. кол.), В. П. Нагребельний, А. А. Пухтецька (відп. секр.), Л. Є. Кисіль, Ю. С. Педько, Н. В. Хорошак, В. А. Дерещ, А. В. Кірмач, Л. В. Люлька. – К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2011. – 600 с. – С. 97.

#### Резюме

**Поворознюк М. І. Адміністративний позов у системі засобів захисту прав громадянина у сфері публічно-правових відносин.**

Стаття присвячена характеристиці адміністративного позову в системі засобів захисту прав громадянина у сфері публічно-правових відносин. Виокремлено ознаки адміністративного позову і адміністративної скарги, які є спільними для цих засобів захисту прав громадянина, а також ознаки, що відображають своєрідність адміністративного позову як засобу захисту прав громадянина у сфері публічно-правових відносин.

**Ключові слова:** адміністративний позов, адміністративна скарга, сфера публічно-правових відносин.

#### Резюме

**Поворознюк М. И. Административный иск в системе средств защиты прав гражданина в сфере публично-правовых отношений.**

Статья посвящена характеристике административного иска в системе средств защиты прав гражданина в сфере публично-правовых отношений. Выделены признаки административного иска и административной жалобы, которые являются общими для этих средств защиты прав гражданина, а также признаки, отражающие своеобразие административного иска как средства защиты прав гражданина в сфере публично-правовых отношений.

**Ключевые слова:** административный иск, административная жалоба, сфера публично-правовых отношений.

#### Summary

**Povoroznyuk M. Administrative lawsuit in the system of means to protect the rights of citizens in the field of public relations.**

The article is devoted to the description of an administrative suit in the system of means of protecting the rights of a citizen in the sphere of public legal relations. The signs of an administrative suit and administrative complaint that are common to these means of protecting the rights of a citizen, as well as signs that reflect the specific nature of an administrative claim as a means of protecting the rights of a citizen in the sphere of public legal relations, are singled out.

**Key words:** administrative lawsuit, administrative complaint, sphere of public legal relations.

УДК 347.1

**В. К. АНТОШКІНА**

*Валерія Костянтинівна Антошкіна, кандидат  
юридичних наук, доцент ДВНЗ «Університет бан-  
ківської справи»*

### **ВИКОРИСТАННЯ ЗВИЧАЇВ ДІЛОВОГО ОБОРОТУ В ПРОЦЕСІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ТЛУМАЧЕННЯ**

Останнім часом можемо помітити зростання інтересу серед дослідників до теми визначення звичаю як особливої форми права та його застосування в цивільному праві. В основному такий інтерес обумовлений кодифікаціями цивільного законодавства колишніх радянських республік, що відбулися в пострадянський період, і «відновленням в правах» звичаю як джерела цивільного права<sup>1</sup>, що значною мірою стало даниною правовим традиціям досоціалістичного минулого. Звичай зберігав в СРСР деяку значущість лише тією мірою, якою він був потрібний або корисний для тлумачення і застосування *закону* (*consuetudo secundum legem*), або в тих нечисленних випадках, коли сам закон посилав до звичаю, відводячи йому певну сферу. Отже, відсутність значної усталеної практики застосування таких звичаїв викликає багато питань у суб'єктів цивільного права, тому поява більшої кількості досліджень, які зможуть розкрити різні сторони і можливості використання звичаїв ділового обороту, є своєчасним і актуальним.

Серед правознавців, які включали в сферу своїх наукових інтересів дослідження застосування звичаю, в тому числі ділового обороту, можемо відзначити І. Б. Новицького, І. Б. Усенка, А. І. Поротикова, Н. Є. Толкачову, А. Р. Майданика, І. А. Діковську.

Разом із тим саме аспект використання звичаїв ділового обороту в процесі цивільно-правового тлумачення майже не висвітлюється у працях зазначених авторів, саме тому цей момент згаданої проблематики буде досліджуватися в рамках статті, що й становитиме її мету.

Серед звичаїв найбільшого поширення набули звичаї ділового обороту. Вони є звичаями, що склалися і широко вживані у сфері підприємницької (господарської) діяльності, тобто торгові звичаї в їх класичному, традиційному розумінні. Лише такі звичаї за прямою вказівкою цивільного закону застосовуються, по суті, в якості правової норми до регульованих ними відносин (за наявності умов, передбачених ст. 7 ЦК України), а також враховуються судом при тлумаченні умов договору (ст. 630 ЦК України). Законодавець, очевидно, розраховував на те, що у міру розвитку професійного (підприємницького) обороту в умовах дії принципу свободи договору роль торгових звичаїв зростатиме.

Також варто зазначити, що визнання звичаю ділового обороту в якості джерела права жодною мірою не підриває монополію держави на нормотворчість, оскільки держава визначає вимоги до звичаю, закріплює в законі можливість регулювання цивільних правовідносин за допомогою правового звичаю, тобто санкціонує його застосування.

Головною умовою застосування звичаю ділового обороту як джерела господарського договірної права є відсутність у законодавстві норм, які б регулювали відповідні господарські відносини. Сфера застосування звичаю ділового обороту обмежується лише майново-господарськими та організаційними відносинами за участю суб'єктів господарювання, які знаходяться у стані рівності<sup>2</sup>.

У якості характерних ознак звичаїв ділового обороту слід виокремити такі:

- постійність правила поведінки, що сформувалося;
- широке застосуванням правил до великого кола учасників цивільних відносин;
- застосування обмежується рамками підприємницької (господарської) діяльності;
- правило не передбачене законодавством;
- правило не обов'язково зафіксоване в певному документі.

За відсутності єдиної думки про ознаки правових звичаїв ключовим слід вважати державне санкціонування, що перетворює одноманітне й стійке правило на норму права, яке забезпечується відсиланням прави-

ла нормативно-правового акта до звичаю. Отже, предмет санкціонування – не сам звичай, а можливість його використання. При цьому правове значення звичаю повністю залежить від статусу закону – звичай обов'язковий, поки не скасований закон, який санкціонує його використання.

Звичаї відрізняються від норм цивільного права специфічними ознаками. Найбільш суттєві з них такі:

1. Норма права виходить від держави і є офіційним вираженням державної волі, звичай ділового обороту – правило поведінки, що склалося і широко використовується в певній сфері діяльності.
2. Норма цивільного права відрізняється формальною визначеністю – видається або санкціонується державою і виражається в тій або іншій встановленій або такій, що визнається нею, формі; звичай ділового обороту не має формальної визначеності – не передбачений законодавством, не обов'язково зафіксований в якому-небудь нормативному документі.
3. На відміну від норм цивільного права можливе існування звичаю і за відсутності його письмової форми.
4. У звичайному правилі практично завжди відсутня чітко виражена нормативна структура цивільно-правової норми (гіпотеза, диспозиція, санкція).

Свого часу І. Б. Новицький, аналізуючи звичаї цивільного обороту, визначав їх як устої, які нормують різні питання і відносини, що виникають в обороті; як соціальні норми, що належать прямо до обороту, правила і звичаї, що склалися разом із правовими, для регулювання цих відносин, за допомогою яких як критеріїв, що стоять поза законом, буде досягнута еластичність норм і звільнення цивільного права від казуїстичності<sup>3</sup>.

Правові звичаї є додатковим формально-юридичним джерелом права, що застосовується у випадках: 1) прогалини у позитивному праві за умови «мовчазної згоди» влади; 2) відсилання закону до звичаю; 3) прийняття на підставі звичаю судового чи адміністративного рішення<sup>4</sup>.

Вітчизняне цивільне право надає значення джерела права звичаям, що склалися у сфері зобов'язальних відносин. Так, відповідно до ч. 1 і 2 ст. 7 ЦК України «цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема, звичаєм ділового обороту. Звичай, що суперечить договору або актам цивільного законодавства, в цивільних відносинах не застосовується».

Родове поняття звичаю міститься в ст. 7 ЦКУ: «Звичаєм є правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин». Виходячи з цього, звичай ділового обороту можна визначити як правило, що склалося в певній сфері господарської (підприємницької) діяльності, в результаті його постійного і однакового застосування (повторення), що забезпечується авторитетом учасників цієї діяльності та сприймається ними як обов'язкове для дотримання в цій сфері.

Можливість застосування звичаїв ділового обороту до господарських відносин в Господарському кодексі України прямо не передбачена. Проте вона виходить зі змісту окремих норм Господарського кодексу України, зокрема, ч. 1 ст. 175 ГКУ встановлює, що майнові зобов'язання, які виникають між суб'єктами господарської діяльності, регулюються Цивільним кодексом з урахуванням особливостей, встановлених Господарським кодексом, отже, і нормами ст. 7 ЦК України. Крім того, виходячи зі змісту окремих норм ГК України, суб'єкти підприємницької діяльності можуть слідувати і таким сталим моделям поведінки, які стали звичайними.

Наприклад, згідно з ч. 1 ст. 199 ГК України за згодою сторін можуть застосовуватися такі види забезпечення виконання зобов'язання, які не суперечать закону і зазвичай використовуються в господарському (діловому) обороті; згідно з ч. 3 ст. 268 ЦК України за відсутності в договорі умови про якість товарів, що поставляються, вона може визначатися згідно із звичайним рівнем якості для предмета договору або загальних критеріїв якості; ч. 1 ст. 269 ЦК містить вказівку на звичайне приймання поставлених товарів; на звичайний спосіб приймання виконаних за договором підряду на капітальне будівництво робіт вказується в ч. 3 ст. 322 ЦК.

Отже, у регулюванні договірних відносин звичаї мають певне значення: за відсутності тієї або іншої умови в договорі встановлюються правила, які зазвичай застосовуються в аналогічних випадках.

Формування звичаїв ділового обороту має об'єктивний характер. Цей процес не визначається діяльністю якого-небудь одного певного суб'єкта правотворчості. Можна сказати, що усі суб'єкти ділового обороту, що приймають звичайне прийняте в практиці ділових відносин правило за обов'язкове, є суб'єктами правотворчості щодо ділових звичаїв.

Отже, тлумачення із застосуванням звичаїв є обов'язковим лише в тих межах, в яких визнається сила юридичних звичаїв суб'єктом тлумачення. З урахуванням зазначених особливостей та відмінностей звичаїв ділового обороту вони повинні вважатися джерелом права в процесі тлумачення.

Щодо використання звичаїв ділового обороту при комплексному тлумаченні, то слушною нам вважається позиція Л. Л. Чантурія<sup>5</sup>. Якщо волевиявитель, так само як і адресат волевиявлення, відносяться до однієї і тієї ж групи ділових кіл, то у такому разі адресат волевиявлення може вказати, що висловлені щодо нього слова він зрозумів так, як це прийнято в цих колах. Таке розуміння буде обов'язковим для волевиявителя незалежно від того, чи знав він про існування цього порядку. Головне, щоб волевиявитель належав до цієї категорії ділових кіл. Хоча це не унеможливило спростування помилкового волевиявлення.

Слід звернути увагу на існування певних особливостей тлумачення, частина з яких визначена на законодавчому рівні, зокрема ст. 637 ЦК України. Так при тлумаченні умов договору можуть враховуватися також типові договори і типові умови, передбачені для певних видів договорів. Необхідно також зазначити, що і типові договори, і типові умови можуть використовуватися при тлумаченні навіть у тому випадку, якщо правочин, котрий піддається тлумаченню, не містить посилання на них. Стаття 630 ЦК України передбачає:

якщо у договорі не містяться посилання на типові умови, такі умови можуть застосовуватися як звичай ділового обороту.

Як і при тлумаченні односторонніх правочинів, у разі суперечок між сторонами щодо змісту двостороннього або багатостороннього правочину, можна використати типові умови як звичай ділового обороту, що повинні відповідати нормі ст. 7 ЦК України (не суперечити змісту і умовам договору або нормам цивільного законодавства).

Також є цікавим досвід інших країн, таких як Франція, Канада, Німеччина, Швейцарія, Іспанія, Молдова, Казахстан, що передбачають у цивільному законодавстві можливість застосування звичаїв для регулювання окремих відносин сторін, в тому числі й при тлумаченні. Наприклад, у нормах Швейцарського цивільного укладення в ст. 1 зазначено: «Закон застосовується до усіх правових питань, відносно яких він, по букві і тлумаченню, містить постанову. Якщо в законі не може бути знайдена відповідна постанова, то суддя повинен вирішити справу на підставі звичаєвого права, а за відсутності такого – за правилом, яке він встановив би в якості законодавця. При цьому він наслідую вказівки науки і практики»<sup>6</sup>.

Проте відсутність норми про особливості застосування звичаїв ділового обороту до спірних відносин між суб'єктами підприємницької (господарської) діяльності в Україні викликає питання, чи повинен суд знати звичай або його існування має бути доведено тією стороною, яка на нього посилається. Зокрема, в літературі було висловлено думку про те, що надання звичаю статусу повноцінного джерела права вимагає перетворення права суду застосовувати звичай на його обов'язок<sup>7</sup>.

Якщо ж провести історичні паралелі та віднайти приклади стосовно застосування звичаю при тлумаченні в законодавстві, що діяло на наших теренах до становлення й утвердження соціалістичного права, то за часів судової реформи 1864 р. суддям було дозволено застосування норм звичаєвого права безвідносно до стану сторін, якщо в праві існувала прогалина і хоча б одна із сторін посилалася на звичай. Законом від 15 червня 1912 р. це правило поширювалося на суди вищого рівня. Торгові суперечки всі суди при повноті закону повинні були вирішувати на підставі звичаєвого права. У справах про торговельні поклажі та при тлумаченні договорів норми звичаєвого права мали переважне значення порівняно з нормативними актами. При цьому обов'язок доведення існування звичаю покладалася на ту сторону, яка обґрунтовує ним свої права. Це видається цілком логічним і може бути частково застосовуване в наш час.

Отже, у різних системах права неоднозначне значення надається закону і звичаю у судовій практиці, доктрині. Так, вітчизняні уявлення про ієрархію різних джерел права непридатні до інших країн; методи і міркування, використовувані юристами для встановлення норм права і розвитку права в цілому, дуже різноманітні. Одна система може носити релігійний характер, і ніякий законодавець не може змінювати норми такого права. У інших країнах закони – лише модель, яку вважають можливим порушувати, якщо того вимагає звичай. В інших країнах судовому рішенням надається значення, що виходить за рамки цього процесу.

Найбільш яскравим та повним прикладом висвітлення питань тлумачення в міжнародних документах є правила тлумачення міжнародних термінів – Інкотермс, які є приватною неофіційною кодифікацією міжнародних торгових звичаїв. Уперше опубліковані в 1936 р. як збірка тлумачень торгових звичаїв, що найчастіше зустрічаються.

Дані терміни склалися в міжнародній практиці протягом тривалого часу і нарешті отримали статус звичаїв у міжнародній торгівлі. Проте у законодавстві різних країн, а іноді й у портах однієї країни, мали місце суттєві розходження щодо змісту торгових термінів. Тому для уніфікації зовнішньоторгового обігу Міжнародна торгова палата розробила Інкотермс, що дало змогу закріпити однакові правила тлумачення термінів, найчастіше вживаних у зовнішній торгівлі. У ч. 4 ст. 265 ГК України якраз міститься положення, що сторони для визначення умов договорів поставки мають право використовувати відомі міжнародні звичаї, рекомендації, правила міжнародних органів та організацій, якщо це не заборонено прямо або у виключній формі Кодексом чи законами України. Це редакція статті від 2012 р., у іншій редакції тут містилася вказівка на те, що всі договори поставки повинні укладатися відповідно до вимог Міжнародних правил щодо тлумачення термінів INCOTERMS. І, як ми бачимо, дана норма набула значень та формулювань, що більшою мірою відповідають основним принципам цивільного права та мають більш широке значення.

Також у сучасній міжнародній торгівлі широко використовуються правила, що містяться в розроблених паризькою Міжнародною торговою палатою Уніфікованих правилах і звичаях для документарних акредитивів, Уніфікованих правилах по інкасо та ін. Вони є неофіційною систематизацією звичаїв і юридичне значення набувають лише для конкретного договору у разі посилання на них контрагентів. Лише деякі з них в силу великої поширеності через спеціальне рішення можуть набути властивості торгових звичаїв, обов'язкових для застосування.

Таким чином, цивільно-правовим законодавством не передбачена пряма можливість застосування звичаїв при розгляді цивільних справ. За відсутності норми, що безпосередньо регулює відносини, стосовно яких виникла суперечка, суд застосовує закон, який регулює схожі за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого суд виходить із загальних засад законодавства. Правило ст. 7 ЦК України про можливість регулювання цивільних відносин звичаями, у тому числі звичаями ділового обороту, не має відповідного поширення в процесуальному законодавстві України. Вітчизняні та закордонні правознавці дають різні оцінки значення звичаю для регулювання цивільних відносин та щодо їх застосування в процесі тлумачення цивільно-правових норм, тому дана тематика залишається актуальною для подальших досліджень.



<sup>1</sup> Поротиков А. И. Обычай в гражданском обороте. Обычай в праве: сб. / А. И. Поротиков. – СПб.: Юрид. центр Прес, 2004. – С. 201–380; Толкачова Н. Є. Звичаєве право / Н. Є. Толкачова. – К.: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2005. – 367 с.

<sup>2</sup> Стрілець О. М. Звичаї ділового обороту як особлива форма права / О. Стрілець : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://enpuir.npu.edu.ua/bitstream/123456789/7378/1/Strilets.pdf>

<sup>3</sup> Новицкий И. Б. Обычаи гражданского оборота в проекте обязательственного права / И. Б. Новицкий // Избранные труды по гражданскому праву: в 2-х т. – М.: Статут, 2006. – Т. 1. – С. 58, 60.

<sup>4</sup> Майданик Р. Правовий звичай як джерело цивільного права / Р. Майданик : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravoznavec.com.ua/period/article/14043/%D0>

<sup>5</sup> Чантурия Л. Л. Понятие сделки. Толкование сделок / Л. Л. Чантурия // Юрист. – 2006. – № 3 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://journal.zakon.kz/203825-sdelka-i-voleizjavlenie-v-grazhdanskom.html>

<sup>6</sup> Діковська І. А. Правовий звичай як джерело регулювання цивільних відносин за правом окремих країн / І. А. Діковська // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2015. – Вип. 32. – Т. 2. – С. 29–31. – (Серія «Право»).

<sup>7</sup> Смітюх А. В. Звичаї як джерело права в контексті нового законодавства України (перспективи застосування господарськими судами) / А. В. Смітюх // Вісник господарського судочинства. – 2004. – № 1. – С. 347.

#### Резюме

##### **Антошкіна В. К. Використання звичаїв ділового обороту в процесі цивільно-правового тлумачення.**

У статті автором наведено поняття та характерні ознаки звичаїв ділового обороту, які відрізняють їх від інших джерел цивільного права. Визначено ознаки, за якими вони відрізняються від норм цивільного права. Проаналізовано випадки, коли цивільне право надає значення джерел права звичаям. У роботі порушено питання щодо застосування звичаїв ділового обороту судом для вирішення спірних питань. Наводяться історичні паралелі використання таких звичаїв у процесі тлумачення в цивільному праві.

**Ключові слова:** звичаї, звичаї ділового обороту, цивільне право, джерела права, цивільно-правове тлумачення.

#### Резюме

##### **Антошкіна В. К. Использование обычаев делового оборота в процессе гражданско-правового толкования.**

В статье автором приведены понятие и характерные признаки обычаев делового оборота, которые отличают их от других источников гражданского права. Определены признаки, по которым они отличаются от норм гражданского права. Проанализированы случаи, когда гражданское право придает значение источника права обычаям. В работе поднимаются вопросы применения обычаев делового оборота судом для решения спорных вопросов. Приводятся исторические параллели использования таких обычаев в процессе толкования в гражданском праве.

**Ключевые слова:** обычаи, обычаи делового оборота, гражданское право, источники права, гражданско-правовое толкование.

#### Summary

##### **Antoshkina V. Customary business practices use in civil interpretation.**

In the article, the author presents the concept and differential characteristics of business practices, which distinguish them from other sources of civil law. The distinguishing characteristics upon which they differ from provisions of the civil law are identified. The cases when the civil law gives the meaning of sources of law to the customs. The paper raises the issue on the application of customary business practices to resolve disputed issues. The historical parallels of the use of such customs in the process of interpretation in civil law are presented.

**Key words:** customs, customary business practices, civil law, sources of law, civil law interpretation.

УДК 347.9

**Х. А. ДЖАВАДОВ**

*Хикмет Аловсат оглы Джавадов, кандидат юридических наук, научный сотрудник Института государства и права им. В. М. Корецкого НАН Украины*

## **ОБЯЗАННОСТЬ ОТВЕТЧИКА ПРЕДСТАВИТЬ ОТЗЫВ НА ИСКОВОЕ ЗАЯВЛЕНИЕ КАК СПОСОБ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ЭФФЕКТИВНОСТИ ГРАЖДАНСКОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА**

Современный гражданский процесс требует применения всех доступных средств для обеспечения эффективности судопроизводства. В этом контексте особенно важна стадия подготовки дела к судебному рассмотрению, создающая условия для правильного и своевременного рассмотрения дела. Однако, полноценная подготовка дела к судебному рассмотрению возможна лишь при участии всех заинтересованных лиц. В частности, движение гражданского дела в силу действия принципов состязательности и диспозитивности непосредственным

образом связано с процессуальным поведением ответчика. Поскольку целью стадии подготовки является установление позиций сторон и создание условий для рассмотрения и разрешения спора, первоочередное значение для подготовки дела к судебному рассмотрению приобретает реакция ответчика на исковое заявление.

Проблемы представления ответчиком возражений либо отзыва на иск рассматриваются в работах таких ученых, как Т. М. Алферова, О. Г. Братель, И. С. Комаров, О. С. Снидевич, И. В. Решетникова, Н. М. Трашкова и многих других авторов. В то же время, не все вопросы исследованы в полной мере, а развитие законодательства и судебной практики актуализирует новые проблемы. В частности, целью этой статьи является исследование потенциала установления обязанности ответчика представить отзыв на иск как способа обеспечения эффективности гражданского судопроизводства.

Еще Е. В. Васьковский отмечал, что ответчик может отнестись к требованию истца трояким образом. Во-первых, он может признать исковое требование или фактические обстоятельства, на которых оно основано, правильными. Во-вторых, ответчик волен не предпринимать никаких решительных действий в свою защиту: не возражать против иска ни устно, ни письменно и не явиться в заседание суда. В-третьих, ответчик может защищаться против иска<sup>1</sup>. Это утверждение, описывающее варианты поведения ответчика, актуально и на сегодняшний день.

Важное значение имеют сроки и форма доведения информации о позиции ответчика до сведения суда и других лиц, участвующих в деле. Полагаем, что эффективному проведению подготовки дела к судебному рассмотрению значительно способствовало бы своевременное и четкое заявление ответчика о своей позиции. В такой ситуации суд имеет возможность спланировать, организовать и провести все необходимые процессуальные действия подготовительного характера, соответствующие избранной ответчиком модели поведения. Как представляется, среди приведенных выше трех вариантов поведения ответчика в этом плане наиболее проблемным для суда является молчание ответчика, который никаким образом не проявляет своей реакции на исковое заявление.

При отсутствии какой-либо реакции со стороны ответчика у суда могут возникнуть сомнения в том, что ответчик действительно получил копию искового заявления, а не имели место какие-либо ошибки либо манипуляции. Суд не может быть уверен в том, что ответчик не пребывает в состоянии, которое в будущем даст ему возможность оспорить судебное решение и добиться его отмены, например, не находится на стационарном лечении. Непонятно, является ли молчание ответчика сознательной его позицией, или результатом ситуативного стечения обстоятельств. Особую актуальность приобретают эти вопросы в сегодняшних реалиях, когда проблемы вручения судебной корреспонденции значительны. На фоне объективных сомнений, связанных с молчанием ответчика, существует значительное количество случаев, в которых молчание ответчика является способом сокрыть истину, избежать вынесения ожидаемого судебного решения в пользу истца либо отсрочить его. В таких случаях молчание ответчика нередко соединяется с уклонением от получения судебной корреспонденции. Необходимость размежевания злоупотреблений, объективных обстоятельств и сознательной позиции ответчика существенно затрудняет подготовку дела к судебному разбирательству.

Ученые и практики говорят о том, что исполнение обязанности по обмену состязательными бумагами наиболее влияет на правильность и своевременность разрешения дела, сказывается на ходе всего процесса<sup>2</sup>. Также указывают на то, что стороны зачастую не слишком беспокоятся о своем деле, предоставляя решение этих вопросов суду. Суды же под страхом отмены судебных актов упорно добиваются от недобросовестной стороны представления отзывов и доказательств, подтверждающих требования, тем самым нарушая права другой стороны<sup>3</sup>. Отмечают и то, что обмен состязательными бумагами влечет не только предупреждение злоупотреблений властью судом, но и предоставление возможности выяснения наиболее полно обстоятельств дела<sup>4</sup>. С такими замечаниями сложно не согласиться.

В литературе также говорится о том, что знания сторон о позициях друг друга позволяют усиливать их активность по распоряжению их процессуальными правами<sup>5</sup>. Поддерживая это утверждение, заметим, что отсутствие реакции ответчика на исковое заявление искажает действие принципа состязательности, так как фактически в деле принимает участие лишь одна сторона. Настоящая состязательность возможна лишь в ситуации деятельности двух сторон перед лицом независимого суда. При фактическом отсутствии какой-либо процессуальной деятельности со стороны ответчика актуализируются проблемы установления предела зависимости судебного решения от активности сторон. Поэтому мы считаем, что для проведения эффективной подготовки дела к рассмотрению в контексте достижения не только индивидуальных, но и общих целей гражданского судопроизводства крайне важно уменьшить количество ситуаций, в которых ответчик не проявляет никакой реакции на исковое заявление. Такой подход направлен на обеспечение реальной состязательности, стабильности будущего судебного решения, истинности судебного познания.

В действующем законодательстве предусмотрено лишь право ответчика подать письменные возражения против иска (ст. 128 ГПК).

В Проекте Закона о внесении изменений в Хозяйственный процессуальный кодекс Украины, Гражданский процессуальный кодекс Украины, Кодекс административного судопроизводства Украины и другие законодательные акты № 6232 (далее – Проект № 6232)<sup>6</sup> предлагается ввести понятие отзыва на исковое заявление. Наряду с исковым заявлением, ответом на отзыв, возражением, объяснением третьего лица относительно иска или отзыва, отзыв отнесен к категории заявлений по сути дела (ст. 175 Проекта № 6232). Однако, следует заметить, что непосредственно Проект № 6232 не квалифицирует представление отзыва в качестве обязанности ответчика, а предлагаемая редакция норм неоднозначна.

Термин «отзыв на исковое заявление», по нашему мнению, более удачен чем «возражения против иска» для обозначения составительной бумаги, которая по сути своей может содержать как возражения, так и отрицание, и частичное признание исковых требований.

В науке вопрос о том, должно ли представление отзыва быть правом либо обязанностью ответчика, решается неоднозначно. Например, А. Г. Братель полагает, что представление ответчиком в суд возражения против иска является действием диспозитивного характера, поэтому является правом, а не обязанностью<sup>7</sup>. Я. Я. Мельник считает представление письменных возражений против иска обязанностью ответчика<sup>8</sup>. Т. М. Алферова приходит к выводу о том, что в соответствии с действующим законодательством представление возражений на иск является правом ответчика, однако, говорит о том, что для судебной практики было бы лучше, если бы суд имел право обязать ответчика представить письменные возражения на иск с указанием и представлением доказательств, подтверждающих основания возражений<sup>9</sup>.

Представляется, что проблема установления обязанности представить отзыв на исковое заявление является частным случаем более общего вопроса, и разрешаться должна исходя и общего подхода к правовому статусу сторон в гражданском судопроизводстве и пониманию их процессуальных обязанностей. Проблемы процессуальных обязанностей рассматриваются в работах С. С. Бычковой, Я. Я. Мельника, И. В. Решетниковой, И. В. Стасюка и других авторов, однако, не получают единого понимания в науке, и все еще вызывают множество разногласий. Среди разнообразия сформированных в науке мнений, в контексте исследуемой нами проблемы мы принимаем за основу позицию, изложенную И. В. Стасюком, который считает, что целью установления процессуальных обязанностей является обеспечение эффективного процессуального сотрудничества участников процесса. Установление процессуальных обязанностей также позволяет лицам, участвующим в деле, планировать свои действия в рамках рассматриваемого дела, а также прогнозировать действия других лиц, участвующих в деле, и суда<sup>10</sup>.

По нашему мнению, для процессуальных отношений определяющее значение имеет не столько доктринальная квалификация определенного положения как права или обязанности, или редакция соответствующей законодательной формулировки, сколько процессуальное значение действия (в данном случае – представления отзыва) а также характер последствий, наступающих в случае его несовершения. Именно в этих аспектах непосредственно воплощается сущность рассматриваемого положения, от них напрямую зависит его реализация. Вполне справедливо ученые акцентируют внимание на том, что само по себе установление правила о представлении ответчиком отзыва на иск, не подкрепленного ответственностью за несовершение данных действий, приводит к игнорированию этой обязанности или нарушению сроков ее исполнения<sup>11</sup>.

В литературе подчеркивается, что исполнение процессуальных обязанностей обеспечивается двумя основными способами: а) средствами государственного принуждения; б) угрозой неблагоприятных последствий для лиц, участвующих в деле, в виде ограничения возможности защитить нарушенное или оспоренное право, которые не носят характера принуждения<sup>12</sup>. Оба эти способа используются на практике для обеспечения исполнения обязанности ответчика представить отзыв.

В гражданском судопроизводстве Англии существует правило, в соответствии с которым, если ответчик письменные возражения не представит, по ходатайству истца против него может быть вынесено заочное решение (ч. 15.3 ПГС)<sup>13</sup>.

В ГПК Латвии установлены штрафы за каждое действие (бездействие) участника гражданского процесса (ст. 150). Невыполнение ответчиком даже «формальной процессуальной обязанности», предусмотренной ГПК Литвы, представляется суду как «нереализация обязанности стороны содействовать процессу», что влечет право суда не только наложить на незаконноуправляющего участника штраф, но и отказать в принятии дополнительных доказательств, вынести заочное решение и т.д.<sup>14</sup>.

Аналогичные механизмы предлагает и перспективное законодательство. Толкование ст. ст. 149, 179 Проекта № 6232, несмотря на то, что редакции норм вызывают некоторые вопросы, свидетельствует о том, что предлагается установление ответственности в виде штрафа в случае непредставления ответчиком отзыва на исковое заявление.

Однако, ученые отмечают недостаточную эффективность принудительных мер. Например, И. В. Стасюк приходит к выводу о том, что меры государственного принуждения (штрафы, удаление из зала судебного заседания) носят вспомогательный характер для обеспечения исполнения обязанностей лиц, участвующих в деле, поскольку широкое применение этих мер само по себе не приводит к обеспечению основной цели судопроизводства – защите нарушенных и оспоренных прав<sup>15</sup>. Поэтому следует обратить пристальное внимание на другие меры, за счет которых обеспечивается исполнение обязанности представить отзыв на исковое заявление.

В частности, в дореволюционной России, согласно Уставу гражданского судопроизводства 1864 г., применялся следующий подход: если ответчик не направлял отзыв на иск, то истец был вправе просить суд рассмотреть дело в упрощенном порядке<sup>16</sup>.

Некоторые авторы говорят о целесообразности лишения ответчика права представлять доказательства после подготовительной стадии в качестве меры ответственности за непредставление письменного отзыва<sup>17</sup>.

Однако, наиболее эффективными, как и наиболее дискуссионными, являются санкции, связанные с приданием определенного значения факту непредставления ответчиком отзыва на исковое заявление в контексте доказанности исковых требований.

И. В. Решетникова говорит о том, что при обмене состязательными документами (подача иска, отзыв на иск и пр.) возможно введение нормы, согласно которой непредставление отзыва на иск или отсутствие в отзыве возражений расценивается как признание иска полностью или в части. Однако, принимая во внимание то, что для признания иска необходимо активное волеизъявление ответчика, приходит к выводу о том, что непредставление отзыва на иск стоит рассматривать как признание фактов, но не как признание иска<sup>18</sup>.

Р. В. Зайцев полагает, что непредставление отзыва на иск свидетельствует об отсутствии у ответчика возражений. В отсутствие возражений оппонента объяснений стороны может быть вполне достаточно для того, чтобы суд посчитал установленными обстоятельства, на которые она ссылается в своих объяснениях. Соответственно, последствия неисполнения обязанности представить отзыв на иск следует рассматривать в плоскости того, что обязанность по доказыванию считается исполненной через представление соответствующих объяснений<sup>19</sup>.

Анализируя представленные в науке мнения, принимая во внимание различные варианты нормативного решения проблемы, мы приходим к выводу о том, что обеспечение обязанности представления отзыва на иск и ответственность за ее неисполнение должны соответствовать тем факторам, которые обуславливают ценность отзыва ответчика на исковое заявление для судопроизводства.

Отзыв на исковое заявление необходим, прежде всего, для того, чтобы суд и лица, участвующие в деле знали о позиции ответчика. Для истца и других лиц, участвующих в деле, знание позиции ответчика дает возможность полноценно возразить – корректировать свои требования, подать действительно необходимые доказательства, указать имеющие значение обстоятельства и т.д. Суд получает возможность услышать вторую сторону, ее факты, аргументы, доказательства. Спор утрачивает одностороннюю окраску, неизбежную при рассмотрении только искового заявления. Также расширяются возможности суда по принятию мер, направленных на своевременное вступление заинтересованных лиц в дело. Рассмотрение дела будет более полным, объективным и своевременным.

Отзыв ответчика позволяет на ранних этапах судопроизводства достичь некоторой степени определенности в том, что именно является спорным и по каким основаниям. Отсутствие отзыва приводит к тому, что эта определенность не достигается. Поэтому, полагаем, что следует установить такие последствия непредставления отзыва, которые обеспечивали бы для суда и лиц, участвующих в деле, тот же уровень определенности. По нашему мнению, это достигается в том случае, когда непредставление отзыва ответчиком воспринимается судом как свидетельство признания им иска. Что касается штрафных санкций, то мы не считаем возможным превращение гражданского судопроизводства в способ пополнения бюджета. Возложение штрафов, тем более имеющее столь широкую сферу применения как то предусмотрено Проектом № 6232, как раз и представляет собой существенную угрозу принципу диспозитивности, поскольку таит в себе угрозу искажения движущих мотивов поведения участников судопроизводства.

Таким образом, по нашему мнению, в случае, если ответчик отзыв не представит, суду следует при рассмотрении и разрешении дела руководствоваться правилами, применяемыми при признании иска, т.е. удостовериться, не противоречит ли признание иска закону и не нарушает ли оно прав, свобод либо интересов других лиц. Кроме того, представление в суд ответчиком доказательств следует также обусловить представлением отзыва. Иначе говоря, доказательства, представленные ответчиком без отзыва на исковое заявление не должны приниматься судом. Такой подход непосредственно направлен на обеспечение эффективности гражданского судопроизводства, ибо позволит суду и лицам, участвующим в деле, на стадии подготовки дела к рассмотрению установить спорные обстоятельства, отделить их от обстоятельств, которые сторонами не оспариваются. Также будет более точно определен и объем доказательств, подлежащих исследованию в дальнейшем.

Организация гражданского судопроизводства есть дело крайне важное для всего общества, требующее немалых затрат, которые в значительной мере ложатся на плечи налогоплательщиков. Чрезмерным расточительством было бы игнорирование возможности увеличения вероятности достижения целей судопроизводства и сокращения затрат на него, предоставляемой за счет установления процессуальной обязанности для отдельных лиц, участвующих в деле. Кроме того, заметим, что тактика умалчивания и уклонения от получения судебной корреспонденции и от явки в суд свойственна, прежде всего, недобросовестным должникам.

Подводя итог, мы приходим к следующим выводам. Полноценная подготовка дела к рассмотрению, являющаяся существенным условием эффективности гражданского судопроизводства, требует установления в законодательстве и реализации на практике мер, направленных на своевременное установление позиции ответчика по поводу заявленного иска. Представление в суд документа, отображающего позицию ответчика, является важнейшим элементом обмена состязательными бумагами – процедуры, на данный момент не реализованной в Украине, однако зарекомендовавшей себя в мировой практике. Учитывая тенденции развития теории гражданского процесса и перспективы реформирования законодательства, следует прийти к выводу о постепенном формировании основных черт данной процедуры и в отечественном гражданском судопроизводстве. Особое значение данная процедура имеет для обеспечения эффективности гражданского судопроизводства, так как она позволяет на ранних этапах судопроизводства достичь некоторой определенности в спорных отношениях, отделить спорные вопросы от бесспорных, установив суть требований и возражений сторон. Обозначение ответчиком своей позиции по иску также крайне важно для реализации состязательности в процессе, истинности судебного познания, стабильности будущего судебного решения. Попытка подобного регулирования предпринята в Проекте № 6232. Однако, она не может считаться полностью успеш-

ной, так как обеспечение исполнения обязанности ответчика представить отзыв на исковое заявление предложено за счет штрафных санкций, в то время как природе гражданских процессуальных отношений более отвечают меры, реализующиеся в плоскости спорных отношений между сторонами. Поэтому мы считаем более соответствующим правило, по которому непредставление ответчиком отзыва на иск оценивается судом в качестве признания ответчиком иска.

<sup>1</sup> Васильковский Е. В. Учебник гражданского процесса. [под редакцией и с предисловием В. А. Томсинова]. – М. : Зерцало, 2003. – 566 с. – С. 146.

<sup>2</sup> Арбитражный процесс / [под ред. В. В. Яркова]. – М.: Юрист, 2002. – 480 с. – С. 89.

<sup>3</sup> Молчание – знак согласия? / Юрист предприятия в вопросах и ответах. – № 12, декабрь 2012 / Режим доступа: <http://www.arbitr.ru/press-centr/smi/41128.html>

<sup>4</sup> Бекяшева Д. И. Проявление принципов диспозитивности и состязательности на стадии подготовки гражданского дела к судебному разбирательству / Евразийский юридический журнал. – 2012. – № 5 (48). – С. 95–99. – С. 97.

<sup>5</sup> Богомолов А. А. Процессуальные гарантии правильности и своевременности рассмотрения и разрешения гражданский дел: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.15 / Богомолов Андрей Александрович; СГАП. – Саратов, 2004. – 197 с.

<sup>6</sup> Братель О. Г. Заперечення відповідача проти позову: особливості реалізації процесуального юридичного факту / Теоретичні та практичні проблеми правового регулювання суспільних відносин : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 23–24 січня 2015 р.). – Х. : ГО «Асоціація аспірантів-юристів», 2015. – С. 44–47. – С. 47.

<sup>7</sup> Проект Закону про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів / Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=61415](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415)

<sup>8</sup> Мельник Я. Я. Цивільні процесуальні обов'язки сторін / Університетські наукові записки. – 2012. – № 3 (43). – С. 135–144. – С. 141.

<sup>9</sup> Алфьорова Т. М. Актуальні питання процесуального порядку підготовки справи до судового розгляду / Порівняльно-аналітичне право. – 2015. – № 5. – С. 93–95. – С. 94.

<sup>10</sup> Стасюк И. В. Процессуальная обязанность в гражданском и арбитражном судопроизводстве : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.15 / Стасюк Иван Васильевич ; Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации. – М., 2013 – 35 с. – С. 10.

<sup>11</sup> Решетникова И. В. Концепция подготовки дела к судебному разбирательству / Современная доктрина гражданского, арбитражного процесса и исполнительного производства : теория и практика : сборник научных статей. – Краснодар ; СПб., 2004. – С. 297–303. – С. 300.

<sup>12</sup> Стасюк И. В. Вказана праця. – С. 10.

<sup>13</sup> Кудрявцева Е. В. Гражданское судопроизводство Англии. – М. : Издательский дом «Городец», 2008. – 320 с. – С. 50.

<sup>14</sup> Бекяшева Д. И. Проявление принципов диспозитивности и состязательности на стадии подготовки гражданского дела к судебному разбирательству / Евразийский юридический журнал. – 2012. – № 5 (48). – С. 95–99. – С. 98.

<sup>15</sup> Стасюк И. В. Вказана праця. – С. 10.

<sup>16</sup> Молчание – знак согласия? / Юрист предприятия в вопросах и ответах. – № 12, декабрь 2012 / Режим доступа: <http://www.arbitr.ru/press-centr/smi/41128.html>

<sup>17</sup> Арбитражный процесс / [под ред. В. В. Яркова]. – М.: Юрист, 2002. – 480 с. – С. 89.

<sup>18</sup> Молчание – знак согласия? / Юрист предприятия в вопросах и ответах. – № 12, декабрь 2012 / Режим доступа: <http://www.arbitr.ru/press-centr/smi/41128.html>

<sup>19</sup> Там само.

## Резюме

**Джавадов Х. А. Обов'язок відповідача надати відзив на позовну заяву як спосіб забезпечення ефективності цивільного судочинства.**

Стаття присвячена дослідженню обов'язку відповідача надати відзив на позовну заяву як способу забезпечення ефективності цивільного судочинства. Аналізуються висловлені в науковій літературі думки про сутність процесуальної дії за поданням відповідачем відзиву на позовну заяву. Аргументується доцільність встановлення в законі обов'язку відповідача надати відзив на позовну заяву і значення цього обов'язку для ефективної підготовки справи до судового розгляду. Розглядається світовий досвід забезпечення обов'язку відповідача надати відзив на позовну заяву. Обґрунтовується пропозиція встановити в законодавстві правило, за яким неподання відповідачем відзиву на позов оцінюється судом як визнання відповідачем позову.

**Ключові слова:** позовна заява, відзив на позовну заяву, ефективність цивільного судочинства, підготовка справи до судового розгляду, визнання позову.

## Резюме

**Джавадов Х. А. Обязанность ответчика представить отзыв на исковое заявление как способ обеспечения эффективности гражданского судопроизводства.**

Статья посвящена исследованию обязанности ответчика представить отзыв на исковое заявление как способа обеспечения эффективности гражданского судопроизводства. Анализируются высказанные в научной литературе мнения о сущности процессуального действия по представлению ответчиком отзыва на исковое заявление. Аргументируется целесообразность установления в законе обязанности ответчика представить отзыв на исковое заявление и значение этой обязанности для эффективной подготовки гражданского дела к судебному рассмотрению. Рассматривается мировой опыт обеспечения обязанности ответчика представить отзыв на исковое заявление. Обосновывается предложение установить в законодательстве правило, по которому непредставление ответчиком отзыва на иск оценивается судом в качестве признания ответчиком иска.

**Ключевые слова:** исковое заявление, отзыв на исковое заявление, эффективность гражданского судопроизводства, подготовка дела к судебному рассмотрению, признание иска.

Summary

**Javadov H. Duty of the responder to provide a response on the statement of claim as a method of support of efficiency of civil legal proceedings.**

Article is devoted to a research of a duty of the responder to provide a response on the statement of claim as a method of support of efficiency of civil legal proceedings. The opinions on an entity of procedural action for representation by the responder of a response expressed in scientific literature on the statement of claim are analyzed. Feasibility of establishment in the law of a duty of the responder to provide a response on the statement of claim and value of this duty for effective preparation of a civil case for judicial review is reasoned. International experience of support of a duty of the responder to provide a response on the statement of claim is considered. The sentence is justified to set in the legislation the rule by which non-presentation by the responder of a response on the claim is estimated by court as recognition by the responder of the claim.

**Key words:** the statement of claim, a response on the statement of claim, efficiency of civil legal proceedings, preparation of business for judicial review, recognition of the claim.

УДК 347.626.8

**В. О. КОЖЕВНИКОВА**

*Вікторія Олександрівна Кожевникова, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України*

**ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗДІЙСНЕННЯ ТА ОБМЕЖЕННЯ  
ОКРЕМИХ МАЙНОВИХ ПРАВ ПОДРУЖЖЯ**

Нормативне врегулювання майнових відносин подружжя у тому вигляді, що є близьким до сучасного правового підходу, набуло юридичної визначеності лише у XVIII ст., а до цього дружина була повністю підвладна чоловіку і не мала особистої та майнової самостійності. І лише у Зводі законів Російської імперії було закріплено принцип роздільності майна подружжя (т. X, ч. 1, ст. 109). Придане дружини, майно, придбане нею за угодами на своє ім'я, в порядку спадкування визнавалося її роздільною власністю. Водночас спільно набуте в період шлюбу подружжям майно за умов надання відповідних доказів могло бути їх спільною власністю<sup>1</sup>. Майнові права дружини у шлюбі зазнавали суттєвих обмежень порівняно з чоловіком. Прийняття самостійно чинного кодифікованого нормативно-правового акта сімейного законодавства, безумовно, вплинуло на розвиток та формування правового режиму подружніх відносин, оскільки збереженням залишається принцип спільності та роздільності майна чоловіка і жінки. Як стверджує О. В. Дзера, набуття Україною державного суверенітету, перехід від командно-адміністративних до ринкових методів управління економікою пов'язаний з відновленням права власності громадян<sup>2</sup>. Обумовлений стан не міг не вплинути і на сферу правового регулювання відносин власності подружжя.

Так, підвищення ролі та значення приватної власності подружжя і спільної сумісної власності подружжя на майно у сімейних відносинах неодмінно передбачає необхідність її належної охорони та захисту з боку держави. Цьому, як зазначалось вище, значною мірою сприяють обґрунтовані обмеження майнових прав чоловіка та дружини.

Зокрема, вагомий внесок у розробку доктрини «правова категорія здійснення прав», «обмеження прав» зробив Є. О. Мічурін («Обмеження майнових прав фізичних осіб»)<sup>3</sup>, досліджував ці проблеми М. О. Стефанчук («Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав»)<sup>4</sup>, П. М. Рабінович<sup>5</sup> досліджував «загально-теоретичний аспект меж здійснення прав людини», Л. В. Красицька присвятила цьому монографічну працю «Проблеми здійснення та захисту особистих немайнових та майнових прав батьків і дітей»<sup>6</sup>, О. В. Сінегузов спробував визначити проблематику та методологію («Здійснення особистих немайнових прав малолітніх та неповнолітніх осіб»)<sup>7</sup> тощо.

**Мета статті** полягає в тому, щоб на підставі розробленої цивільно-правової доктрини, присвяченої проблемам окремих обмежень майнових прав осіб, установити сутність здійснення майнового права, обмеження майнового права чоловіка або дружини, визначити правову природу та нормативні підстави набуття обумовленого права.

На думку І. В. Жилінкової, не всі положення СК України, які стосуються майнових відносин в сім'ї, можна визнати вдалимими. Як показала практика, деякі з норм нового СК України, навпаки, значно ускладнили процес регулювання майнових відносин подружжя та створили штучні проблеми при їх застосуванні. Не всі концептуальні підходи також здаються обґрунтованими<sup>8</sup>. Зважаючи на це, за останні роки в національному законодавстві з розвитком права власності формувалися відповідні обмеження майнових прав подружжя, які

потребують наукового визначення. Сучасні реалії безпосередньо здійснюють свій вплив на подальшу систематизацію обмежень прав з точки зору їх відповідності завданню охорони майнових прав суб'єктів сімейних відносин, врахування та дотримання при їх встановленні природних передумов або чинників, які їх зумовлюють.

Прийнято вважати, що майнові правовідносини подружжя – це складний комплекс взаємопов'язаних дій та юридично значущих рішень дружини і чоловіка щодо володіння, користування та розпорядження належним їм майном. Так, майнові правовідносини чоловіка та дружини є досить різноманітними, а тому в сімейно-правовій науці мають різні наукові підходи і класифікації.

М. М. Дякович<sup>9</sup> та Л. М. Пчелінцева поділяють майнові правовідносини подружжя на дві групи відносин:

– правові відносини, що стосуються права власності подружжя, тобто майна, яке набуто подружжям під час шлюбу;

– правові відносини з приводу взаємного матеріального утримання майна (аліментні зобов'язання)<sup>10</sup>.

А. А. Іванов поділяє майнові правовідносини чоловіка та дружини на дві інші групи:

– речові правовідносини (відносини подружжя щодо прав власності на майно та прав на користування речами, які належать кожному з них);

– зобов'язальні правовідносини (відносини подружжя щодо взаємного утримання (аліментування) та договірні відносини подружжя)<sup>11</sup>.

О. В. Дзера<sup>12</sup> та зарубіжний дослідник Н. М. Єршова зосереджують увагу на суб'єктивному складі досліджуваних відносин та необхідності захисту інтересів третіх осіб, які вступають з подружжям або одним із них у ті чи інші правовідносини, та вказують, що існують дві групи юридичних відносин щодо володіння, користування і розпорядження спільною сумісною власністю подружжя: внутрішні відносини між ними і відносини з третіми особами<sup>13</sup>.

І. В. Жилінкова, роботи якої й досі залишається найбільш змістовними та обґрунтованими у сфері майнових відносин у сім'ї, підкреслює, що особливе значення має традиційний для права поділ правових відносин залежно від способу забезпечення інтересів управомоченої особи. У цьому контексті до речових відносин подружжя вчена відносить два їх різновиди:

– відносини власності (стосовно володіння, користування та розпорядження спільним майном);

– відносини, які складаються щодо прав користування чужою річчю (стосовно володіння, користування та розпорядження роздільним майном)<sup>14</sup> – зазначений поділ майнових прав подружжя є найбільш поширеним та прийнятим у науці сучасного сімейного права України. Так, термін «майнові відносини жінки та чоловіка» тлумачиться значно ширше за своїм правовим змістом, ніж термін «відносини права власності», що обумовлюється прогресивним рівнем розвитку суспільства, шлюбно-сімейних відносин у нашій державі.

У контексті вказаного доцільно розглянути питання правових обмежень права особистої приватної власності чоловіка та дружини. З. В. Ромовська переконана, що введення терміна «особиста власність» не означає створення нової форми власності і, отже, не тягне виникнення суперечності між СК і Конституцією України<sup>15</sup>. На думку С. Я. Фурси, поняття «особиста власність», яке також використовується у цивільному обігу, за своєю суттю та правовим значенням збігається з поняттям «приватна власність», що застосовується у ст. 325 ЦК України, тому автори назвали цей розділ саме так, з метою узгодження термінології. Ввівши термін «особиста власність» у поняттєвий апарат СК, законодавець тим самим хотів підкреслити, що це власність саме кожного з подружжя<sup>16</sup>. Ю. С. Червоний зазначає, що ця назва є неточною, оскільки право особистої власності і права приватної власності – це різні правові категорії. Конституція України не містить поняття «особиста власність». Його замінено поняттям «приватна власність» (ст. 41 Конституції)<sup>17</sup>. Однак якими б не були означені категорії в сучасній науці та актах чинного законодавства, та яким би широким не було право особи взагалі, через те, що вона живе в суспільстві, неодмінно виникають суперечності між особою, яка здійснює право власності, та інтересами суспільства, правами інших уповноважених осіб. Через це у державно організованому суспільстві, де право виступає регулятором суспільних відносин, неодмінно виникають обмеження права власності<sup>18</sup>, у тому числі й подружжя.

Що стосується концептуальних підходів до правових обмежень права власності, то обмеження права власності не можна розглядати відокремлено від права власності<sup>19</sup>. Р. А. Майданик відстежив взаємозв'язок прав з їх обмеженнями і допустимість останніх у структурі елементів довірчих правовідносин<sup>20</sup>. З огляду на зазначене впливає, що в сімейному праві обмеження права приватної власності подружжя є складовою права власності й у відриві від нього зазвичай не існує. Однак Є. О. Мічурін вказує: не випадково у дослідженні права власності констатується, що абсолютність права власника зовсім не означає, що ніхто ніколи не може обмежувати їх<sup>21</sup>.

Розглянемо прояви обмежень щодо набуття права власності другим з подружжя на майно, яке є особистою власністю дружини, чоловіка, встановлених у чинному сімейному законодавстві України. Звичайно, обмеження щодо набуття права власності на підставах, не заборонених законом, стосуються не лише недобросовісного заволодіння річчю, що не породжує права власності чи укладення правочинів, які є незаконними<sup>22</sup>, своїм змістом порушують права інших, норми моралі, суспільний порядок тощо.

Відтак, п. 1 ч. 1 ст. 57 СК України визначає, що роздільним є майно, яке кожен із подружжя набув до шлюбу, тому другий із подружжя обмежується у праві на таке майно, оскільки спільною сумісною власністю воно не є. У науковій літературі зазначалось, що «автоматичне поширення режиму спільності на дошлюбне майно одного з подружжя суперечило б правовій природі права власності як абсолютного суб'єктивного права. Без

згоди власника дошлюбне майно одного з подружжя не повинно переходити у спільну власність»<sup>23</sup>. Відтак таке обмеження зберігається, навіть якщо зазначеним майном користується, окрім власника, інший з подружжя.

Положення п. 2 ч. 1 ст. 57 СК України встановлює наступне обмеження та при цьому зазначає, що майно, набуте кожним з подружжя за час шлюбу, але на підставі договору дарування або в порядку спадкування, є роздільним майном. Винятком з цього правила є випадки, коли майно під час шлюбу було подаровано чоловікові та дружині. Таке майно належить обом з подружжя на праві спільної власності. Питання про те, кому дарувалося майно – подружжю або одному з них, у разі спору вирішується судом, виходячи з усіх обставин справи. Зазвичай суди враховують характер подарованого майна. Якщо ж майно забезпечує інтереси подружжя, то вважається, що дарування було здійснено на користь подружжя, якщо дарунок мав персональне спрямування, то стороною в договорі дарування вважається лише один<sup>24</sup>. Майно, набуте в результаті спадкування, є особистою власністю одного з подружжя – спадкоємця, виключне право на яке підтверджується свідоцтвом права на спадщину.

За загальним правилом, ст. 60 СК України визначає, що законний режим майна подружжя передбачає, що майно, набуте подружжям за час шлюбу, належить дружині та чоловікові на праві спільної сумісної власності, незалежно від того, що один із них не мав з поважної причини самостійного заробітку (доходу). Однак зазначена норма, на думку Б. К. Левківського, позбавлена досить суттєвої частини, а саме: чіткої вказівки на те, що не будь-яке майно, набуте подружжям у шлюбі, є спільною сумісною власністю, а лише те, яке набуто за рахунок спільних коштів. Таке уточнення зазначеної норми, як стверджує автор, буде логічно поєднувати її з іншими нормами СК України<sup>25</sup>. Однак, згідно з ч. 2 ст. 61 СК України, об'єктом права спільної сумісної власності є заробітна плата, пенсія, стипендія, інші доходи, одержані одним із подружжя. Тому поширення на майно, набуте подружжям у шлюбі, спільної сумісної власності відбувається за умови придбання цього майна за рахунок доходів, одержаних будь-ким з подружжя у період шлюбу<sup>26</sup>. Норми п. 3 ч. 1 ст. 57 СК України встановлюють, що кошти, які належали кожному з них особисто, є роздільним майном. В. П. Маслов з цього приводу стверджував, що в такому разі об'єкт роздільної власності подружжя лише перетворюється, змінює свою форму. Проте як кошти, за рахунок яких майно було набуто, так і сама річ мають однаковий правовий режим – режим роздільності<sup>27</sup>. Саме з цієї підстави другий із подружжя обмежується у праві власності на особисті кошти, які є власністю чоловіка або дружини. Тому розгляд обмежень права власності проявляється через окремі його повноваження та являє собою суто інструментальний підхід до встановлення обмежень права власності подружжя. Застосовуючи його, можна без ґрунтовної аргументації обмежити особу (другого з подружжя), наприклад, у володінні нею практично будь-яким майном, у користуванні чи розпорядженні ним<sup>28</sup>, якщо буде встановлено, що кошти, які належали одному з подружжя, є роздільним майном.

Згідно з ч. 2 ст. 57 СК України до роздільного майна належать речі індивідуального користування кожного з подружжя. Зазвичай такими індивідуальними речами називають речі, що обслуговують особисті потреби окремо взятого з подружжя. Тому другий із подружжя обмежується у праві власності (сумісної) на такі речі, не є винятком і обмеження чоловіка, дружини у праві на коштовності, які є власністю того з подружжя, який користується ними. Сучасна судова практика до коштовностей відносить прикраси з дорогоцінних металів, антикварні та унікальні речі, проте термін «коштовності» є оціночною категорією і повинен визначатися судом при розгляді конкретної справи<sup>29</sup>. Керуючись таким підходом, ювелірні вироби із золота і коштовного каміння звичайної ринкової вартості мають визнаватися роздільною власністю чоловіка або жінки, який/яка зазвичай користувалась ними.

Відповідно до ч. 3 ст. 57 СК України встановлено, що премії та нагороди, які один із подружжя одержав за свої особисті заслуги, належатимуть йому на праві приватної власності, а отже, другий із подружжя обмежується у праві володіння, користування та розпорядження такими майновими надходженнями з огляду на те, що останні вважаються приватною власністю. Якщо стосовно цього майна виникає спір і буде встановлено, що другий із подружжя своїми діями (веденням домашнього господарства, виховання дітей тощо) сприяв його одержанню, суд може визнати за ним право на частку цієї премії або нагороди<sup>30</sup>, тому лише за наявності зазначеного юридичного факту, доведеного в судовому порядку, обмеження права на премію або нагороду другого з подружжя втрачає законодавчо установлену дію.

Отже, керуючись викладеним вище, можна дійти висновку, що розгляд обмежень права власності чоловіка, дружини проявляється через окремі його повноваження та являє собою суто інструментальний підхід до встановлення обмежень права власності подружжя. Тому, застосовуючи такий підхід, можна обмежити особу (другого з подружжя), у володінні практично будь-яким майном, у користуванні чи розпорядженні ним, якщо в судовому порядку буде встановлено, що кошти, на які майнові блага набувалися, належали одному з подружжя, а тому є роздільними.

<sup>1</sup> Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) / Г. Ф. Шершеневич. – М. : СПАРК, 1995. – С. 434.

<sup>2</sup> Дзера О. В. Розвиток права власності громадян в Україні : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.03 / О. В. Дзера. – К. : Київський університет ім. Тараса Шевченка, РІК. – С. 4.

<sup>3</sup> Мичурин Е. О. Осуществление и ограничение вещных прав : моногр. / Е. О. Мичурин. – М. : – Т. 2.

<sup>4</sup> Стефанчук М. О. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав / М. О. Стефанчук. – К. : КНТ, 2008. – 184 с.

<sup>5</sup> Рабінович П. М. Межі здійснення прав людини (загальнотеоретичний аспект) / П. М. Рабінович // Вісник Академії правових наук України. – 1996. – № 6. – С. 8.



- <sup>6</sup> Красицька Л. В. Проблеми здійснення та захисту особистих немайнових та майнових прав батьків і дітей : моногр. / Л. В. Красицька. – К., 2015. – С. 492.
- <sup>7</sup> Сінєгубов О. В. Здійснення особистих немайнових прав осіб, що не досягли повноліття : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03 / О. В. Сінєгубов. – К., 2015. – 39 с.
- <sup>8</sup> Жилинкова І. В. Личные неимущественные права и обязанности супругов: новеллы семейного Кодекса Украины // Личные неимущественные права: проблемы теории и практики применения : сб. статей и иных материалов / под ред. Р. А. Стефанчука. – К. : ЮринкомИнтер, 2010. – 104 с. – (Серия «Актуальные проблемы гражданского права»); Жилинкова І. В. Майнові правовідносини подружжя: проблеми застосування норм нового СК України. Наукові засади та практика застосування нового Сімейного кодексу України. Матеріали Круглого столу (м. Київ, 2 травня 2006 р.). – Х. : Ксилон, 2007. – С. 58.
- <sup>9</sup> Дякович М. М. Сімейне право України : навч. посіб. / М. М. Дякович. – 2-ге вид., випр. та доп. – К. : Алерта ; Центр учбової літератури, 2012. – С. 138.
- <sup>10</sup> Пчелинцева Л. М. Семейное право России : учеб. для вузов / Л. М. Пчелинцева. – 6-е изд., перераб. – М. : Норма, 2009. – С. 198.
- <sup>11</sup> Гражданское право : учеб. / под. ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М., 1998. – Т. 3. – С. 292–294.
- <sup>12</sup> Сімейне право України : підруч. / за ред. В. С. Гопанчука. – К. : Істина, 2002. – С. 88.
- <sup>13</sup> Ершова Н. М. Имущественные отношения в семье / Н. М. Ершова. – М., 1979. – С. 50.
- <sup>14</sup> Сімейне право України : підруч. / С. Б. Булеца, В. В. Заборовський, В. Г. Фазикош та ін.; за ред. С. Б. Булеца, В. Г. Фазикоша. – К. : Знання, 2015. – С. 158.
- <sup>15</sup> Ромовська З. В. Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар / З. В. Ромовська. – К., 2006. – С. 133.
- <sup>16</sup> Сімейне право: Нотаріат. Адвокатура. Суд : Наук.-практ. посіб. з інформ. додатком на лазерному носії : у 2-х кн. / за заг. ред. С. Я. Фурси. – К. : Видавець Фурса С. Я., 2005. – Кн. 1. – С. 192.
- <sup>17</sup> Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / за ред. Ю. С. Червоного. – К. : Істина, 2003. – 464 с.
- <sup>18</sup> Мічурін Є. О. Обмеження майнових прав фізичних осіб (теоретико-правовий аспект) : моногр. / Є. О. Мічурін. – Х : Юр-світ ; НДІ Приватного права та підприємництва АПРН України, 2008. – 482 с. – С. 256.
- <sup>19</sup> Камышанский В. П. Ограничения права собственности: гражданско-правовой анализ : дисс. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / В. П. Камышанский. – М. : РГБ, 2003. – С. 191.
- <sup>20</sup> Майданик Р. А. Проблеми регулювання довірчих відносин у цивільному праві : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03 / Р. А. Майданик. – К. : КНУ ім. Т. Г. Шевченка, 2003. – С. 13.
- <sup>21</sup> Мічурін Є. О. Обмеження майнових прав фізичних осіб (теоретико-правовий аспект) : моногр. / Є. О. Мічурін. – Х : Юр-світ ; НДІ Приватного права та підприємництва АПРН України, 2008. – 482 с. – С. 257.
- <sup>22</sup> Там само. – С. 289.
- <sup>23</sup> Сімейне право України : підруч. / за ред. В. С. Гопанчука. – К., 2002. – С. 127.
- <sup>24</sup> Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар / за ред. І. В. Жилинкової. – Х. : Ксилон, 2008. – С. 178.
- <sup>25</sup> Левківський Б. К. До питання удосконалення нормативного регулювання права спільної сумісної власності подружжя / Б. К. Левківський // Матеріали Міжнародної наук.-практ. конференції «Треті юридичні диспути з актуальних проблем приватного права», присвяченої пам'яті Є. В. Васильовського (м. Одеса, 17 травня 2013 р.). – Одеса, 2013. – С. 273.
- <sup>26</sup> Там само. – С. 274.
- <sup>27</sup> Маслов В. Ф. Вопросы общей собственности в судебной практике / В. Ф. Маслов. – М., 1963. – С. 67.
- <sup>28</sup> Мічурін Є. О. Обмеження майнових прав фізичних осіб (теоретико-правовий аспект) : моногр. / Є. О. Мічурін. – Х : Юр-світ ; НДІ Приватного права та підприємництва АПРН України, 2008. – С. 262.
- <sup>29</sup> Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар / за ред. І. В. Жилинкової. – Х. : Ксилон, 2008. – С. 180.
- <sup>30</sup> Там само.

#### Резюме

##### **Кожевникова В. О. Правове регулювання здійснення та обмеження окремих майнових прав подружжя.**

Стаття присвячена аналізу чинного сімейного законодавства та доктринальних підходів до проблем здійснення й обмеження окремих майнових прав подружжя з урахуванням світового досвіду правового регулювання обумовлених прав. Виявлено окремі законодавчі обмеження при реалізації чоловіком або дружиною права власності.

**Ключові слова:** подружжя, сімейні відносини, право власності, майнові права, особа, здійснення суб'єктивного права, обмеження майнових прав, чоловік, дружина, особиста власність, інтереси сім'ї.

#### Резюме

##### **Кожевникова В. А. Правовое регулирование осуществления и ограничения отдельных имущественных прав супругов.**

Статья посвящена анализу действующего семейного законодательства и доктринальных подходов к проблемам осуществления и ограничения отдельных имущественных прав супругов с учетом мирового опыта правового регулирования обусловленных прав. Выявлены отдельные законодательные ограничения при реализации супругом или супругой права собственности.

**Ключевые слова:** супруги, семейные отношения, право собственности, имущественные права, лицо, осуществления субъективного права, ограничения имущественных прав, муж, жена, личная собственность, интересы семьи.

#### Summary

##### **Kozhevnikova V. Legal regulation of the implementation and restriction of individual property rights of spouses.**

The article is devoted to the analysis of the existing family law and doctrinal approaches to the problems of implementation and restriction of individual property rights of spouses, taking into account the world experience of legal regulation of the stipulated rights. Revealed, separate legislative restrictions on the implementation of spouse or spouse property rights.

**Key words:** spouses, family relationships, property rights, property rights, person, exercise of subjective law, restrictions of property rights, husband, wife, personal property, family interests.

**Г. В. ГОГОЛІНА**

*Галина Володимирівна Гоголіна, аспірант Київського університету права НАН України*

## **МІСЦЕ ЕЛЕКТРОННОГО ДОГОВОРУ КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ В СИСТЕМІ ДОГОВОРІВ ТОРГІВЛІ**

З поширенням використання можливостей і ресурсів мережі Інтернет у підприємницькій діяльності збільшилася кількість правочинів, що укладаються з використанням інформаційно-комунікаційних систем. Це, відповідно, поставило перед юристами-практиками та науковцями ряд питань: щодо їх природи, зокрема складних за своєю суттю електронних договорів, що укладаються на Інтернет-аукціонах. Чи є такі електронні договори лише окремою формою типових договорів, як це визначає законодавець, який прирівняв електронну форму до письмової<sup>1</sup> у ст. ст. 205, 207, 639 ЦК України, чи засоби Інтернет-комунікацій, специфічні режими регулювання, умови дійсності таких договорів, вимоги до реквізитів договору, ризики їх сторін наділяють такі договори окремими, притаманними лише їм ознаками, що слугує виокремленню їх у самостійний тип договорів. Договірні відносин у мережі Інтернет, що зазнали стрімкого розвитку та поширення, вимагають ефективних заходів для їх правового регулювання та охорони. Отже, маємо дослідити вже сталі правила укладання та виконання електронних договорів<sup>2</sup>, що вже є звичаями ділового обігу<sup>3,4</sup> в мережі Інтернет, та вимоги, які висуває законодавець. Аналіз системи договорів надасть перелік тих ознак, які притаманні електронному договору купівлі-продажу, а розгляд його варіативних ознак допоможе з'ясувати місце електронного договору в системі договорів купівлі-продажу, що, в свою чергу, надасть інформативної визначеності щодо з'ясування юридичної природи такого виду договорів, зокрема договорів, що укладений на Інтернет-аукціоні.

Окремі питання особливостей правового регулювання електронної комерції розглядали С. С. Алексєєв, Н. В. Алябєва, Т. В. Боднар, І. Верес, О. Єфімов, Н. Ю. Голубєва, І. Балабанов, Ю. Бурило, Т. Г. Затонацька, Н. С. Кузнєцова, А. В. Луць, Р. А. Майданик, А. А. Маєвська, Н. С. Меджибовська, С. Р. Ладик, Р. Б. Шишка, О. Р. Шишка, а серед юристів практиків – А. Нікіфоров, С. Михайлик, Н. Лещенко. Прийнятий Закон України «Про електронну комерцію» від 3 вересня 2015 р. зумовив зміни у Цивільному кодексі, що викликало неабиякий інтерес серед юристів-практиків, однак науковим співтовариством не було приділено цьому питанню достатньої уваги.

Традиційні договори торгівлі, до яких застосовуються загальні положення про купівлю-продаж законодавець визначив у главі 54 ЦК України – роздрібна купівля-продаж, поставка, контракція сільськогосподарської продукції, постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, міни (відповідно (§ 2, 3, 4, 5, 6 Розділу III ЦК України). Усі вони належать до договорів, покликаних забезпечити законний оплатний перехід права власності на майно (товар) та характеризуються двосторонністю (іноді – багатосторонністю) оплатністю, компенсуальністю при загальній меті – передачі майна у власність. Це стосується і договорів, що укладаються в електронній формі (ст. ст. 207, 639 ЦК України).

Розглянемо договори, що є найбільш вживаними у електронно-комерційній діяльності. Загальне поняття договору надане ч. 1 ст. 626 ЦК України: домовленість двох або більше сторін, що спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Так, за договором купівлі-продажу покупець має вчинити дії, спрямовані на належне виконання обов'язку – вчасно сплатити обумовлену ціну за товар та прийняти його у продавця на визначених договором умовах, а останній – отримати гроші від покупця та в обумовлений строк передати йому відповідний товар. У ст. 11 Закону України «Про електронну комерцію» від 2015 р. зауважено, що окрім істотних умов, які притаманні договору відповідного виду Цивільного кодексу України, електронний договір може містити інформацію, необхідність якої обумовлена технологією укладання електронного договору та можливостями і законними інтересами сторін: порядок укладання договору, порядок створення та накладання електронних підписів, порядок обміну електронними повідомленнями, технічні засоби ідентифікації сторін тощо. До законодавчого врегулювання відносин у мережі Інтернет саме мережеві звичаї ділового обороту, міжнародні угоди, підписані Україною (нині оформлені міжнародними торговими організаціями у вигляді правил<sup>5,6,7</sup>) склали типові (звичаєві) умови, що використовуються в Інтернет-магазині, Інтернет-аукціоні або іншому торговому Інтернет-майданчику, де укладаються договори купівлі-продажу. Такі торгові звичаї, а також правила UNCITRAL та COT<sup>8</sup> заклали плідне підґрунтя для законодавчої діяльності на національному рівні та обумовили права й обов'язки продавця, покупця, а також вимоги, умови та строки оплати, а також доставки товару.

Договір роздрібною купівлі-продажу є публічним відповідно до ч. 2 ст. 698 ЦК України та споживчим згідно зі ст. 1 Закону України «Про захист прав споживачів»<sup>9</sup> від 12 травня 1991 року. Переважна більшість е-договорів торгівлі, що укладаються засобами Інтернет, є публічними. Договори купівлі-продажу в мережі Інтернет, які звернуто до невизначено кола осіб, априорі не можуть бути дискримінаційними, і таким чином ідентифікувати та виділяти покупців за якою-небудь ознакою з-поміж інших покупців. Дискусійним є зміст

ч. 1 ст. 698 ЦК України: «За договором роздрібною купівлі-продажу продавець, який здійснює підприємницьку діяльність, зобов'язується ...», отже, або: 1) законодавець легалізував лише продавців, що мають статус підприємців та проігнорував регулювання бізнесу C2C (consumer-to-consumer), та, таким чином, залишив його в сірій зоні – на саморегулювання. Виходячи із змісту цієї статті, це дозволяє фізичним особам без статусу підприємця продавати товар для використання, пов'язаного з підприємницькою діяльністю. Це, очевидно, позбавлено логіки, або ще гірше; 2) намагається винести бізнес C2C за межі правового впливу, що дивно для держави, яка позиціонує себе як таку, що має демократичні цінності та ринкову економіку (ст. 1 Конституції України<sup>10</sup>). Оскільки стаття не містить словосполучення «має здійснювати», чи то іншого слова, що вказувало б на обов'язок реєстрації особи для набуття статусу підприємця, то у разі правового конфлікту між продавцем і покупцем в обох вищенаведених випадках у невідному становищі будуть обидві сторони, і їм доведеться покладатися тільки на рішення третейських судів. Вимога законодавця щодо статусу продавця («має здійснювати підприємницьку діяльність» згідно з ч. 1 ст. 698 ЦК України), тобто бути юридичною особою, або фізичною особою-підприємцем, не відповідає природі торгових відносин у мережі Інтернет, для таких, що разово або не на постійній основі здійснюють таку діяльність. Товар у роздрібній торгівлі має призначатися для особистого, домашнього або іншого вживання, що не пов'язане з підприємницькою діяльністю, що також не відповідає реаліям Інтернет-активності. Так, поряд з покупцями, які дійсно купують товари для особистого вжитку, є прошарок покупців, що купують товари на таких популярних сайтах, як Olx, Aliexpress, Tao-bao тощо з метою подальшого їх перепродажу.

Пропозиція щодо участі в Інтернет-аукціоні є публічною офертою. Реєстрація на сайті такого аукціону для можливості подальшої участі у аукціонних торгах і отримання доступу до торгів Інтернет-аукціону, зазвичай, передбачає сплату внеску за конкретний лот. Тож уже маємо обмежене коло учасників аукціону. Водночас сама пропозиція пройти реєстрацію, сплатити внесок і стати учасником аукціону є публічною офертою, тобто зверненою до невизначеного кола осіб.

Таким чином, продавці й учасники Інтернет-аукціонів також підпадають під негативні наслідки дивно виписаної ст. 698 ЦК України та ч. 3 ст. 633 ЦК України, якою законодавець заборонив підприємцю, а не фізичній особі, надавати переваги одному споживачеві перед іншим. Відповідно до ст. 699 ЦК України публічною пропозицією укласти договір купівлі-продажу є пропозиція невизначеному колу осіб товару із зазначенням всіх істотних умов договору засобами реклами, каталогів, інших описів товару. Отже, така ознака є визначальною для більшості електронних договорів купівлі-продажу, в яких визначено всі істотні умови: предмет, ціна, строки поставки та способи оплати. Але для запрошень взяти участь в Інтернет-аукціоні більш придатна ч. 2 ст. 699 ЦК України, згідно з якою виставлення товару, надання відомостей про товар (що є природним для Інтернет-аукціонів) у місцях його продажу є публічною офертою, навіть за відсутності ціни чи інших істотних умов. Для Інтернет-аукціону типово не мати ціну продажу, а лише початкову ціну та крок аукціону. Сама ціна лоту формується аукціонним торгом, який можна вважати погодженням умов договору. Щодо демонстрації зразків, то аукціонний лот має існувати фізично в момент його виставлення на торги та бути індивідуально визначеним і виділеним з-поміж інших подібних йому за родовою ознакою лотів.

Договір міни (бартеру), відповідно до якого за ч. 1, ч. 3 ст. 715 ЦК України застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, передбачає обов'язок кожної сторони передати у власність один товар в обмін на інший з можливою доплатою за товар, що є більш вартісним. За загальним правилом право власності на обмінювані речі набуваються одночасно відповідно до ч. 4 ст. 715 ЦК України, якщо інше не встановлено договором або законом. Таким чином, якщо одна сторона договору передала майно, а інша ні, то у першій не виникає право вимоги на обумовлене в договорі міни майно, оскільки передане майно перебуває у володінні особи, а не на праві власності. Така одностороння передача майна, на наш погляд, не є належним виконанням зобов'язання договору міни стороною, оскільки не відбулося обміну – прийняття у власність майна від іншої сторони, що є істотною умовою договору міни та впливає із змісту зобов'язання (ч. 1 ст. 715 ЦК України). Якщо договором міни передбачено, що момент передачі у власність майна не збігається у часі, тобто одна сторона договору передає майно раніш другої та право власності виникає в момент такої передачі, то в такому випадку друга сторона має право вимоги належного виконання зобов'язання, оскільки сама виконала всі його умови щодо свого обов'язку. Предмет договору зумовлює і застосування санкцій за неналежне виконання зобов'язання. Так, санкціями за договором купівлі-продажу можуть бути і штраф, і неустойка та пеня, а для договору міни – це штраф, а неустойка може нараховуватися тільки на розмір можливого грошового зобов'язання, покликаного врівноважити вартісне зустрічне зобов'язання.

З огляду на наведене можна зробити висновок, що такі ознаки договору міни, як гібридний статус продавця-покупця і покупця-продавця, зобов'язання обох сторін передати у власність майно один одному, мета кожної сторони – набути майно у власність не відповідає меті та призначенню ані е-договору купівлі-продажу, ані Інтернет-аукціону. Лише в разі оплати за товар крипто-валютою можна говорити про застосування договору міни, адже остання наразі не розглядається законодавством як грошова одиниця, а відтак, вона є майном. Таким чином, купівля товару в мережі Інтернет чи поза нею за крипто-валютою – типовий договір міни.

Щодо договору поставки, то його предмет – майно визначене родовими ознаками, технічними характеристиками та діями сторін – це продавець (постачальник) передає покупцеві товар в обумовлений у договорі строк. Частина 1 ст. 712 передбачає, що сторонами договору поставки – постачальник і покупець – можуть бути лише суб'єкти господарювання, тобто в статусі юридичної особи або фізичної особи-підприємця. Товар, що поставляється на момент укладення договору поставки, часто не існує. Він буде набутий, вироблений поста-

чальником у майбутньому. Вимогою законодавця до товару, що постачається, є його призначення – використання у цілях, не пов'язаних з особистим, домашнім, сімейним використанням. Тобто, для визначення ознак договірних відносин в Інтернет-середовищі договір поставки застосовувати не має сенсу з огляду на наступне:

1) істотні обмеження у статусі учасників договору поставки та можливість укладання договорів B2B, B2C, C2C засобами Інтернет. Щодо аукціонів, то брати участь у відкритих аукціонних торгах можуть всі учасники цивільних правовідносин, які набули контрактної здатності;

2) товар, що продається з укладанням електронного договору, може існувати на момент оферти, або не існувати, про що продавець має повідомити покупця. Аукціонний товар має існувати на момент виставлення його як лоту на Інтернет-аукціоні з описом усіх його фізичних, технічних, якісних та інших характеристик, що необхідні для опису товарів даного виду з переліком його вад та обмежень у використанні;

3) товар, що продається засобами Інтернет з укладанням е-договору або з аукціону, як правило, не має обмежень щодо цілей його використання.

Окремо варто зазначити, що нерухомість, земельні ділянки, об'єкти незавершеного будівництва, транспортні засоби, що виставлені засобами Інтернет-аукціону на продаж, не регулюються Законом України «Про електронну комерцію» від 3 вересня 2015 р. відповідно до вимог ч. 2 ст. 1: дія закону не поширюється на правочини, що підлягають нотаріальному посвідченню або державній реєстрації. Отже, застосування легального визначення електронного договору, що укладається засобами Інтернет-аукціону, для ідентифікації останніх також сумнівне.

Отже, можемо зробити висновок що наразі велика кількість продавців без спеціального статусу суб'єкта підприємницької діяльності за допомогою дошки Інтернет-оголошень, Інтернет-аукціону або іншого розміщення оферти в мережі укладають дистанційні договори купівлі-продажу. Тож, статус продавця як господарюючого суб'єкта не є визначальним для електронних договорів та Інтернет-аукціонів, і така вимога законодавця насправді не виконується. Це призводить до правового нігілізму, адже саме суспільство визначає моральні суспільні засади поведінки, в тому числі й ділової. Разом із тим фактично ця вимога ретроградна і її варто переглянути. Тож назріла необхідність привести законодавство у відповідність до суспільних потреб, або провести правові освітні заходи для тлумачення фізичним особам, чому вони не мають права скористатися торговим Інтернет-майданчиком, який весь цивілізований світ використовує і для потреб C2C, щоб продати не потрібне їм майно, або якимось повернути кошти за непотрібні речі.

Щодо типових ознак електронного договору купівлі-продажу, то договірний характер та застосування інформаційно-телекомунікаційних систем вказує на його дистанційність. Звернення такого договору до невизначеного кола осіб з неможливістю надати переваги будь-кому з них без застосування спеціальних заходів робить його публічним. Ознака оплатності впливає і з назви «електронний договір купівлі-продажу», і з дійсної його імплементації у Інтернет-середовищі. Форма вчинення електронного правочину має бути визначена законодавцем остаточно та наведена її дефініція для уникнення правових непорозумінь, які неодмінно виникають при тлумаченні актів національного законодавства, що посилаються то на письмову, то на електронну форму. Ознак договору міни електронний договір набуває у випадку отримання оплати продавцем криптовалютою як сурогату платіжного інструменту. Застереження законодавця щодо незастосування Закону України «Про електронну комерцію» (2015 р.) до електронних договорів, перехід права власності за якими вимагає нотаріального посвідчення, державної реєстрації залишає великий обсяг договорів поза законодавчим регулюванням та, відповідно, імплементації окремого закону.

Підсумовуючи вищевикладене, робимо висновок, що електронний договір купівлі-продажу наслідує ряд ознак інших договорів торгівлі та, поза тим, має свої специфічні, притаманні лише йому ознаки, які ставлять його на окрему сходинку та надають можливість говорити про окремий тип договору.

<sup>1</sup> Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №№ 40–44 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

<sup>2</sup> Про електронну комерцію : Закон України від 03.09.2015 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/675-19>

<sup>3</sup> Про міжнародне приватне право : Закон України від 23.06.2005 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2709-15/page1>

<sup>4</sup> Інкотермс : Офіційні правила тлумачення торговельних термінів Міжнародної торгової палати від 01.01.2000 р.; редакція 2000 року; [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/988\\_007](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/988_007)

<sup>5</sup> Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів Міжнародної торгової палати (зі змінами і доповнен. 1993 р.); редакція від 01.01.1995 р. ; [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/988\\_003](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/988_003)

<sup>6</sup> REGULATION (EU) No 910/2014 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC; [Electronic resource]. – Mode of Access: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L\\_.2014.257.01.0073.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2014.257.01.0073.01.ENG)

<sup>7</sup> UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce Guide to Enactment with 1996 with additional article 5 bis as adopted in 1998. UNITED NATIONS. New York, 1999. – P. 75.

<sup>8</sup> Угода про заснування Світової організації торгівлі від 15.05.1994 р.; [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_342](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_342)

<sup>9</sup> Про захист прав споживачів : Закон України від 12.05.1991 р.; [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1023-12>

<sup>10</sup> Конституція України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

#### Резюме

**Гоголіна Г. В. Місце електронного договору купівлі-продажу в системі договорів торгівлі.**

У статті розглянуто основні договори торгівлі, що є найбільш поширеними у мережі Інтернет, висвітлені ідентифікуючі їх ознаки та проаналізована їх наявність чи відсутність у електронному договорі купівлі-продажу, зокрема такому, що укладається на Інтернет-аукціоні. Придільена увага специфічним особливостям та ознакам електронного договору купівлі-продажу з метою перевірки на виокремлення їх в окремий тип.

**Ключові слова:** електронний договір, купівля-продаж, Інтернет-аукціон, договірні звичаї, електронна комерція, переможець Інтернет-аукціону.

#### Резюме

**Гоголіна Г. В. Место электронного договора купли-продажи в системе торговых договоров.**

В статье рассмотрены основные договора торговли, которые нашли широкое применение в сети Интернет, рассмотрены идентифицирующие их признаки и их присутствие в электронном договоре купли-продажи, а также таком, который заключается на Интернет-аукционе. Особое внимание уделено специфическим особенностям и признакам электронного договора с целью проверки возможности отнесения его к отдельному типу.

**Ключевые слова:** электронный договор, купля-продажа, Интернет-аукцион, признаки, обычаи договоров, электронная коммерция, победитель Интернет-аукциона.

#### Summary

**Gogolina G. An electronic sales transactions, and theirs place in the trade agreements system.**

The article describes the system of trade agreements and theirs features, which is appropriate to electronic transactions. The article also pays attention to the main contracts of trade, which have found wide application in the Internet is reviewed. It is considered of the possibility for determination of the features, which would identify such kind of transactions as the especial their type.

**Key words:** electronic transaction, sales treaty, sales agreement, Internet auction, feature, customs of business, the foundations, e-commerce, winners in Internet auction.

УДК 347.1

**О. В. ГОРЕЦЬКИЙ**

*Олег Васильович Горецький, аспірант Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

## ПРИНЦИПИ ЗДІЙСНЕННЯ ПРОЦЕДУРИ ПРИМИРЕННЯ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Розкриття визначення сутності примирних процедур і примирення сторін, послідовності його проведення, а також вибір концептуальної моделі здійснення в цивільному судочинстві неможливе без звернення до базових засад, вихідних характеристик і теоретичних концептів даного правового явища. Слід передусім говорити про вивчення фундаментальних принципів примирних процедур як основоположної правової категорії, яка розширює традиційне розуміння цивільної процесуальної діяльності, прав і обов'язків її учасників.

Виправданим, на наш погляд, вбачається звернення до дослідження таких принципів із позиції сформованого інструментарію їх вивчення, наукових підходів і концепцій, що відображають сучасний етап розвитку суспільної і правової думки та законодавства. Слід зазначити, що поняття «принцип» досить широко використовується суспільними науками. І в цьому зв'язку цілком закономірною є відмінність запропонованих підходів, акцентування уваги дослідників на своєму специфічному предметі і об'єкті пізнання. Проте саме різноаспектна характеристика принципів і, відповідно, їх пізнання як явища об'єктивної дійсності сприяє виявленню таких ознак і якостей, які властиві даній категорії в будь-якій системі наукового знання і світогляду. Напевне, не випадково багато дослідників виділяють цілу низку ознак, що допомагають розкрити природу, призначення принципів, закономірності формування їх системи: етимологічні, гносеологічні, методологічні та ціннісні риси<sup>1</sup>.

Як відомо, слово «принцип» походить з латинської мови. Зазвичай слово «*principium*» перекладається як початок, основа<sup>2</sup>. Хоча цікаво зазначити, що окремі автори наполягають на запозиченні цього терміна з французької або навіть німецької мови, даючи час його появи у вітчизняній словесності XVIII століттям<sup>3</sup>. Однак хоч якими б різними були шляхи виникнення цього поняття, його етимологічні ознаки продовжують залишатися в полі зору сучасних учених, даючи їм вагомий підстави розглядати принципи як основу створення систем наукового знання: концепцій, теорій, вчень тощо.

Юридична наука не одне десятиліття продовжує дослідження проблематики принципів, намагаючись не тільки виявити спільність і відмінності їх ознак, порівняно з іншими суспільними науками, а й з'ясувати їх практичне значення, простежити за реалізацією в певних сферах суспільних відносин, регульованих правом.

У сучасних роботах ми можемо спостерігати високий ступінь наслідування у вивченні принципів права. А. М. Колодій одним із перших у межах загальної теорії права звернувся до категорії принципів і дав їм розширене тлумачення. Учений розглядав принципи як вихідні ідеї їх буття, що виражають найважливіші закономірності та основи даного типу держави і права, є явищами одного порядку з правом, становлять його головні риси, відрізняються універсальністю, вищою імперативністю, відповідають об'єктивній необхідності побудови і зміцнення суспільного ладу<sup>4</sup>.

Погляд на принципи права як основні ідеї, що відображають сутність, призначення, закономірності та тенденції розвитку права, весь процес правозастосування підтримували й інші автори<sup>5</sup>. Цікаво зазначити, що проблема розуміння принципів права продовжує належати до найважливіших напрямів у сучасному правознавстві, про що свідчить і вибір теми національної правової дискусії, яка відбулася зовсім недавно на сторінках провідного юридичного журналу країни «Право України» – принципи права: актуальні питання<sup>6</sup>.

Наведені висловлювання є досить показовими щодо оцінки наукової спадщини. У низці поглядів ще переважає нормативістське праворозуміння, що накладає значний відбиток на сприйняття багатьох правових конструкцій. Принципи права, напевне, є мірилом змін держави і права, світоглядної основи суспільства. У цьому сенсі відхід від нормативності у праві, розгляд правових явищ із позиції природного права і примату інтересів особистості, який усе частіше спостерігається в юридичній літературі, є знаковою подією. У будь-якому випадку галузеві науки очікують нових підходів до розуміння права в цілому і формування адекватного понятійно-категоріального апарату правової науки з метою застосування отриманого знання до регулювання специфічних суспільних відносин, які становлять предмет тієї чи іншої галузі права.

Особливо яскраво ці тенденції можна простежити на прикладі наукової спадщини, яка відобразила складні етапи розвитку науки цивільного процесу.

У певному сенсі центральною є проблема принципів і в роботах сучасних учених-процесуалістів<sup>7</sup>. Цивілістична процесуальна доктрина йде шляхом дослідження фундаментальних положень, що розкривають природу самого процесу, способи впливу на суспільні відносини, які виникають між судом і особами, що беруть участь у справі, а також визначають характер і послідовність здійснення цивільної процесуальної діяльності, повноваження її учасників тощо.

Таким чином, як базисну для нашого дослідження сформулюємо тезу про те, що поява у структурі цивільного процесу дій суду, пов'язаних із врегулюванням спору, обумовлює аналіз принципів примирних процедур із позиції доктрини і практики реалізації системи принципів цивільного судочинства, яка склалася. Це дає нам деякі підстави розглядати принципи примирних процедур як основні положення, що розкривають правову природу діяльності щодо врегулювання спору, визначають способи впливу на суспільні відносини, які виникають між судом і учасниками процесу в межах його проведення, послідовність здійснення, а також права і обов'язки її суб'єктів.

Основоположним принципом цивільного судочинства справедливо заведено вважати принцип диспозитивності. Беручи свої витоки ще в давньоруському судовому процесі, диспозитивність на багатьох етапах розвитку держави і права стала показником свободи вибору правових процедур. Відповідно до класичної цивільної правової доктрини розпорядження, що заснована на автономії волі сторін, диспозитивність являє собою забезпечену усією структурою судового процесу свободу осіб, які беруть участь у справі, розпоряджатися своїми матеріальними правами і процесуальними засобами захисту права, а також можливість активно впливати на здійснення судочинства з метою належного захисту судом прав заінтересованих осіб відповідно до закону, інтересів держави та учасників справи<sup>8</sup>.

Не менш значущим є розгляд диспозитивності і як рухомого начала цивільного судочинства, що допомагає розкрити її функціональне призначення. Відмінною (характерною) особливістю диспозитивності є можливість вибору правових процедур; воля заінтересованих осіб, від якої залежить виникнення і рух процесу; інтерес, який виступає головним фактором при виборі варіантів поведінки; розпорядчі правомочності сторін; обмеження волі, інтересу й поведінки в разі необхідності<sup>9</sup>.

Стаття 11 попереднього ЦПК України передбачала, що суд розглядає справи не інакше як за зверненням особи, поданого в порядку, встановленому цим кодексом, у межах заявлених ним вимог. Учасник справи розпоряджається своїми правами на предмет спору на власний розсуд. Конкретні правомочності сторін щодо розпорядження предметом спору регламентовані відповідно до стадій цивільного процесу. Новий ЦПК України не привніс будь-яких істотних новел у розуміння диспозитивності. Теорія розпорядження продовжує залишатися пріоритетною для вітчизняного законодавця.

Проявом принципу диспозитивності можна вважати можливість сторін звернутися до суду за проведенням процедури врегулювання спору. На це прямо вказується в ч. 1 ст. 202 нового ЦПК України. Врегулювання спору за участю судді проводиться за згодою сторін до початку розгляду справи по суті. З огляду на диспозитивні начала цивільного судочинства проведення врегулювання спору за участю судді здійснюється у формі спільних і (або) закритих засідань. Сторони мають право брати участь у таких засіданнях у режимі відеоконференції в порядку, визначеному цим Кодексом.

Безперечно, основою будь-якої примирної процедури є добровільність її проведення. Неможливість застосування примусу до участі у врегулюванні спору виступає однією з особливостей примирних процедур, її базовою характеристикою. Це означає, що звернення до суду за проведенням дій із врегулювання спору, участь у примирній процедурі, а також виконання прийнятого рішення носить добровільний характер і підпорядковано диспозитивним засадам правового регулювання. На думку вчених-процесуалістів, добровіль-

ність щодо сторін, які беруть участь у примирних процедурах, необхідно розглядати в таких аспектах. По-перше, процедуру примирення можна почати тільки за умови, якщо сторони дійшли взаємної домовленості. По-друге, продовження примирної процедури залежить також від волевиявлення сторін. Будь-хто з учасників у односторонньому порядку має право припинити процедуру примирення без будь-яких негативних для себе наслідків. По-третє, під час пошуку оптимальних рішень не здійснюється жодного зовнішнього тиску, за будь-якою зі сторін зберігається право прийняти або відхилити варіант врегулювання спору, який був обраний у процесі примирної процедури<sup>10</sup>.

Добровільність участі як фундаментальна ідея проведення примирних процедур отримала також і законодавчий розвиток у низці міжнародно-правових актів. Зокрема, в Рекомендаціях Комітету міністрів Ради Європи «Про сімейну медіацію» від 21 січня 1998 р. № (98) 1, у Типовому Законі ЮНСІТРАЛ про міжнародну комерційну погоджувальну процедуру, у Висновку Консультативної ради європейських суддів Ради Європи № 6 від 24 листопада 2004 р. «Про справедливий судовий розгляд у розумні терміни і роль судді в судових процесах із урахуванням альтернативних способів вирішення спорів», у Директиві Європейського Парламенту та Ради «Про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних і комерційних справах» від 21 травня 2008 р., де особливо підкреслюються спроби сторін самостійно, на добровільній основі досягти згоди у вирішенні спору.

Таким чином, принцип диспозитивності знаходить свій вияв у можливості сторін звернутися за проведенням врегулювання спору за участю судді, добровільній участі у примирній процедурі і виконанні прийнятого за результатами примирення рішення.

Хоча значення доброї волі сторін у здійсненні примирних процедур не ставиться сьогодні під сумнів, проте пропонуються різні підходи, так чи інакше пов'язані з обмеженням дії принципу диспозитивності. В даному випадку, як правило, йдеться про так звані обов'язкові процедури врегулювання спору.

Наступним аспектом прояву принципу диспозитивності є добровільність участі у примирній процедурі та прийняття рішення на умовах, що задовольняють обидві сторони. Це означає, що сторони мають можливість виходу з процедури примирення в будь-який час. Причини такого виходу можуть бути різні. Пункт 1 ч. 1 ст. 205 ЦПК передбачає, що врегулювання спору за участю судді припиняється в разі подання стороною заяви про припинення врегулювання спору за участю судді. Крім того, самі сторони створюють умови для врегулювання спору. Роль судді зводиться до того, що він може запропонувати лише можливий шлях мирного врегулювання спору. Під час проведення врегулювання спору суддя не має права давати сторонам юридичні поради та рекомендації, оцінювати докази у справі (ч. 4, 6 ст. 204 ЦПК).

Принцип диспозитивності поширює свою дію і на стадію виконання рішення. Природа примирної процедури обумовлює прийняття такого рішення, яке відповідає інтересам обох сторін. Не змінює добровільного характеру виконання рішення і практика перевірки суддею угоди сторін на предмет її відповідності положенням закону і надання їй виконавчої сили, яка, наприклад, спостерігається в законодавстві окремих європейських країн.

Новий ЦПК України як результат проведення примирної процедури розглядає, зокрема, і укладення мирової угоди. Пункт 4 ч. 1 ст. 205 закріплює положення про те, що врегулювання спору за участю судді припиняється в разі укладення сторонами мирової угоди або звернення до суду із заявою щодо її затвердження.

У ст. 209 вказується, що виконання мирової угоди здійснюється особами, які уклали її, в порядку та строки, передбачені цією угодою. Ухвала про затвердження мирової угоди є виконавчим документом і повинна відповідати вимогам, що висуваються до виконавчих документів, які встановлені Законом України «Про виконавче провадження».

Одним із основоположних принципів цивільного процесу є гласність і відкритість судового розгляду. Значення публічності й транспарентності для здійснення правосуддя складно переоцінити, вони вже давно втілюють право суспільства контролювати судову систему, рішення, прийняті суддями, формування адекватної суспільним потребам і очікуванням практики правозастосування. Показово, що міжнародно-правові акти розглядають гласність як невід'ємну ознаку ведення судочинства (ст. 10, 11, 19, 29 Загальної декларації прав людини, ст. ст. 14, 19 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права).

Більше того, ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод називає гласність однією зі складових справедливого судового розгляду. Судове рішення проголошується публічно, але преса і публіка можуть бути не допущені в судові засідання протягом усього процесу або його частини в інтересах моралі, громадського порядку або національної безпеки в демократичному суспільстві, а також коли того вимагають інтереси неповнолітніх або захист приватного життя сторін, або – настільки, наскільки це, на думку суду, суворо необхідно, – коли за особливих обставин публічність розгляду може зашкодити інтересам правосуддя.

Звернення до національного законодавства свідчить, що ЦПК України в новій редакції, фактично, наслідуючи попередників, закріплює загальну гласність і встановлює, що розгляд справ у судах відбувається усно й відкрито, крім випадків, передбачених цим Кодексом. Кожна особа має право бути присутньою у відкритому судовому засіданні.

Очевидно, що розуміючи гласність у широкому сенсі, законодавець допускає певні її обмеження. З огляду на це становить інтерес проблема реалізації концепту конфіденційності під час проведення примирних процедур.

Важливість забезпечення конфіденційності отриманої інформації під час здійснення примирення сторін не є чимось абсолютно новим. У багатьох країнах довіра до примирних процедур обумовлюється саме

можливістю збереження отриманої інформації в таємниці. Як зазначає О. О. Кармаза, забезпечення безпеки правових відносин та інформації, яка використовується у процесі медіації – основа примирних процедур<sup>11</sup>. У правовій доктрині, як відомо, прийнято виділяти декілька зрізів вивчення конфіденційності. По-перше, йдеться про конфіденційність самої процедури, яка означає, що на засіданнях присутні тільки сторони спору і посередник. Під час проведення примирної процедури не ведуться жодні записи. По-друге, про конфіденційність інформації, одержаної сторонами і посередником у процесі врегулювання спору. Ця інформація на законодавчому рівні захищається привілеєм від розголошення<sup>12</sup>.

Таким чином, положення про конфіденційність примирної процедури, як правило, означає, що інформація, отримана в результаті її проведення, не підлягає розголошенню. Частина 7 ст. 204 нового ЦПК України передбачає, що інформація, отримана будь-якою зі сторін, а також суддею під час здійснення врегулювання спору, є конфіденційною. Під час проведення врегулювання спору за участю судді протокол засідання не ведеться і не здійснюється фіксування технічними засобами.

Отже, з позиції закону вся інформація, яка стала відомою у зв'язку із проведенням примирної процедури, має характер конфіденційної. Вимога дотримуватися конфіденційності отриманої інформації поширюється на сторони і суд. Крім того, обов'язок збереження конфіденційності інформації покладено і на перекладача. Частина 8 ст. 204 нового ЦПК України прямо вказує на те, що перекладач попереджується про конфіденційний характер інформації, отриманої під час врегулювання спору за участю судді.

Найчастіше забезпеченню конфіденційності інформації, отриманої під час проведення примирних процедур, сприяють правила щодо імунітету свідків, неприпустимості використання такої інформації як доказу, а також неможливості участі судді, який проводив врегулювання спору, у подальшому розгляді цивільної справи.

Наступним принципом цивільного процесу, який також певним чином впливає на зміст правових норм і напрями розвитку судових процедур, є принцип процесуального рівноправ'я сторін. У даному принципі відобразився безперервний процес пошуку форм і методів здійснення судової діяльності. Сьогодні доктрина рівних процесуальних можливостей «equality of arms» виступає визначальною характеристикою цивільного процесу, яка уособлює реалізацію фундаментальних концептів доступності правосуддя і гарантованості прав особи. Витоки такого розуміння знаходимо у природі правосуддя в цивільних справах, необхідності забезпечення справедливості судового розгляду, яка може мати місце лише тоді, коли кожній зі сторін буде надано розумну можливість представити свою позицію за відсутності в будь-якої зі сторін явної переваги<sup>13</sup>.

Проявом принципу процесуального рівноправ'я сторін можна вважати закріплення такого статусу сторін, який передбачає рівне становище і рівні можливості участі у примирній процедурі, зокрема, під час обґрунтування свого бачення шляхів вирішення правового конфлікту, визначення можливих умов мирової угоди чи інших результатів примирення сторін.

У доктринальній правовій літературі підкреслюється важливість збереження особливих цивільних процесуальних відносин між сторонами, основу яких становить сумлінне використання процесуальних прав і виконання процесуальних обов'язків<sup>14</sup>. Варто зазначити, що законодавство низки європейських країн прямо закріплює заборону зловживання процесуальними правами і обов'язок сторін співпрацювати у процесі розгляду й вирішення цивільної справи. Вітчизняне цивільне процесуальне законодавство в цілому сприймає тенденції, що розглядаються, і в п. 3 ч. 1 ст. 205 нового ЦПК України наділяє суддю повноваженнями щодо припинення врегулювання спору в разі його затягування будь-якою зі сторін.

Таким чином, розглянуті нами принципи цивільного судочинства знаходять свій прояв і виявляють специфіку під час здійсненні примирних процедур. Загальним для всієї процедури врегулювання спору є її проведення у відповідність до положень закону. Ця теза стосується однаково чином суду та сторін і не залежить від обраної моделі примирення.

<sup>11</sup> Митина М. Г. Принципы арбитражного судостройства: дисс. ... канд. юрид. наук / М. Г. Митина. – Екатеринбург, 2000. – С. 10.

<sup>12</sup> Большой словарь иностранных слов / сост. А. Ю. Москвин. – М.: ЗАО Центрполиграф, 2005. – С. 538.

<sup>13</sup> Климова А. Н. Принципы гражданского права: дисс. ... канд. юрид. наук / А. Н. Климова. – М., 2005. – С. 15.

<sup>14</sup> Колодій А. М. Конституція і розвиток принципів права України: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / А. М. Колодій. – К., 1999. – С. 19.

<sup>15</sup> Байтин М. И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков) / М. И. Байтин. 2-е изд., доп. – М.: ООО ИД «Право и государство», 2005. – С. 148.

<sup>16</sup> Приміром, див. цикл статей, присвячений принципам права в загальнотеоретичному і конституційному вимірах: Горобець К. Принципи права й авторитетність: міркування щодо нормативності / К. Горобець // Право України. – 2017. – № 7. – С. 9–20; Бочаров Д. Правова позиція як форма конкретизації принципів права («візуальна» інтерпретація) / Д. Бочаров // Право України. – 2017. – № 7. – С. 20–30; Савчин М. Конституційні принципи та їх інтерпретація / М. Савчин // Право України. – 2017. – № 7. – С. 30–39; Погребняк С. Принцип пропорційності як загальний принцип права / С. Погребняк // Право України. – 2017. – № 7. – С. 39–47; Васильченко О. Сучасний зміст конституційного принципу рівності прав і свобод людини та громадянина / О. Васильченко // Право України. – 2017. – № 7. – С. 47–56; Уварова О. Принцип недискримінації за ознакою статі в судовій практиці України / О. Уварова // Право України. – 2017. – № 7. – С. 56–67 та ін.

<sup>17</sup> Мамницький В. Ю. Принцип состязательности в гражданском судопроизводстве: дисс. ... канд. юрид. наук / В. Ю. Мамницький. – Х., 1995. – 177 с.; Немировська О. В. Принцип змагальності сторін та його реалізація в судовій практиці: дис. ... канд. юрид. наук / О. В. Немировська. – К., 1999. – 189 с.; Омельченко М. П. Принцип об'єктивної істини цивільного проце-



суального права України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / М. П. Омельченко. – К., 1996. – 23 с.; Андрушко А. В. Принцип диспозитивності цивільного процесуального права України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / А. В. Андрушко. – К., 2002. – 17 с.; Рожнов О. В. Принцип оперативності в цивільному процесуальному праві: автореф. ... канд. юрид. наук / О. Рожнов. – Х., 2000. – 20 с.; Шутенко О. В. Проблеми диспозитивності в цивільному судочинстві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / О. В. Шутенко. – Х., 2003. – 19 с.; Ясинок М. М. Принципи усності, безпосередності та безперервності у цивільному судочинстві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / М. М. Ясинок. – Х., 2004. – 20 с.; Волосенко С. О. Принципи змагальності та об'єктивної істини у цивільному процесі України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / С. О. Волосенко. – К., 2004. – 19 с.; Тимченко Г. П. Принципи цивільного та адміністративного судочинства в Україні: проблеми теорії і практики: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / Г. П. Тимченко. – К., 2012. – 40 с.

<sup>8</sup> Семенов В. М. Конституционные принципы гражданского судопроизводства / В. М. Семенов. – М.: Юрид. лит., 1982. – С. 118.

<sup>9</sup> Тимченко Г. П. Вказана праця. – С. 16.

<sup>10</sup> Шумова К. А. Принципы медиации: дисс. ... канд. юрид. наук / К. А. Шумова. – Саратов, 2015. – С. 82; Кармаза О. О. Институт медиации: основные концепции развития / О. О. Кармаза // Підприємництво, господарство і право. – 2017. – № 2. – С. 25.

<sup>11</sup> Кармаза О. О. Вказана праця. – С. 26.

<sup>12</sup> Носырева Е. И. Конфиденциальность внесудебного урегулирования споров по законодательству США / Е. И. Носырева // Российская юстиция. – 2000. – № 12. – С. 46.

<sup>13</sup> Тимченко Г. П. Вказана праця. – С. 16–17.

<sup>14</sup> Аболонин В. О. Злоупотребление правом на иск в гражданском процессе Германии / В. О. Аболонин. – М.: Волтерс Клувер, 2009. – С. 26.

### Резюме

#### **Горецький О. В. Принципи здійснення процедури примирення в цивільному судочинстві.**

У статті аналізуються фундаментальні принципи примирних процедур як правова категорія, що розширює традиційне розуміння цивільної процесуальної діяльності, прав і обов'язків її учасників. Дослідник підкреслює, що тенденції суттєвої модернізації процесуального законодавства визначають розвиток вітчизняної правової системи. Уперше пропонуються загальні підходи до регламентації різних видів судочинства, що знову актуалізує проблему формування загальних засад здійснення правосуддя.

Обґрунтовується, що поява у структурі цивільного процесу дій суду, пов'язаних із врегулюванням спору, обумовлює аналіз принципів примирних процедур із позиції доктрини і практики реалізації системи принципів цивільного судочинства, яка склалася. Принципи примирних процедур розглядаються як основні положення, що розкривають правову природу діяльності щодо врегулювання спору, визначають способи впливу на суспільні відносини, що виникають між судом і учасниками процесу в межах його проведення, послідовність здійснення, а також права і обов'язки її суб'єктів.

**Ключові слова:** принципи цивільного процесу, примирна процедура, диспозитивність, конфіденційність, медіація, врегулювання спору.

### Резюме

#### **Горецкий О. В. Принципы осуществления процедуры примирения в гражданском судопроизводстве.**

В статье анализируются фундаментальные принципы примирительных процедур как правовой категории, расширяющей традиционное понимание гражданской процессуальной деятельности, прав и обязанностей его участников. Исследователь отмечает, что тенденции существенной модернизации процессуального законодательства определяют развитие отечественной правовой системы. Впервые предлагаются общие подходы к регламентации различных видов судопроизводства, что вновь актуализирует проблему формирования общих начал осуществления правосудия.

Обосновывается, что появление в структуре гражданского процесса действий суда, связанных с урегулированием спора, обуславливает анализ принципов примирительных процедур с позиции сложившейся доктрины и практики реализации системы принципов гражданского судопроизводства. Принципы примирительных процедур рассматриваются как основные положения, раскрывающие правовую природу деятельности по урегулированию спора, определяющие способы воздействия на общественные отношения, возникающие между судом и участниками процесса в рамках ее проведения, последовательность осуществления, а также права и обязанности ее субъектов.

**Ключевые слова:** принципы гражданского процесса, примирительная процедура, диспозитивность, конфиденциальность, медиация, урегулирование спора.

### Summary

#### **Goretsky O. Principles of the implementation of the conciliation procedure in civil litigations.**

In this article the researcher analyzes the fundamental principles of conciliation procedures as a legal category which extends the traditional understanding of civil procedural action, the rights and duties of trial participants. The Researcher notes that the tendencies of the significant modernization of the procedural legislation determine the development of the national legal system. It is for the first time that the general approaches to the regulation of various types of judicial proceedings are proposed and this again actualizes the problem of the developing of common principles for the delivery of justice.

The author of this article justifies that the appearance of court actions related to the settlement of the dispute in the structure of the civil process causes the need for analysis of the principles of conciliation procedures from the standpoint of the established doctrine and practice of implementation the system of principles of civil procedure. The principles of conciliation procedures are scrutinized as the main provisions that reveal the legal nature of the dispute settlement activity. These principles determine the methods of influence on the social relations between the court and the participants of the proceeding, within the framework of such conciliation procedures, the sequence of their implementation, as well as the rights and duties of their participants.

**Key words:** principles of civil proceedings, conciliation procedure, disposability, permissive rule, confidentiality, mediation, dispute settlement.

**Н. Г. КАШКАНОВА**

*Наталія Геннадіївна Кашканова, аспірант Київського університету права НАН України*

## **ОСОБЛИВОСТІ ЗМІСТУ ДОГОВОРІВ ПРО ЗАСТОСУВАННЯ МЕДИКО-БІОЛОГІЧНИХ ЕКСПЕРИМЕНТІВ НА ЛЮДЯХ**

Правове регулювання суспільних відносин здійснюється за допомогою норм права та поширюється на невизначене коло суб'єктів та життєвих випадків, і в межах індивідуального (приватного) правового регулювання, що здійснюється за допомогою чітко визначених положень, які регулюють відносини на підставі, у відповідності та на виконання норм права, між конкретними суб'єктами та щодо конкретних життєвих ситуацій. Важливе місце в системі індивідуального (приватного) правового регулювання займає інститут договору, який забезпечує регулювання відносин між конкретними суб'єктами права і щодо конкретного життєвого випадку або їх сукупності. У договірному порядку забезпечується впорядкування відносин у більшості сфер життєдіяльності людини, в тому числі й у сфері застосування медико-біологічних експериментів на людях.

Застосування медико-біологічних експериментів на людях – це насамперед відносини цивільно-правового характеру, які стосуються матеріальних та пов'язаних з ними нематеріальних аспектів діяльності щодо проведення медико-біологічного дослідження явищ і процесів людського організму, змістом яких є активний вплив на організм людини у формі застосування діагностичних, лікувальних, профілактичних методик, лікарських засобів, пов'язаний із втручанням в особисті права людини, що націлений на встановлення закономірностей виникнення різних хвороб, механізмів їх розвитку, розробки і перевірки ефективності нових методів профілактики та лікування. І ці відносини потребують як належного законодавчого забезпечення, так і можливості регулювання за допомогою цивільно-правового договору.

Зміст цивільно-правового договору – це невід'ємний його елемент, який походить від узгодженої волі сторін договору, визначає їх права та обов'язки і виступає засобом закріплення мети участі сторін у правовідносинах, що породжені цивільно-правовим договором. В юридичній науці зміст цивільно-правового договору визначається неоднозначно. Так, зміст цивільно-правового договору доктринально визначається як результат реалізації свободи договору, що визначає здатність (можливість) особи діяти відповідно до узгодженої волі та інтересів сторін<sup>1</sup>. Також змістом договору позначаються цивільно-правові наслідки, настання яких націлено договір та ініціатива участі сторони в цивільно-правових відносинах<sup>2</sup>; комплекс прав та обов'язків сторін договору<sup>3</sup>, або його умов<sup>4</sup>; характер юридично значимих дій сторін договору<sup>5</sup>; модель майбутньої поведінки сторін<sup>6</sup>. З огляду на зазначене вище змістом цивільно-правового договору є насамперед результат узгодження волевиявлення його сторін у вигляді кореспондуючих прав та обов'язків сторін, що становлять його умови та визначають правові наслідки, які мають бути досягнуті в результаті виконання умов договору. Положеннями Цивільного кодексу України (ч. 1 ст. 628) закріплено, що зміст договору становлять умови (пункти), визначені на розсуд сторін і погоджені ними, та умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства<sup>7</sup>.

У контексті аналізу цивільно-правових договорів про застосування медико-біологічного експерименту на людях в якості змісту зазначених договорів слід розуміти його умови (пункти), які закріплюють систему кореспондуючих прав та обов'язків сторін договору щодо проведення медико-біологічного експерименту за участю людини, які стосуються конкретних суб'єктів правовідносин та конкретної життєвої ситуації.

Умови цивільно-правового договору в цілому, в тому числі й договору про застосування медико-біологічного експерименту за участю людини, в юридичній науці поділяються на істотні і неістотні умови<sup>8</sup>, окремо додаються вченими ще й інші договірні умови, котрі мають юридичне значення або додаткові умови, що відповідають істотним та неістотним<sup>9</sup>, додаються також і випадкові умови, що не мають безпосереднього відношення до предмета договору<sup>10</sup>.

Переважаючою в сучасній теорії цивільного права прийнято класифікувати договірні умови залежно від їх юридичного значення на три основні групи: істотні, звичайні (передбачені нормативними актами) та випадкові (включаються в договір за розсудом сторін). Істотними вважаються умови, які необхідні й достатні для укладання договору<sup>11</sup>. Як зазначає Л. Андреева, визначенню істотних умов договорів приділяється значна увага в юридичній літературі, проте їх однозначного розуміння як в теорії, так і правозастосовній практиці не існує до сьогоднішнього дня<sup>12</sup>. Істотні умови цивільно-правового договору про застосування медико-біологічного експерименту на людях законодавчо не встановлені, так само не виокремлено в системі законодавства України й інститут вказаного договору. Відповідно до загальних положень цивільного законодавства України (ч. 1 ст. 638 ЦК України) визначено перелік істотних умов цивільно-правового договору, до яких віднесено предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди<sup>13</sup> (наприклад, матеріальне забезпечення піддослідного на період проведення експерименту, забезпечення його проживан-

ня, харчування під час проведення експерименту тощо). І саме з моменту досягнення згоди з усіх істотних умов договору цивільне законодавство України пов'язує факт (момент) укладення договору. Вказана думка підтримується і представниками теорії цивільного права, які вважають, що істотні умови визначаються самою природою певного типу договорів. Вони є необхідними і достатніми для досягнення домовленості. Узгодження істотних умов означає, що договір укладено. До істотних відносять умови про предмет і умови, які необхідні для договорів даного виду (ціна, строк), а також умови, стосовно яких за заявою однієї зі сторін має бути досягнуто згоди<sup>14</sup>.

У інших чинних законодавчих та підзаконних актах України положення щодо істотних умов договору про застосування медико-біологічного експерименту на людях не встановлені, так само не закріплене і само положення, що проведення медико-біологічного експерименту здійснюється на основі договору. Однак варто звернути увагу на положення Глави 62 ЦК України, що регулюють відносини при виконанні науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт. Вказані відносини опосередковано стосуються медико-біологічного експерименту, особливо наукового медико-біологічного експерименту як елементу (етапу, способу) наукового дослідження. У ст. 892 ЦК України закріплено, що за договором на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт підрядник (виконавець) зобов'язується провести за завданням замовника наукові дослідження, розробити зразок нового виробу та конструкторську документацію на нього, нову технологію тощо, а замовник зобов'язується прийняти виконану роботу та оплатити її. Okремо законодавцем регламентовано зміст виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт, порядок передання, прийняття й оплати робіт, положення про конфіденційність відомостей про договір, права сторін на результати робіт, обов'язки виконавця та замовника тощо. Водночас варто звернути увагу на те, що зазначені положення можуть бути застосовані при регулюванні відносин, які виникають при проведенні наукового медико-біологічного експерименту на людях, однак вони не повною мірою здатні всесторонньо та ефективно упорядкувати зазначені відносини. Положення ст. 3 ЦК України щодо принципу свободи договору свідчить про необмеженість кола умов договору про застосування медико-біологічного експерименту за участю людини.

У контексті змісту договору про застосування медико-біологічного експерименту на людях можемо зазначити, що його істотні умови законом безпосередньо не визначені, тобто відповідно до загального положення ЦК України в якості істотних умов ми називаємо предмет договору. Істотні умови, що хоча в законі й не визнані істотними, але є такими через їх необхідність для договорів даного виду (типу) так само законодавством не визначені. Адже договір про застосування медико-біологічного експерименту на людях не віднесений законом до жодного з видів (типів) договорів. Істотні умови, стосовно яких згода повинна бути досягнута через те, що одна зі сторін наполягає на їх включенні до договору, мають невизначене коло, оскільки залежать від багатьох факторів, а саме: характеру і змісту експерименту, особи піддослідного та дослідника, а також змісту їх волевиявлення, характеру виправданого ризику, прогнозованих результатів його проведення тощо.

Водночас відсутність згоди між сторонами договору щодо будь-якої умови є свідченням того, що згоди з усіх або деяких істотних умов договору не досягнуто і, як наслідок, договір не було укладено. Тому варто погодитись із думкою М. Сібільова, що не має принципового значення те, чим визначена наперед обов'язковість істотних умов – згодою сторін на це чи їх вимушеністю підкорятися імперативним вимогам закону або існуючому в державі правопорядку, оскільки незгода сторін з ними з будь-яких мотивів тягне однаковий наслідок — договір не визнається укладеним. У цьому й полягає така інтегруюча ознака всіх істотних умов договору, як їх обов'язковість<sup>15</sup>.

Незважаючи на те, що чинним законодавством України істотні умови договору про застосування медико-біологічного експерименту за участю людини не закріплені, в якості таких умов варто виокремити ті з них, які не можуть бути не погоджені та регламентовані між суб'єктами в договірному порядку. До таких істотних умов слід віднести насамперед предмет договору. Предмет договору про застосування медико-біологічного експерименту на людях обумовлений насамперед специфікою самого медико-біологічного експерименту, а також особливостями сторін договору, їх правами, свободами та законними інтересами. Практика відносин у сфері проведення медико-біологічного експерименту за участю людини доводить, що предмет зумовлений станом здоров'я піддослідного, а саме наявністю чи відсутністю конкретних захворювань, наявністю ризиків їх набуття, особливостями протікання хвороб, перспективами їх лікування. В узгоджувальному порядку сторони мають встановити та закріпити у змісті договору конкретний зміст медико-біологічного експерименту, характер необхідних медико-біологічних дій, їх обсяг, межі, процесуальні аспекти тощо. До складу предмета договору можуть бути включені чіткий перелік дій профілактичного, діагностичного, лікувального, реабілітаційного характеру, що стосуються експерименту.

Виходячи з багатоаспектного розуміння змісту цивільно-правового договору, вважаємо, що його зміст становить особливий юридичний зв'язок між дослідником і піддослідним, що виявляється в кореспондуючих правах та обов'язках. Саме їх сукупність і буде визначатися як зміст договору.

Іншою істотною умовою договору про застосування медико-біологічного експерименту є його ціна. В юридичній літературі на це звертається особлива увага, а також підкреслюється необхідність встановлення в законодавчому порядку мінімальної межі (розміру грошових коштів), що гарантовано мають бути сплачені піддослідному за участь у медико-біологічному експерименті. Ми досить критично ставимось до ідеї оплатності та імперативності правового регулювання оплатності в частині встановлення нижньої граничної межі грошової винагороди піддослідному<sup>16</sup>.

Погоджуємось, що сьогодні високий відсоток тих осіб, які беруть участь у медико-біологічному експерименті з міркувань фінансової винагороди. Проте у договорах щодо медико-біологічного експерименту ми повинні розглядати не лише ціну, а й винагороду. У даному контексті під винагородою ми розуміємо будь-які майнові та немайнові блага. Немайнові блага, такі як фізичне здоров'я, покращення стану і т.д., а майнові – це власне отримання зиску. Слід звернути увагу, що отримання майнової вигоди від участі в медико-біологічному експерименті є часом прямою підставою для визнання його недійсним. Тому згодні в тому, що ціна договору про застосування медико-біологічного експерименту на людях є його істотною умовою, яка має бути угоджена сторонами, забезпечити покриття витрат піддослідного, наявність виправданого ризику при проведенні експерименту тощо. Водночас піддослідний залишає за собою право відмовитись від фінансової винагороди за участь у проведенні експерименту з власних мотивів (поява шансу на одужання, сприяння розвитку наукових досліджень тощо). Так само не є прибічниками законодавчого встановлення мінімальної чи максимальної граничної межі грошової винагороди піддослідного, залишивши питання розміру на погодження між дослідником та піддослідним.

Іншою істотною умовою медико-біологічного експерименту є термін його проведення. Слід вказати на те, що за своєю сутністю медико-біологічний експеримент – це інститут, що зумовлений часовими рамками, проведення якого обмежується початком та завершенням. Враховуючи наявність виправданого ризику при проведенні медико-біологічного експерименту, слід зазначити, що він не може бути безстроковим і тривати невизначений проміжок часу (наприклад, все життя людини). Термін проведення експерименту має бути визначено у змісті договору шляхом встановлення конкретних часових рамок або прив'язавши його до конкретної події (стану), що однозначно має відбутись у майбутньому.

В якості істотної умови договору слід зазначити права та обов'язки дослідника і піддослідного, які мають носити кореспондуючий характер та відповідати положенням чинного законодавства. Що стосується дослідника, то положеннями договору можуть бути закріплені обов'язки щодо надання консультацій піддослідному, здійснення контролю за його станом здоров'я, надання матеріальної та моральної підтримки піддослідному тощо. Разом із тим до кола прав дослідника може бути включено таке: вимагати від піддослідного дотримання положень регламентів проведення експерименту, а також можливості вчиняти всі необхідні медико-біологічні маніпуляції, які стосуються експерименту, на результати, що будуть отримані в результаті проведення експерименту тощо. У свою чергу, піддослідний зобов'язаний дотримуватись усіх приписів щодо проведення медико-біологічного експерименту (режиму поведінки, прийому ліків, проведення призначених процедур), правил внутрішнього розпорядку для хворих, внутрішнього лікарняного розпорядку дня<sup>17</sup>; утримуватись від певних дій (наприклад, вживання спиртних напоїв), своєчасно повідомляти дослідника про зміни у стані здоров'я тощо. Порушення цих правил може стати підставою для настання цивільно-правової відповідальності. Серед прав піддослідного можливо передбачити в договірному порядку право на перевірку ходу і змісту експерименту, доступу та ознайомлення з усіма документами, які стосуються проведення медико-біологічного експерименту тощо.

У науковому плані цікавим залишається питання договірної регулювання відносин, пов'язаних із плацебо. Плацебо в науковій літературі визначається як препарат, який завідомо не має жодних цілющих властивостей, так званий «порожній препарат»<sup>18</sup>. В енциклопедичній літературі плацебо визначається як лікарська форма, яка містить нейтральні речовини та застосовується для вивчення ролі навіювання в лікувальному ефекті будь-якої лікарської речовини. Застосовується також для здійснення контролю при дослідженні ефективності нових лікарських препаратів<sup>19</sup>. Автор статті пропонує таке визначення плацебо як складової медико-біологічного експерименту: плацебо – це метод впливу на піддослідного, при якому відсутні активні фармацевтичні інгредієнти та будь-який інвазійний метод впливу на піддослідного, про що останній не інформується. Плацебо може використовуватись і в межах експериментальної медицини, щоб порівняти вплив неактивної речовини з впливом експериментального препарату чи методу. Вони призначаються також пацієнтам, які не можуть приймати необхідні ліки, або, які за рішенням медичної установи не потребують такого лікування<sup>20</sup>. У медико-біологічному плані ця реакція проявляється зміною в фізіологічному і психологічному станах людини перед, під час або після застосування медико-біологічного експерименту порівняно з контрольною групою осіб, які не брали участі в проведенні медико-біологічного експерименту та вели звичайний спосіб життя. У літературних джерелах підкреслюється, що результати численних досліджень свідчать про те, що соціальне середовище, налаштування піддослідного безпосередньо обумовлює ефекти плацебо. Так, клінічні спостереження за хворими показали, що: а) напруга у персоналу викликає ноцебо-ефекти; б) призначення пацієнтам препаратів для зняття тривоги значно знижує тривогу у медперсоналу (це явище було названо «плацебо-рикошет»); в) скепсис лікарів і персоналу набагато знижує ефект від лікарської терапії; г) зафіксовано плацебо-ефект у контрольній групі хворих, які проходили амбулаторне лікування, порівняно з тими, хто приймав ті ж препарати, але був ізольований у стаціонарі; д) віра в силу ліків самого лікаря і медичних сестер вважається головним фактором детермінації плацебо-ефектів<sup>21</sup> тощо.

Автор статті погоджується з позицією вчених про те, що плацебо може становити предмет медико-біологічного експерименту, навіть якщо це суперечить принципу поінформованості піддослідного про медико-біологічний експеримент. Проте й не відкидає того, що в цьому плані справедливою і обґрунтованою є думка вчених, згідно з якою договори на застосування медико-біологічних експериментів на людях мають засновуватись на принципах визначеності та передбачуваності. Сторони, як передбачається, повинні мати можливість оцінити ризики, пов'язані із укладенням таких договорів, та забезпечити належний рівень регу-

лювання відносин і розподіл ризиків<sup>22</sup>. При розробці дизайну медико-біологічного експерименту, елементом якого є плацебо, юридичною підставою правомірності його застосування є рішення локального біотичного комітету щодо доцільності й необхідності застосування даного методу. Зрозуміло, що відповідно до міжнародного і національного законодавства такими підставами є неможливість отримання достовірної інформації іншим шляхом.

За таких обставин у договорі про проведення медико-біологічного експерименту положення щодо плацебо не прописуються.

Не вирішеною етичною проблемою тут залишається сподівання піддослідного на відповідний терапевтичний ефект, який з високою ймовірністю може не настати або бути менш вираженим, ніж у групі піддослідних, до яких плацебо не застосовувалося. Однозначно на рівні Закону слід передбачити пряму заборону застосування плацебо при орфанних захворюваннях та щодо пацієнтів з обмеженим життєвим прогнозом.

Так само слід звернути увагу і на явище ятрогенії, що є закономірним хворобливим розладом, причиною якого є певне втручання в організм людини. Договірне регулювання медико-біологічного експерименту в сфері психіатрії має низку особливостей, що зумовлює також і особливості ятрогенної патології у цій сфері.

Особливості держаного регулювання медико-біологічних експериментів у сфері психіатрії зумовлені особливим правовим статусом піддослідного. У багатьох випадках це особа з обмеженою дієздатністю, відтак піддослідний не може виступати стороною в договорі. Такий особливий правовий статус пацієнтів з психіатричними нозологіями не повинен позбавляти їх права отримувати медичну допомогу у формі нового лікарського засобу чи способу лікування. Проте до цієї групи піддослідних має застосовуватися принцип «неохідності» та перспективи.

Принцип «неохідності» – це принцип, відповідно до якого медико-біологічний експеримент на людині може проводитися з науковою чи терапевтичною метою, якщо відомі доказові методи медицини способи та методи досягнення відповідного терапевтичного ефекту є не результативними і не можуть покращити якість життя чи продовжити життєвий прогноз.

Тому, поряд із позитивною корисною психотерапією може виникнути і психотерапія негативна, що дає цілий ряд захворювань, де особистість лікаря не тільки має вплив на перебіг і результат хвороби, але сам лікар бере мимоволі ту чи іншу, а іноді значну участь у самому психогенезі хвороби<sup>23</sup>. За своїм змістом ятрогенія виявляється в погіршенні фізичного або емоційного стану людини, мимоволі (з необережності) спровокованому медичним працівником. Після слів або дій медиків у пацієнта формується викривлене уявлення про свій стан (внутрішня картина хвороби), що потім негативно впливає на стан його психіки і здоров'я<sup>24</sup>. Ятрогенне захворювання може стати результатом застосування медико-біологічного експерименту на людині, причиною чого є виконана діагностика або комплекс терапевтичних процедур проведених піддослідному<sup>25</sup>.

Зміст ятрогенної патології визначається у МКХ (міжнародній класифікації хвороб), остання редакція – 1998 року.

Відтак, ятрогенна патологія є закономірним наслідком медичного втручання, в тому числі передбаченого в медико-біологічному експерименті. Виникнення ятрогенної патології не тягне відповідальності за її настання у клінічній практиці, проте у разі її виникнення у медико-біологічному експерименті повинна передбачатись обов'язковість її усунення коштом дослідника (організатора дослідження) та додаткова компенсація піддослідному, у разі якщо шкода від ятрогенної патології переважає терапевтичний ефект або його відсутність.

Сам розмір та форма такої компенсації мають визначатися завчасно у договорі, проте обов'язковість таких умов при проведенні медико-біологічного експерименту повинна бути визначена у спеціальному законі.

У контексті договірної регуляції відносин, що виникають при застосуванні медико-біологічних експериментів на людях, ятрогенія – це обставина форс-мажорного характеру, яка не залежить від дій і волі суб'єктів договору, зокрема від дослідника-лікаря, який несвідомо та неумисно, через необережні висловлювання, поведінку (дії або бездіяльність) може справити психологічний вплив на хворого, після чого у піддослідного формується викривлене уявлення про свій стан (внутрішня картина хвороби), що потім негативно впливає на стан його психіки і здоров'я. Разом із тим сам піддослідний через власну емоційність, помисливість, недовірливість може спровокувати викривлене уявлення про свій стан (внутрішню картину хвороби), що потім може негативно вплинути на стан його психіки і здоров'я. Явище ятрогенії має суб'єктно зумовлений характер, не може бути повною мірою прогнозоване сторонами договору, відповідно, не залежить від дій і волі суб'єктів договору та може становити умови форс-мажору договору про застосування медико-біологічного експерименту.

У якості істотної умови договору про застосування медико-біологічного експерименту на людях слід виокремити умову про відповідальність за невиконання або неналежне виконання умов договору. Що стосується дослідника, то невиконання або неналежне виконання обов'язків буде мати місце при ненаданні належної медичної допомоги піддослідному у випадку, коли така допомога потрібна, ненадання піддослідному об'єктивної та достовірної інформації про характер і зміст медико-біологічного експерименту, наявні ризики і можливі негативні наслідки, які можуть настати за результатом проведення експерименту у тій формі і змісті, які визначені локальним біотичним комітетом. У випадку, коли участь піддослідного у медико-біологічному експерименті має оплатний характер, то з боку дослідника може мати місце факт невиконання чи неналежного виконання обов'язку щодо сплати грошової винагороди піддослідному. Таке порушення проявляється у вигляді повної або часткової несплати піддослідному грошової винагороди, у невиконанні умов по-

рядку оплати винагороди (прострочення оплати, порушення умов передоплати тощо). Такі порушення стосуватимуться і порушення відповідних суб'єктивних прав піддослідного щодо отримання об'єктивної й достовірної інформації про експеримент, надання медичної допомоги, отримання винагороди за участь в експерименті тощо.

Піддослідний так само може бути суб'єктом цивільно-правової відповідальності, що передбачена в договірному порядку. Наприклад, у випадку безпідставної відмови у продовженні проведення медико-біологічного експерименту, що призвело до заподіяння збитків досліднику, або недодержання (порушення) режиму проведення медико-біологічного експерименту, що призвело до припинення експерименту, отримання недостовірних результатів експерименту тощо. Сторони в договірному порядку можуть передбачити юридичну відповідальність піддослідного за дії, які перешкоджають проведенню медико-біологічного експерименту, призводять до псування майна дослідника, розголошення конфіденційної інформації про зміст, характер, результати медико-біологічного експерименту, отримання недостовірної інформації за результатами проведення медико-біологічного експерименту тощо.

Правовий режим майна дослідника (організатора дослідження) має специфіку у сфері, яка пов'язана із організмом людини. Це зумовлено тим, що у певних випадках майно дослідника не можна відділити від організму піддослідного, наприклад стенти, кардіостимулятори, механічне серце, імпланти тощо.

Відтак відповідальність за заподіяння шкоди піддослідним майну дослідника може мати місце лише у випадках, коли майно дослідника під час проведення медико-біологічного експерименту не пов'язано із його організмом. Особливості правового режиму майна дослідника також мають бути визначені у спеціальному законі.

Важливим аспектом для притягнення до цивільно-правової відповідальності є настання негативних наслідків у результаті дії або бездіяльності дослідника або піддослідного. У даному випадку має йтися про наявність заподіяної шкоди контрагенту, а також необхідного причинного зв'язку між порушенням умов договору та негативними наслідками, наявність вини у діях чи бездіяльності дослідника або піддослідного. Негативність наслідків виявляється у наявності шкоди, тобто зменшення чи знищення будь-якого особистого, немайнового (життя, здоров'я) чи майнового блага<sup>26</sup>, а саме: наявність витрат, які особа, чиє право порушено, зробила чи повинна буде зробити для відновлення порушеного права, втрати чи пошкодження його майна, а також недержаних доходів, які б ця особа одержала при звичайних умовах цивільного обороту, якби її право не було порушено<sup>27</sup>.

Як самостійну істотну умову договору слід назвати умови страхування життя та здоров'я піддослідного, а також цивільної відповідальності дослідників у медико-біологічному експерименті на людях, що має бути закріплено у змісті договору про застосування медико-біологічного експерименту, а самі договори страхування, які будуть укладені зі страховими компаніями – становити невід'ємну частину договору про застосування медико-біологічного експерименту на людях. Окрім того, автор вважає за необхідне посилення гарантій соціально-економічного та правового захисту піддослідного, варто впровадити за рахунок дослідника обов'язкове страхування життя та здоров'я піддослідного на час проведення медико-біологічного експерименту, а також обов'язкове страхування цивільної відповідальності дослідників у медико-біологічному експерименті. Так само слід вказати і на доцільність включення до складу істотних умов договору умову про інформовану добровільну згоду пацієнта на участь в медико-біологічному експерименті, яка може бути оформлена як додаток до договору та становити його невід'ємну частину.

Вказаний перелік істотних умов не є вичерпний, оскільки в порядку укладення договору про застосування медико-біологічного експерименту на людях сторонами можуть бути визначено й інші умови як істотні, щодо яких погоджено відповідні положення договору.

Звичайні та випадкові умови договору є такими, що не впливають безпосередньо на його укладення та водночас становлять його зміст і є обов'язковими для всіх сторін договору. Вченими зазначається, що виокремлення в змісті договору звичайних та випадкових умов відбувається не на рівні законодавства, а на доктринальному рівні. Такі умови не є обов'язковими для договору, тобто їх наявність або відсутність у договорі не впливає на сам факт його укладення. Разом із тим після укладення договору всі його умови як істотні, так і звичайні й випадкові, стають однаково обов'язковими, і сторони повинні додержуватися їх<sup>28</sup>.

Підсумовуючи викладене, автор вважає за доцільне законодавчо закріпити зазначені вище істотні умови договору у окремій (другій) частині ст. 45-1 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» та викласти їх у наступній редакції: *«У договорі про застосування медико-біологічного експерименту на людях визначаються: сторони договору; предмет договору; винагорода; права та обов'язки сторін; термін проведення експерименту; інформована добровільна згода пацієнта на участь в медико-біологічному експерименті; відповідальність за невиконання або неналежне виконання умов договору; страхування життя та здоров'я піддослідного, а також цивільної відповідальності дослідників у медико-біологічному експерименті на людях; інші істотні умови, які впливають із специфіки медико-біологічного експерименту»*.

<sup>1</sup> Беляневич О. А. Господарський договір та способи його укладання: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.04 / О. А. Беляневич. – К., 1999. – 173 с. – С. 66.

<sup>2</sup> Красавчиков О. А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции / О. А. Красавчиков // Сб. статей «Антология уральской цивилистики». – М.: Статут, 2001. – С. 166–182. – С. 180.

- <sup>3</sup> Мозолин В. П. Договорное право в США и СССР. История и общие концепции / В. П. Мозолин, Е. А. Фарнсворт. – М.: Наука, 1988. – 308 с. – С. 56.
- <sup>4</sup> Мілаш В. Про сутнісні елементи юридичної конструкції «договір» / В. Мілаш // Вісник Академії правових наук України. – 2006. – № 4. – С. 146–156. – С. 150–151.
- <sup>5</sup> Богданов Е. В. Договор в сфере предпринимательства / Е. В. Богданов. – Х: Изд-во «Консум», 1997. – 109 с. – С. 34.
- <sup>6</sup> Олюха В. Г. Цивільно-правовий договір: поняття, функції та система: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / В. Г. Олюха. – К., 2003. – 197 с. – С. 46.
- <sup>7</sup> Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.
- <sup>8</sup> Емельянов В. П. Гражданское право Украины : прак. пособ. / В. П. Емельянов. – Х.: Консум, 1996. – 235 с. – С. 78–79.
- <sup>9</sup> Красавчиков О. А. Советское гражданское право. – М.: Высшая школа, 1972. – Т. 1. – 447 с. – С. 332; Симсон О. Существенные условия и классификация инвестиционных договоров / О. Симсон // Підприємництво, господарство і право. – 2001. – № 3. – С. 17–23. – С. 18.
- <sup>10</sup> Зобов'язальне право : навч. посіб. / за ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – 910 с. – С. 678.
- <sup>11</sup> Харитонов Є. О. Цивільне і сімейне право України : навч.-практ. посіб. / Є. О. Харитонов, О. М. Калітенко, В. М. Зубар та ін.; за ред. Є. О. Харитонova, А. І. Дрішлюка. – Х.: Одиссей, 2003. – 640 с. – С. 313.
- <sup>12</sup> Андреева Л. Существенные условия договора: споры, продиктованные теорией и практикой / Л. Андреева // Хозяйство и право. – 2000. – № 12. – С. 89–96. – С. 89.
- <sup>13</sup> Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.
- <sup>14</sup> Новохатська Я. В. Цивільно-правовий договір як регулятор цивільних відносин / Я. В. Новохатська // Проблеми законності. – Х.: Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. – 2015. – Вип. 130. – С. 88–94. – С. 91–92.
- <sup>15</sup> Сібільов М. Зміст цивільно-правового договору / М. Сібільов // Вісник Академії правових наук України. – Х., 2003. – № 1 (32). – С. 93–99. – С. 94.
- <sup>16</sup> Куліш А. М. Реформування законодавства в галузі медичних експериментів: медичні та правові аспекти / А. М. Куліш, А. В. Баранова, П. А. Михайлішин // Науковий вісник Херсонського державного університету. – 2013. – № 5 (1). – С. 89–92. – С. 91. – (Серія «Юридичні науки»).
- <sup>17</sup> Савицкая А. Н. Возмещение ущерба, причиненного ненадлежащим врачеванием / А. Н. Савицкая. – Л.: Вища школа, 1982. – 195 с. – С. 41.
- <sup>18</sup> Корпачев В. В. Плацебо и эффект плацебо / В. В. Корпачев // Health-ua : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.health-ua.org/archives/rpt/22.html>
- <sup>19</sup> Большой энциклопедический словарь / авт. и сост. А. М. Прохоров ; 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Норинт, 2004. – 1456 с. – С. 789–790 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.labirint.ru/books/66606>
- <sup>20</sup> Placebo / The Free medical-dictionary : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://medical-dictionary.thefreedictionary.com/placebo>
- <sup>21</sup> Корпачев В. В. Плацебо и эффект плацебо / В. В. Корпачев // Health-ua : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.health-ua.org/archives/rpt/22.html>
- <sup>22</sup> Giuditta Cordero Moss International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-state Law to Be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith // Global Jurist. – 2007. – Vol. 7. – Iss. 1. – Art. 3 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.bepress.com/gj/vol7/iss1/art3> – Назва з екрану.
- <sup>23</sup> Лурия Р. А. Внутренняя картина болезни и иатрогенные заболевания / Р. А. Лурия ; 4-е изд., доп. – М.: Медицина, 1977. – 265 с. – С. 69–70.
- <sup>24</sup> Глоссарий. Психологический словарь // PSYCHOLOGIES.RU. Электронные словари : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.psychologies.ru/glossary/>
- <sup>25</sup> Braunwald E. Kasper DL and Hauser SL editors. Harrison's Principles of Internal Medicine. – 15<sup>th</sup> ed. – New York: McGraw Hill. – 2001. – P. 34–38. – P. 37–38.
- <sup>26</sup> Загальна теорія цивільного права / за ред. проф. О. А. Підпригори і Д. В. Бобрової. – К.: Вища школа, 1992. – 454 с. – С. 210–212.
- <sup>27</sup> Брагинский М. И. Договорное право. Книга первая: Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский ; 2-е изд., испр. – М.: Статут, 1999. – 848 с. – С. 711.
- <sup>28</sup> Луць В. В. Контракты у підприємницькій діяльності: навч. пособ. / В. В. Луць. ; 2-е вид., стер. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – 560 с. – С. 34.

#### Резюме

##### **Кашканова Н. Г. Особливості змісту договорів про застосування медико-біологічних експериментів на людях.**

У статті здійснено комплексний аналіз особливостей змісту договорів про застосування медико-біологічних договорів на людях. Автор робить висновок, що його зміст становить особливий юридичний зв'язок між дослідником та піддослідним, що виявляється в кореспондуючих правах та обов'язках. Саме їх сукупність і буде визначатися як зміст договору. Автором запропоновано законодавчо закріпити істотні умови договору в окремії (другій) частині ст. 45-1 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я».

Ключові слова: медико-біологічний експеримент, дослідник, піддослідний, кореспондуючі права та обов'язки, зміст договору, плацебо, явище ятрогенії.

#### Резюме

##### **Кашканова Н. Г. Особенности содержания договоров о применении медико-биологических экспериментов на людях.**

В статье осуществлен комплексный анализ особенностей содержания договоров о применении медико-биологических экспериментов на людях. Автор делает вывод, что его содержание составляет особую юридический связь между исследователем и испытуемым, что проявляется в корреспондирующих правах и обязанностях. Именно их совокупность и будет опреде-

ляются как содержание договора. Автором предложено законодательно закрепить существенные условия договора в отдельной (второй) части ст. 45-1 Закона Украины «Основы законодательства Украины об охране здоровья».

**Ключевые слова:** медико-биологический эксперимент, исследователь, подопытный, корреспондирующие права и обязанности, содержание договора, плацебо, явление ятрогении.

### Summary

*Kashkanova N. Features of the content of contracts on the application of medical and biological experiments in humans.*

The article provides a comprehensive analysis of the specifics of the content of contracts on the application of medical and biological experiments in humans. The author concludes that its content constitutes a special legal connection between the researcher and the subject, which is manifested in the corresponding rights and duties. It is their totality that will be determined as the content of the contract. The author proposed to legislatively fix the essential conditions of the contract in a separate (second) part of Art. 45-1 of the Law of Ukraine «Fundamentals of Legislation of Ukraine on Health Protection».

**Key words:** medical-biological experiment, researcher, experimental, correspondent rights and duties, phenomenon iatrogenia.

УДК 343.56

**Н. Е. КАШКОВА**

*Наталія Едуардівна Кашкова, здобувач Університету Державної фіскальної служби України*

## ЗАЙНЯТТЯ ГРАЛЬНИМ ІНТЕРНЕТ-БІЗНЕСОМ: ПРОБЛЕМИ ТА ЗАХОДИ ЗАПОБІГАННЯ

В Україні одним із негативних соціальних явищ залишаються азартні ігри, які з розвитком суспільних відносин і технологій набули широкого розповсюдження та перетворилися на вкрай небезпечний і заборонений чинним законодавством вид господарської діяльності – гральний бізнес.

Поширення в державі цього явища, захоплення азартними іграми великої кількості людей сприяє зниженню рівня культури та моральності населення. Доступ та зацікавленість такими іграми створює негативні умови для розвитку дітей та підлітків, які втрачають інтерес до навчання й суспільно корисних занять. Для багатьох гравців періодична стійка участь в азартних іграх через невезіння, невміння або через шахрайство організаторів грального закладу призводить до значних матеріальних втрат. Нерідко це спричиняє руйнівний вплив на шлюбно-сімейні відносини. У деяких осіб виникає хвороблива прив'язаність до азартних ігор, психологічна залежність від них, позбавитись від якої особа може тільки у разі надання допомоги спеціалістами.

Проблемним питанням грального бізнесу присвячено наукові праці О. О. Дудорова, Г. М. Дюби, О. П. Дячкіна, Д. О. Гетьманцева, Н. П. Капітаненко, І. Б. Медицького, Н. О. Петричко, Р. О. Пиняги, А. В. Савченкота ін.

**Метою статті** є дослідження особливостей грального інтернет-бізнесу та надання пропозицій щодо можливих заходів запобігання.

Закон України «Про внесення змін до деяких законів України щодо удосконалення законодавства про заборону грального бізнесу в Україні» від 19 травня 2011 р. № 3383-VI додатково встановлює заборону на діяльність з організації та проведення азартних ігор з використанням інформаційно-телекомунікаційних мереж, у тому числі мережі Інтернет, а також засобів зв'язку, у тому числі рухомого зв'язку: «в інтерактивних закладах, в електронному (віртуальному) казино незалежно від місця розташування сервера»<sup>1</sup>.

Справа в тому, що після заборони гральної діяльності багато осіб, які займалися гральним бізнесом, перейшли саме в систему «онлайн». Дійсно, з розвитком комп'ютерних технологій особлива увага, на думку вчених, має бути приділена питанням правової (у тому числі кримінально-правової) оцінки азартних ігор в Інтернеті (у системі «онлайн»). Передусім йдеться про такий вид азартних ігор, як інтернет-казино («онлайн»-казино).

У спеціальній літературі електронне (віртуальне) казино розуміється як заклад, який надає гравцю можливість через засоби телекомунікаційних мереж у режимі реального часу (онлайн) здійснювати обмін даними з електронним сервером (спеціальним програмно-технічним електронним комплексом) щодо участі в азартній грі, внесення ставок, обмін даними стосовно стану ігрового рахунку та його поповнення, а також отримувати дані про результат азартної гри, в якій взяв участь гравець<sup>2</sup>. Таку азартну гру з технічної та правової точок зору складно віднести до категорії «електронного (віртуального) казино», яку закріплено в Законі України «Про заборону грального бізнесу в Україні» від 15 травня 2009 р.<sup>3</sup>, оскільки останнє зазвичай не має доступу до інтернет-ресурсів і обмежується винятково локальними мережами. Фактично інтернет-казино охоплюється поняттям «гральний заклад» і визнається як «гральний автомат». Крім того, доступ до інтернет-казино не обов'язково здійснюється з грального закладу, відтак гравцю не потрібно залишати свою оселю, тому він у комфортних домашніх умовах може спокійно грати в азартні ігри, використовуючи мережу Інтернет (зауважимо, що з 1996 р., коли інтернет-сайти почали пропонувати такі азартні ігри, цей бізнес



створив серйозну конкуренцію реальним казино та зайняв своє місце у віртуальному світі з багатомільярдними оборотами)<sup>4</sup>.

І справді, зазвичай установити місце вчинення злочинів, пов'язаних із зайняттям гральним бізнесом, досить складно, оскільки він організований через мережу Інтернет. Так, підсудна О., працюючи касиром-продавцем ТОВ «Фавор», за попередньою змовою з невстановленою досудовим слідством особою на ім'я Ч., займалися гральним бізнесом шляхом доступу до Інтернету. Так, Ч. створив, опублікував, адміністрував та активно рекламував у мережі Інтернет веб-сайт, з використанням якого організував та проводив азартні ігри, а О. підшукувала серед клієнтів ТОВ «Фавор» осіб, схильних до участі в азартних іграх, рекламувала серед них цей веб-сайт, детально інструктувала про те, яким чином можна взяти участь в азартних іграх через сайт, отримувала від клієнтів платежі та, використовуючи комп'ютерне обладнання з програмним забезпеченням, наданим їй для роботи касиром-продавцем, а також технічні можливості ТОВ «Фавор», видавала останнім для проведення азартних ігор коди поповнення, виплачувала клієнтам виграні під час азартних ігор грошові кошти та з метою приховування своєї злочинної діяльності відображала дані операції в програмі «Каса», інсталюваній на комп'ютерному обладнанні ТОВ «Фавор». Отримавши від О. коди поповнення, клієнти створювали аккаунт на веб-сайті, у якому автоматично формувався електронний депозитний рахунок. Увівши отриманий код, на такий депозитний рахунок переводилися електронні кошти в сумі, сплаченій О., з яких клієнту надавалася можливість виконати ставки на результати спортивних подій, придбати «фішки» та в режимі реального часу провести ігри на симуляторах ігрових автоматів або взяти участь в іграх електронного казино, маючи змогу як отримати виграш, так і не отримати його залежно від випадковості<sup>5</sup>.

Взагалі, якщо говорити про тенденції в «онлайн» гральному бізнесі, то, як зазначає Етьєн Луїс Грек, директор компанії «Alter Ego Consult & Alter Ego Investment», тут їх спостерігається відразу декілька. Перша – власники реальних казино у зв'язку зі зростаючою популярністю онлайн-ігор починають розкручувати свій бренд у мережі, що характерно, наприклад, для Кіпру. Друга тенденція – у цей бізнес приходять так звані посередники. Люди, які якимось чином були пов'язані з бізнесом казино та одержали доступ до бази даних про гравців. За те, що вони підключають цю базу до онлайн-казино, вони одержують певний відсоток від супутнього доходу. Третій варіант – переорієнтація бізнесу повністю у віртуальний простір<sup>6</sup>.

Такий зростаючий інтерес грального бізнесу до онлайн-сектору має відразу кілька причин. По-перше, це порівняно куди більш легка та менш трудоемка процедура реєстрації та відкриття казино в мережі Інтернет. Не потрібно витратитися на будівництво або оренду приміщення, купувати дороге устаткування, наймати персонал, отримувати ліцензію на відповідний вид діяльності. Достатньо просто мати свій сервер для функціонування онлайн-казино та нести супутні витрати на його утримання, які значно менші витрат на утримання оффлайн-казино.

По-друге, онлайн-казино куди важче закрити, а часом навіть виявити. Існує безліч анонімних інтернет-технологій, а сервери казино можуть взагалі розташовуватися за межами України, що ще більше ускладнює процес встановлення їх адміністраторів. Крім того, грошові розрахунки із клієнтами в онлайн-казино, як правило, ведуться через «електронні гаманці» та інші віртуальні засоби оплати, що також ускладнює процес виявлення цих казино та притягнення до відповідальності. Більш того, як правило, власники послуг «електронні гроші» не пред'являють серйозних вимог до перевірки особи їх власника, легко обмінюють на інші різновиди «електронних» коштів, вільно виводять на банківські карти та банківські рахунки.

По-третє, має місце правова колізія, яка пов'язана із проблемою юрисдикції інформаційного простору – коли різні окремі законодавчі системи вступають між собою в протиріччя в технічно єдиному інформаційному просторі.

Це означає, що, по суті, прийняті в Україні заходи стосуються заборони саме українських інтернет-казино. У законі не йдеться про те, що критерієм для визначення місця здійснення діяльності є місце знаходження гравця. Якщо ж казино зареєстроване за межами України, будучи резидентом країни, де діяльність казино не заборонена, то притягти до відповідальності його організаторів украї проблематично. Цим активно користуються представники грального бізнесу, що реєструють онлайн-казино в спеціальних офшорних зонах, наприклад, на Мальті, островах Карибського басейну, Гібралтарі тощо<sup>7</sup>.

Іншим проблемним питанням у сфері організації та проведення азартних ігор у мережі Інтернет є діяльність інтернет-клубів, кафе та інших подібних закладів, які надають своїм клієнтам доступ до сайтів казино. Тут інколи зовсім неможливо притягнути організаторів до юридичної відповідальності. У таких ситуаціях виходять із того, що товариство, яке надає клієнтам послуги доступу до мережі Інтернет, у тому числі оплати послуг за допомогою «електронного гаманця», не може відповідати за дії клієнта, який вирішив скористатися послугами інтернет-казино, що й використовує при цьому електронні засоби оплати, попередньо прийняті від нього цим товариством і зараховані на його рахунок.

Таким чином, незважаючи на відповідну норму Закону України «Про заборону грального бізнесу в Україні» від 15 травня 2009 р., проблема організації та проведення азартних ігор у мережі Інтернет, як і раніше, залишається актуальною. Для зміни даної ситуації необхідна дійсна реалізація низки заходів.

У боротьбі з азартними іграми в Інтернеті часто пропонують заборонити доступу до конкретних сайтів, свого роду «китайську модель». Однак тут існує ряд труднощів. По-перше, сам сайт може мати копію (дзеркало), розташовану або за іншою адресою, або на іншому сервері (хостингу), або перебувати на доменах, які знаходяться поза юрисдикцією держави<sup>8</sup>. По-друге, сам перелік цих сайтів постійно змінюється, доповнюється, що вимагає постійного моніторингу. По-третє, дане питання необхідно врегулювати із численними

приватними операторами, провайдерами, від яких, по суті, залежить ефективність такого заходу. Тому, якщо реалізовувати дану норму, то необхідно попередньо передбачити вирішення усіх вищевказаних проблем, зокрема:

– закріпити обов'язок провайдерів інтернет-послуг блокувати доступ до подібних ресурсів і встановити їхню відповідальність за порушення подібної норми;

– у рамках забезпечення вищевказаних положень заборонити банкам і іншим кредитним організаціям (як це реалізовано в США) проводити оплати та виплати в інтернет-казино, а також встановити певні обмеження та моніторинг у цій сфері стосовно до електронних засобів комерції.

Отже, можна зробити такі висновки. Для ефективної протидії азартним іграм в Інтернеті уявляється можливим введення юридичної відповідальності не тільки за організацію та проведення, а й також за сприяння в підготовці, забезпеченні організації та проведення, у тому числі шляхом надання технічних засобів, приміщення, або ж «надання можливості доступу до азартних ігор», як вказано в п. 4 ст. 1 Закону України «Про заборону грального бізнесу в Україні» від 15 травня 2009 року. Можливо також, що певні стримуючі норми повинні бути спрямовані й на безпосереднього споживача – учасника азартних ігор.

<sup>1</sup> Про внесення змін до деяких законів України щодо удосконалення законодавства про заборону грального бізнесу в Україні : Закон України від 19 травня 2011 р. № 3383-УІ // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 45. – Ст. 492.

<sup>2</sup> Ковтун С. В. Правове регулювання грального бізнесу в Україні та іноземних державах / С. В. Ковтун. – К.: ЗАТ «ІГРОК», 2008. – С. 247.

<sup>3</sup> Про заборону грального бізнесу в Україні: Закон України від 15 травня 2009 р. № 1334-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2009. – № 38. – Ст. 536.

<sup>4</sup> Виявлення, документування та розслідування злочинів, пов'язаних з наданням послуг грального бізнесу: метод. рек. / В. В. Топчій, А. В. Савченко, О. Ю. Татаров та ін. – К.: Нац. акад. внутр. справ, 2011. – С. 8–9.

<sup>5</sup> Вирок по справі № 0308/12545/12 від 03 вересня 2012 року Луцького міськрайонного суду Волинської області / Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/25947411>

<sup>6</sup> Смолянова Ю. Этьен Луис Грек: «Бизнесмены открывают онлайн-казино за границей» / Ю. Смолянова // Дело.ru : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://deloru.ru/article/2144>

<sup>7</sup> Наумов В. Борьба с интернет-казино сейчас не очень эффективна / В. Наумов // CasinoBlog : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.casinoblog.ru/node/1276>

<sup>8</sup> Федоренко Е. А. Правовое регулирование игровой деятельности / Е. А. Федоренко // Журнал научных публикаций аспирантов и докторантов : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://jurnal.org>

### Резюме

#### **Каишкова Н. Е. Зайняття гральним інтрнет-бізнесом: проблеми та заходи запобігання.**

У статті розглядається зростаючий інтерес грального бізнесу до онлайн-сектору та висвітлюються проблемні питання, що стосуються зайняття гральним бізнесом в мережі Інтернет. Автором досліджуються причини такого інтересу та сучасні тенденції. На підставі викладених результатів пропонуються заходи для покращення боротьби з азартними іграми в Інтернеті.

**Ключові слова:** гральний бізнес, азартні ігри, інтернет-казино, заходи запобігання.

### Резюме

#### **Каишкова Н. Э. Занятие игорным интернет-бизнесом: проблемы и меры предупреждения.**

В статье рассматривается возрастающий интерес игорного бизнеса в онлайн-секторе и раскрываются проблемные вопросы, касающиеся игорного бизнеса в сети Интернет. Автором исследуются причины такого интереса и современные тенденции. На основании изложенных результатов предлагаются меры для улучшения борьбы с азартными играми в Интернете.

**Ключевые слова:** игорный бизнес, азартные игры, интернет-казино, меры предупреждения.

### Summary

#### **Kashkova N. Gambling Internet-business: problems and preventive measures.**

The article considers the growing interest of gambling business in the online sector and reveals problematic issues related to the employment of gambling in the Internet. The author studies the reasons for this interest and current trends. Based on the above results, measures are proposed to improve the fight against gambling on the Internet.

**Key words:** gambling business, gambling and games, online casino, preventive measures.

## І. А. МЕЛЬНИК

Ігор Андрійович Мельник, аспірант Київського університету права НАН України

## АДАПТАЦІЯ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ СПОЖИВЧИХ КРЕДИТІВ ДО ЗАКОНОДАВСТВА КРАЇН ЄС

Однією із складних проблем інтеграції України в ЄС є адаптація її законодавства до його вимог та стандартів здебільшого внаслідок: реінкарнації проявів старих підходів; помилок організаційного і кадрового супроводу при зміні влади та її визначального скептицизму щодо зобов'язань попередників та їх згубних наслідків; здатності залучити компетентних виконавців та підбору фахівців взагалі; певного максималізму та ігнорування можливостей перехідних положень в окремих сферах, зокрема у сфері споживчого кредитування. В ЄС історично склався виважений ринок таких послуг з урахуванням його мети, що проявляється, зокрема, у невеликих відсотках за ними та підвищених гарантіях з боку держав для позичальників. На противагу цьому в Україні домінують бізнесові інтереси надавачів кредитів, що всіляко проштовхується через фінансове лобі кредитонадавачів.

З огляду на введення в Україні в дію Закону України «Про споживче кредитування»<sup>1</sup> досить цікавим є питання, наскільки він відповідає загальноприйнятим в країнах ЄС правилам про споживче кредитування в частині охорони та захисту прав позичальників. Показовим у цьому аспекті є те, що кількість спорів між позичальниками та позикодавцями не зменшується внаслідок спорів за кредитними зобов'язаннями, які виникли до прийняття зазначеного закону та намагання позикодавців зберегти своє становище сильної сторони. До того судова практика з розгляду цивільних справ про захист прав споживачів та її стан кардинально не відрізняються.

Цим проблемам присвячені роботи як до прийняття зазначеного закону, так і після введення його в дію. При тому оцінки здебільшого збігаються в частині критичних зауважень.

**Мета** роботи полягає у визначенні стану адаптації положень *Acquis communautaire* із захисту прав споживачів споживчих кредитів та обґрунтування забезпечення створення на цьому конкурентії на користь прав позичальників, всупереч домінуючій позиції про приєднання вітчизняних банків щодо такого кредитування, в чому ми сумніваємося із-за певної інерції старих підходів.

*Об'єктом* є економічні та правові відносини, які склались в країнах ЄС у сфері споживчого кредитування, а *предметом* – акти ЄС, практика їх застосування, європейська та вітчизняна доктрина надання фінансових послуг і забезпечення захисту прав споживачів.

Формально, за висновком Комітету Верховної Ради України з питань європейської інтеграції щодо проекту Закону України «Про споживче кредитування»<sup>2</sup>, його версія не суперечить праву Європейського Союзу. Також констатовано, що за предметом правового регулювання належить до сфери банківського права та захисту прав споживачів відповідно до Закону України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу»<sup>3</sup> від 18 березня 2004 р. № 1629-IV належить до пріоритетних сфер, в яких здійснюється адаптація законодавства України до законодавства Європейського Союзу. Водночас споживчі кредити надають не тільки банки, а й товариства взаємного кредитування. Окремі з них не є надавачами фінансових послуг.

Європейський адаптаційний напрям розвитку вітчизняного законодавства є проявом виконання зобов'язань ст. 51 Угоди про партнерство та співробітництво між Україною та Європейськими Співтовариствами (Європейським Союзом) і їх державами-членами<sup>4</sup>, є однією із головних складових політики європейської інтеграції України, а також одним із найважливіших аспектів співробітництва України та ЄС. Окрім того, ст. 417 Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом<sup>5</sup> також передбачає зобов'язання поступово наближати її законодавство до *acquis* ЄС у сфері захисту прав споживачів. Їх перелік визначено Додатком XXXIX до Угоди про асоціацію серед проявів створення бар'єрів у торгівлі. Цікаво, що *Acquis communautaire* в дослівному перекладі з французької – «надбання Співтовариства» визначено як сукупність прав та зобов'язань, що є спільними для всіх держав-членів ЄС<sup>6</sup>.

Ці вимоги постійно розвиваються та доповнюються, що відображає стан інтеграції ЄС на певний момент. Системно вони охоплюють первинне та вторинне право, рішення Суду ЄС, так зване м'яке право (*soft law*) тощо. При цьому обсяг *acquis* відрізняється залежно від мети застосування цього поняття: для держав-кандидатів на вступ до ЄС він є ширшим від *acquis*, що застосовуються ЄС в двосторонніх відносинах з третіми країнами, які не мають офіційного статусу кандидата. Зокрема, для держав-кандидатів на вступ обсяг *acquis* у сфері захисту прав споживачів наближує законодавство України у галузі споживчого кредитування до положень Директиви 2008/48/ЄС Європейського Парламенту і Ради ЄС про договори споживчого кредитування і відміну Директиви Ради ЄС 87/102/ЄС від 23 квітня 2008 р.<sup>7</sup> та, відповідно, умов виконання Україною зобов'язань за Угодою про асоціацію. Зазначений національний закон узгоджено з Додатком XXXVIII до Гла-

ви 20 «Захист прав споживачів» Розділу V «Економічне і галузеве співробітництво» Угоди про асоціацію. Положеннями цієї Директиви повинні бути впроваджені протягом трьох років з дати набрання чинності цією Угодою.

Це стосується також і положення щодо укладення договору про споживчий кредит, яка загалом не суперечить ст. ст. 5, 6 Директиви 2008/48/ЄС щодо інформації, котра повинна бути надана до укладання кредитного договору, а визначення кредитоспроможності споживача не суперечать ст. 8 цього документа. Так згідно з ч. 2 ст. 7 Закону України «Про споживче кредитування» у стандартній інформації визначається: 1) максимальна сума, на яку може бути видано кредит; 2) реальна річна процентна ставка; 3) максимальний строк, на який видається кредит; 4) у разі надання кредиту для придбання товарів (послуг) у формі оплати з відстроченням або з розстроченням платежу – розмір першого внеску. Така стандартна інформація повинна бути зрозумілою і точною та, головне, не містити пасток для позичальників. Якщо стандартна інформація викладається в письмовому вигляді, вона наводиться однаковим шрифтом та відображається в основному тексті реклами. По суті йдеться про відкрити оферту, до якої може приєднатися позичальник чи обрати послуги позикодавця, який запропонував кращі умови зазначеного договору. Тож під страхом недійсності договору не допускаються додаткові та приховані платежі, а позикодавець зобов'язаний повідомити клієнту сукупну вартість позики з урахуванням процентної ставки за ним та вартість всіх послуг, пов'язаних з отриманням кредиту. Фінансовим установам забороняється вимагати будь-яку додаткову плату, пов'язану з достроковим погашенням кредиту, як це практикується зараз. Уся ця інформація прописується в так званому Паспорті споживчого кредиту.

З огляду на зазначене введено додаткові вимоги до фінустанови щодо реклами його продуктів. Зокрема, заборонено ускладнювати прочитання споживачем інформації, будь то на рекламі або в договорі. Не допускається друкування частини тексту договору дрібним шрифтом або зливати її з кольором фону.

Також закон змінив черговість погашення вимог за договором про споживчий кредит: насамперед виплачуються прострочені відсотки за користування кредитом, потім сплачується прострочена до повернення сума кредиту, відсотки за користування кредитом, після цього – сума кредиту та, нарешті, – неустойка й інші платежі.

З метою охорони прав споживачів за цим законом пеня за кредитом і відсотками не може перевищувати подвійну облікову ставку Нацбанку (наразі 12,5 % річних), але не більше ніж 15 % суми простроченого платежу. Також фінустановам забороняється вимагати будь-яку додаткову плату, пов'язану з достроковим погашенням кредиту. Таке рішення є виправданим з огляду на алеаторність підприємництва (ст. ст. 42, 44 ГК України) та надання фінансових послуг.

Зазначений закон вимагає від фінустанови оцінювати кредитоспроможність споживача як імператив та протидію проблемним кредитам. Власне, йдеться про передумови такого договору, чому слугують інститути кредитних історій та власної безпеки фінансових установ. Тут додатково права позичальників також забезпечує Паспорт споживчого кредиту: з одного боку, він зобов'язує фінустанову надати клієнтам повну інформацію про кредит, а з іншого, – усуває ризики оскарження ними кредитних договорів у зв'язку з неповним наданням інформації. Проте такий паспорт формує кредитонадавач.

З огляду на адаптацію національного законодавства про захист прав споживачів споживчих кредитів слід мати на увазі, що первинне право ЄС має вищу юридичну силу стосовно всіх інших норм європейського права і включає установчі договори ЄС, а також загальні принципи європейського права. До вторинного права ЄС належать передусім правові акти інститутів ЄС, тобто регламенти, директиви, рішення (ч. 1–4 ст. 288 Договору про функціонування Європейського Союзу<sup>8</sup>). Власне, воно і забезпечує універсалізацію такого законодавства.

Тому сприяють рішення Суду ЄС як офіційні тлумачення європейського права. До м'якого права належать акти інститутів ЄС та країн-членів, що не є юридично обов'язковими: рекомендації, висновки, думки, резолюції, декларації тощо. Захист прав споживачів у Європейському Союзі є передумовою наближення (апроксимації) українського законодавства до стандартів ЄС, де існує цілісне розуміння всієї системи захисту прав споживачів ЄС, в тому числі із врахування всіх особливостей правового регулювання споживчих відносин в ЄС.

Адаптація законодавства України до законодавства ЄС – процес приведення законів України та інших нормативно-правових актів у відповідність *acquis communautaire*. Адаптація законодавства є пріоритетною складовою процесу інтеграції України до Європейського Союзу, що в свою чергу є пріоритетним напрямом української зовнішньої політики.

Серед 16 пріоритетних сфер адаптації національного законодавства за Угодою про партнерство та співробітництво визначено банківське право і захист прав споживачів. Стосовно останнього, то, на наш погляд, краще було б викласти охорона та захист, які семантично відрізняються, і охорона може бути як превентивний спосіб чи засіб, а захист – лише за фактом порушення прав споживачів. У цілому загальні принципи захисту прав споживачів, що закріплені в законодавстві України, відповідають вимогам *acquis communautaire*. Йдеться про положення ЦК України, Закони України «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991 р. № 1023-ХІІ, «Про рекламу» від 3 липня 1996 р. № 270/96, «Про споживче кредитування» від 15 вересня 1995 р. № 324/95-ВР. Окрім того, Кабінетом Міністрів України прийнято розпорядження «Про схвалення Концепції захисту прав споживачів небанківських фінансових послуг в Україні»<sup>9</sup> від 3 вересня 2009 р. № 1026. Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 20 січня 2010 р. № 135 також затверджено план за-

ходів щодо реалізації Концепції захисту прав споживачів небанківських фінансових послуг в Україні, яким визначено необхідність врегулювання на законодавчому рівні питань захисту прав споживачів небанківських фінансових послуг, зокрема, стосовно умов та порядку надання роздрібних небанківських фінансових послуг, укладання кредитних договорів, уточнення вимог до порядку укладання та умов договорів про надання фінансових послуг.

Слабким місцем хронічно залишається виконання вимог чинного законодавства, власне, як певна «національна Ахіллесова п'ята», на чому слід зосередити обов'язки насамперед надавачів фінансових послуг.

У зв'язку із наведеним не втратило своєї актуальності завдання про ухвалення нормативно-правового акта щодо процедури укладання договорів споживчого кредитування з урахуванням особливостей положень Директиви 2008/48/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 23 квітня 2008 року. Це реальний крок та основа адаптації цієї Директиви щодо кредитних договорів для споживачів. Йдеться про регламент укладення договору споживчого кредитування як імператив щодо обов'язків для кредиторів з урахування різновидів таких кредитів, форм їх надання.

Отже, можемо зробити висновок, що адаптація національного законодавства та досвіду правового регулювання Європейського Союзу щодо захисту прав споживачів споживчих кредитів вказує на необхідність подальшого національного удосконалення за рахунок урахування досвіду діяльності у цій сфері європейських організацій. Потребує вдосконалення альтернативне вирішення спорів у сфері захисту прав таких споживачів в Україні (медіація, розгляд справ третейськими судами) законодавству Європейського Союзу.

З огляду на зазначене варто розширити сферу використання неюрисдикційних форм захисту прав споживачів, в тому числі запровадити оперативні заходи протидії порушення зазначених прав. У глобальному аспекті йдеться про розширення способів впливу цивільного права, зокрема на основі загального вчення про превенцію. В іншому випадку не зрозуміла диференціація банківсько-правового впливу на надавачів банківських послуг та цивільно-правового. До того, такі заходи вже застосовуються, і їм пора надати цивільно-правову прописку. Йдеться про призупинення чи закриття кредитної лінії споживачу в разі використання кредиту не за призначенням, як наслідок порушення визначального принципу кредитування про цільовий характер.

Подальша побудова ефективної системи захисту прав споживачів повинна проводитись із врахуванням досвіду країн Європейського Союзу, зважаючи на взяті нашою країною зобов'язання відповідно до Угоди про партнерство та співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами. Вважаємо, що виконання приписів щодо охорони й захисту прав споживачів є обов'язковою умовою виконання ліцензійних вимог надання фінансових послуг.

<sup>1</sup> Про споживче кредитування: Закон України від 15 листопада 2016 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/go/1734-19>

<sup>2</sup> Висновок Комітету Верховної Ради України з питань європейської інтеграції щодо проекту Закону України «Про споживче кредитування» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id...54521..>

<sup>3</sup> Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : Закон України від 18 березня 2004 р. № 1629-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 29. – Ст. 367.

<sup>4</sup> Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/998\\_012](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/998_012)

<sup>5</sup> Угода про асоціацію між Україною та Європейським Союзом : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [zakon.rada.gov.ua/go/984\\_011](http://zakon.rada.gov.ua/go/984_011)

<sup>6</sup> Офіційний портал ЄС: European Neighbourhood Policy and Enlargement Negotiations, Acquis : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://ec.europa.eu/enlargement/policy/glossary/terms/acquis\\_en.html](http://ec.europa.eu/enlargement/policy/glossary/terms/acquis_en.html)

<sup>7</sup> Директива 2008/48/ЄС Європейського Парламенту і Ради ЄС про договори споживчого кредитування і відміну Директиви Ради ЄС 87/102/ЄС від 23 квітня 2008 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/994\\_b19](http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/994_b19)

<sup>8</sup> Договір про функціонування Європейського Союзу (Консолідовані версії Договору про Європейський Союз та Договору про функціонування Європейського Союзу (2010/C 83/01) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/MU10267.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU10267.html)

<sup>9</sup> Про схвалення Концепції захисту прав споживачів небанківських фінансових послуг в Україні: розпорядження Кабінету Міністрів України від 3 вересня 2009 р. № 1026 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [zakon.rada.gov.ua/laws/show/1026-2009-p](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1026-2009-p)

## Резюме

**Мельник І. А. Адаптація законодавства України про захист прав споживачів споживчих кредитів до законодавства країн ЄС.**

У статті йдеться про адаптацію законодавства України про захист прав споживачів споживчих кредитів до законодавства країн ЄС та нормативну його основу. Автор встановив, що: 1) є достатнє зовнішнє право як імператив та внутрішнє право, яке в цілому відповідає першому; 2) кількість порушень прав споживачів кредитором з часу введення в дію Закону України «Про споживче кредитування» суттєво не змінилась; 3) причиною цього є спори за кредитними зобов'язаннями, які виникли до прийняття зазначеного закону, та намагання позикодавців зберегти своє становище сильної сторони. З урахуванням наведеного має бути забезпечене виконання останніми вимог чинного законодавства як обов'язковою умовою виконання ліцензійних вимог.

**Ключові слова:** адаптація законодавства, захист прав, споживчий кредит, споживачі.

Резюме

*Мельник И. А.* Адаптация законодательства Украины о защите прав потребителей потребительских кредитов с законодательством стран ЕС.

В статье идет речь об адаптации законодательства Украины о защите прав потребителей в сфере потребительского кредитования к законодательству стран ЕС и её нормативной основе. Автор установил, что: 1) есть достаточное внешнее право как императив, и внутреннее право, которое соответствует первому; 2) количество нарушений прав потребителей кредитодателей со времени введения в действие Закона Украины «О потребительском кредитовании» существенно не изменилось; 3) причиной этого являются споры по кредитным обязательствам, возникшие до принятия отмеченного закона, и попытки кредитодателей сохранить свое положение сильной стороны. С учетом этого предложено усилить обеспечение выполнения последними требований действующего законодательства как обязательного условия выполнения лицензионных требований.

**Ключевые слова:** адаптация законодательства, защита прав, потребительский кредит, потребители.

Summary

*Melnyk I.* Adaptation of the legislation of Ukraine on consumer rights protection of consumer loans with the legislation of the EU countries.

The article deals with the adaptation of Ukrainian legislation on the protection of consumer rights in the sphere of consumer crediting to the legislation of the EU countries and its normative basis. The author has established that: 1) there is sufficient external law as an imperative and pressure and internal law, which corresponds to the first; 2) the number of violations of consumer rights of lenders since the introduction of the Law of Ukraine “On Consumer Lending” has not changed significantly; 3) due to long consideration of disputes over credit obligations that arose before the adoption of the law and attempts by lenders to maintain their position as a strength. With this in mind, it is proposed to strengthen the enforcement of the latest requirements of the current legislation as an obligatory condition for fulfilling licensing requirements.

**Key words:** adapting of legislation, protection of rights, consumer credit, consumers.

УДК 346.93

**А. М. НАЙЧЕНКО**

*Альона Михайлівна Найченко, здобувач Інституту права ім. князя В. Великого МАУП, секретар судового засідання Київського апеляційного господарського суду*

**ЕЛЕКТРОННІ ДОКАЗИ ТА ГОСПОДАРСЬКЕ СУДОЧИНСТВО**

Сучасне суспільство неможливо уявити без інформаційних комп'ютеризованих систем. Дані системи мають здатність зберігати, передавати та переносити цифрову інформацію.

Інформаційні комп'ютеризовані системи створюються, розвиваються і удосконалюються для покращення рівня життєдіяльності людини. Враховуючи рівень розвитку сучасного суспільства, варто зазначити, що дані системи мають не лише позитивний, а й негативний характер.

Прояв негативного характеру інформаційних комп'ютеризованих систем має місце, зокрема, під час вчинення правопорушень.

У ході судового розгляду справи суд повинен всебічно, повно та безпосередньо дослідити наявні у справі докази, в т.ч. й електронні докази.

Однак на практиці виникає багато запитань щодо дослідження електронних доказів. Господарське судочинство не є винятком, оскільки відсутній на законодавчому рівні порядок збирання, подання, дослідження та оцінки електронних доказів.

Враховуючи рівень інформаційних комп'ютеризованих систем, досить актуальним є інститут електронних доказів.

У загальному вигляді «електронні докази» – це сукупність інформації, яка зберігається в електронному вигляді на всіх типах електронних носіїв і в електронних засобах. Особливість цих доказів полягає в тому, що вони не можуть сприйматися безпосередньо, а повинні бути інтерпретовані певним чином та проаналізовані за допомогою спеціальних технічних засобів і програмного забезпечення<sup>1</sup>.

Електронні докази можуть бути отримані із різноманітних джерел.

Дослідженню інституту електронних доказів були присвячені праці І. В. Булгакової, Р. С. Бурганова, Н. Є. Блажівської, О. Т. Боннер, К. Л. Брановіцкого, О. П. Вершиніна, С. П. Ворожбіт, М. В. Горелова, Д. Д. Луспенік, М. О. Мітрофанова, Т. В. Рудої, Р. В. Тертишнікова, С. Я. Фурси, Ж. В. Хацук та інших.

Варто зазначити, що з розвитком суспільства та інформаційних комп'ютеризованих систем збільшується кількість електронних даних, що можуть виступати доказами та, відповідно, змінюється їх класифікація. Тому дослідження інституту електронних доказів завжди матиме актуальний характер.

Дослідження науково-технічного прогресу засобів доказування одним із перших почав професор О. Т. Боннер. Вченим виділено окремі найбільш поширені види електронних засобів доказування:

- 1) аудіо- та відеозаписи;
- 2) електронні документи;
- 3) відомості, отримані з глобальних інформаційних систем (зокрема, мережі Інтернет);
- 4) електронна пошта;

5) свідчення (показання) спеціальних технічних засобів (наприклад, прилади обліку витрат електроенергії, води, газу, тепла; прилади визначення швидкості транспортного засобу чи ступеня алкогольного сп'яніння водія тощо);

б) засоби «електронного судочинства» (зокрема, відеоконференції, офіційні веб-сайти судових органів, листування з судовими органами за допомогою електронної пошти, автоматизовані судові інформаційні системи та ін.)<sup>2</sup>.

Заслугове уваги думка М. О. Мітрофанової, яка зазначає, що різноманітність видів електронних засобів доказування досить велика, відтак перерахувати їх всі не уявляється можливим. Однак можна віднести їх до тієї чи іншої групи індивідуально визначених предметів:

- 1) магнітні (дискети, різні магнітні стрічки, жорсткі диски ЕОМ, магнітні картки і т.п.);
- 2) оптичні (наприклад, компакт-диски);
- 3) напівпровідникові (засновані на мікросхемах, в яких інформація закріплюється в кристалічних решітках напівпровідників)<sup>3</sup>.

У науковій літературі відсутня єдина позиція щодо електронних доказів. Одні науковці вважають, що до електронних доказів належать лише електронні документи<sup>4</sup>, інші ж зазначають, що не всі електронні докази можуть бути кваліфіковані як документи, оскільки існують також електронні речові докази. Наприклад, результати контролю, записи телефонних та інших переговорів, результати контролю телеграфних та інших повідомлень, зняття інформації з технічних каналів зв'язку утворюють речові докази. З огляду на використання цифрової техніки при їх отриманні зазначені вище результати будуть електронними речовими доказами<sup>5</sup>.

У проєкті Господарського процесуального кодексу України під електронними доказами розуміється інформація в електронній (цифровій) формі, яка містить дані про обставини, що мають значення для справи.

Зокрема, такими документами є:

- електронні документи (в тому числі текстові документи, графічні зображення, плани, фотографії, відео- та звукозаписи тощо);
- веб-сайти (сторінки);
- текстові, мультимедійні та голосові повідомлення;
- метадані;
- бази даних;
- інші дані в електронній формі.

Такі дані можуть зберігатися, зокрема, на портативних пристроях (картах пам'яті, мобільних телефонах тощо), серверах, системах резервного копіювання, інших місцях збереження даних в електронній формі (в тому числі в мережі Інтернет)<sup>6</sup>.

Проаналізувавши дану норму, можна дійти висновку, що перелік джерел інформації, яка слугуватиме електронним доказом, не є вичерпним.

Розглянемо певні види документів, що містять електронну інформацію.

Так, відповідно до Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» під електронним документом розуміється документ, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа.

Частиною 2 ст. 8 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» чітко встановлена норма, згідно з якою допустимість електронного документа як доказу не може бути спростована лише на підставі того, що він має електронну форму<sup>7</sup>.

Специфічними рисами електронних документів є:

- 1) те, що вони вимагають обов'язкового використання особливих реквізитів;
- 2) фіксуються на спеціальних електронних носіях;
- 3) існування окремої, визнаної учасниками електронного документообороту чи затвердженої компетентними органами процедури перетворення цифрових даних на документ традиційного режиму;
- 4) неможливість безпосереднього сприйняття без допомоги спеціальних технічних і програмних засобів<sup>8</sup>;
- 5) за своїм змістом, як правило, електронні документи є правочинами.

Найбільшим видом електронних доказів за обсягом інформації, яка може бути використана в якості доказу, є інформація, отримана з глобальних інформаційних систем (зокрема, мережі Інтернет). Прикладом є залучення суддями інформації з Інтернет-сайтів до матеріалів справи як інформації, розміщеної на офіційних веб-сторінках органів державної влади та ін.

Даний вид електронних доказів слід виділяти як самостійний вид, виходячи з таких особливостей:

- 1) динамічний характер. Ця ознака може розглядатися в двох аспектах: по-перше, з погляду динаміки існування будь-якої інформації в мережі Інтернет – сьогодні вона може бути присутньою на певній веб-сторінці, а завтра її власник може її видалити та знищити, в т.ч. разом із самою веб-сторінкою (доменним ім'ям).

По-друге, безпосереднє використання мережі Інтернет для представлення суду доказів часто стосується випадків, коли сама інформація за своєю природою є динамічною – аудіо- чи відеозаписом;

2) як правило, носій цифрової інформації, що зберігає доказову цифрову інформацію, є дуже віддаленим від місця здійснення судочинства, тому подати носій інформації до суду неможливо. Відтак, єдиним способом дослідження інформації залишається мережа Інтернет, яка забезпечує швидке з'єднання між носієм інформації та електронно-обчислювальною машиною, якою користуватиметься суд під час дослідження доказів.

Рекомендація щодо залучення інформації з сайтів як доказів у господарському суді викладена у постанові Пленуму Вищого Господарського суду України від 26 грудня 2011 р. № 18 «Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції». Відповідно до п. 2.5 вищевказаної постанови будь-які подані учасниками процесу докази (в тому числі, зокрема, й стосовно інформації у мережі Інтернет) підлягають оцінці судом на предмет належності і допустимості<sup>9</sup>.

Ще одним видом інформації є текстові, мультимедійні та голосові повідомлення. До них, зокрема, належать листування електронною поштою, SMS/MMS повідомлення та ін. Виокремлення електронних повідомлень у самостійний вид електронних доказів зумовлено такими їх особливостями:

1) як правило, у них не застосовується цифровий підпис, що ускладнює ідентифікацію відправника та одержувача;

2) значні труднощі у фактичному відокремленні електронного листа як сукупності цифрової інформації від її носія для представлення в суді;

3) здебільшого, дистанційна віддаленість місця конвертації цифрової інформації у форму, придатну для сприйняття людиною, та місця, де знаходиться носій, який зберігає таку інформацію.

Під мультимедійними (англ. Multimedia Messaging Service, MMS) можна розуміти повідомлення з мультимедійним змістом (зображення, звук тощо), які пересилаються між мобільними пристроями, а не тільки з текстовим наповненням, як у випадку із SMS.

Метадані як вид інформації характеризують або пояснюють певну інформацію (наприклад, автор, дата, індекс, предмет і ключові слова, тип ресурсу, формат, джерело, мова, сфера користування, опис, штрих-код тощо).

Здійснивши комплексне дослідження категорії електронних доказів, можна виділити їх основні ознаки:

1. Не матеріальна форма електронних доказів.

Електронний доказ – це інформація в електронній (цифровій) формі, яка створена за допомогою комп'ютерних засобів та існує на технічних носіях. Варто зазначити, що доказ не має матеріального виразу, однак він може існувати в нематеріальній формі на технічних носіях. Дана характеристика дає змогу відрізнити електронний доказ від письмових та речових доказів.

2. Існування технічного носія інформації.

Дана ознака електронного доказу полягає в нерозривному зв'язку електронної інформації та технічного носія, на якому така інформація записана. Доказова інформація з мережі Інтернет зберігається на серверах інтернет-провайдера, аудіо- та відеозаписи можуть бути записаними на жорсткому диску, дисках, флеш-пам'яті. Будь-яка електронна інформація завжди пов'язана з її технічним носієм.

3. Можливість перенесення чи копіювання на різні пристрої без втрати змісту.

Носії електронних доказів дають змогу легко створювати, змінювати, копіювати та безслідно видаляти фактичні дані.

Характерною особливістю електронного доказу є те, що він не має виключно єдиного зв'язку з носієм і може легко бути перенесений на інший носій без втрати або зміни юридичної сили. Це, зокрема, підкреслює особливу природу електронного доказу, що зумовлює необхідність його виділення в якості самостійного виду доказів поряд із письмовими та речовими доказами.

Сам технічний носій може бути використано багаторазово, а перенесення електронної інформації на різні носії можливе без втрати її змісту. Тобто, оригінал електронного доказу може існувати в багатьох місцях одночасно.

4. Використання програмних та технічних засобів для дослідження електронного доказу.

Основною характеристикою електронних доказів є неможливість їх безпосереднього сприйняття, адже електронний доказ фактично є фіксацією інформації за допомогою машинного коду. Дослідження електронного доказу можливе лише за допомогою спеціальних технічних засобів.

Основною проблемою використання електронних доказів є не перегляд електронного носія інформації, а здійснення процесу аутентифікації, тобто встановлення певних правил та методів, за допомогою яких суд та учасники господарського процесу зможуть визначити достовірність доказової інформації.

Внаслідок особливої правової природи та власних специфічних ознак електронний доказ займає самостійне місце нарівні із письмовими та речовими доказами.

Вказаний інститут електронних доказів частково знайшов відображення у проекті Господарського процесуального кодексу України. Електронні докази стають в один ряд з такими засобами доказування, як письмові і речові докази, висновки експертів та показання свідків.

На даний час на практиці склалися деякі правила забезпечення достовірності електронних доказів і пред'явлення їх в суді:

1) якщо електронний документ містить у собі графічну або текстову інформацію, то роздруковується його паперова копія, яка оформлюється і завіряється уповноваженою особою та копія якої долучається до матеріалів справи, досліджується як звичайний письмовий документ. Аналогічна ситуація – зі сторінкою в мережі Інтернет;



2) якщо операції, що документально підтверджуються електронним документом (електронний документ підписаний ЕЦП), а сторони не визнають надання послуг, що підтверджуються цим документом, то призначається комплексна експертиза за даними щодо автентичності ЕЦП;

3) якщо електронний документ містить аудіо- або відеоінформацію, то, як правило, робиться копіювання таких файлів на окремий переносний електронний носій, який долучається до матеріалів справи та досліджується за допомогою спеціальних технічних засобів.

Отже, для того, щоб визнати електронні документи в якості повноцінних достовірних доказів, необхідно дотримуватися правил процесуального законодавства, а також стандартних прийомів і методик збирання, оцінки, дослідження та використання електронних доказів.

Слід підкреслити, що з часом окремі докази втрачають свій зовнішній вигляд, якісну, а отже, й доказову ознаку. Що ж стосується електронного доказу, то він на відміну від будь-якого іншого доказу залишається незмінним стільки, наскільки це може бути потрібним, але за умови його належного зберігання.

Для дослідження судами електронних доказів в процесі здійснення господарського судочинства та надання їм оцінки потрібно встановити чіткий алгоритм щодо збирання та подання вказаних доказів.

Однакове застосування господарськими судами норм щодо дослідження електронних доказів можливе лише після встановлення чіткого правового регулювання на законодавчому рівні.

Варто зазначити, що для встановлення та регулювання інституту електронного доказу на законодавчому рівні потрібно подолати певні етапи:

- 1) завершити наукове вивчення всіх ознак та особливостей електронних носіїв інформації;
- 2) встановити в даних ознаках ті, що мають правове значення;
- 3) сформувати процесуальний порядок виявлення, вилучення та дослідження електронних носіїв інформації.

Вчинення таких дій дасть можливість використання в господарському судочинстві електронних доказів не лише як наукових ідей, а й як самостійного інституту доказового права.

<sup>1</sup> Як доказ у процесі доказування : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://wikipage.com.ua/1x5464.html> (дата звернення: 30.11.2017).

<sup>2</sup> Боннер О. Науково-технічний прогрес і розвиток російського процесуального законодавства та судової практики / О. Боннер // Право України. – 2011. – № 10. – С. 45–62.

<sup>3</sup> Митрофанова М. А. Электронные доказательства и принцип непосредственности в арбитражном процессе: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: спец.12.00.15 / М. А. Митрофанова. – Саратов, 2013 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://test.ssla.ru/dissertation/referats/08-04-2013-1.pdf> (дата звернення: 30.11.2017).

<sup>4</sup> Батурич Ю. М. Проблемы компьютерного права / Ю. М. Батурич. – М. : Юрид. лит., 1991. – 272 с.

<sup>5</sup> Боннер А. Т. Электронный документ как доказательство в гражданском и арбитражном процессе / А. Т. Боннер // Закон. – 2009. – № 11. – С. 141–157.

<sup>6</sup> Проект Закону про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів // Законодавство України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=61415](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415) (дата звернення: 30.11.2017).

<sup>7</sup> Про електронні документи та електронний документообіг : Закон України // Законодавство України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/851-15> (дата звернення: 30.11.2017).

<sup>8</sup> Чеботовська О. Е. Основні підходи до розуміння категорії «електронний документ» / О. Е. Чеботовська // Часопис Київського університету права. – 2012. – № 2. – С. 134–137.

<sup>9</sup> Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції : постанова Пленуму Вишого Господарського суду України від 26 грудня 2011 р. № 18 // Законодавство України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0018600-11> (дата звернення: 30.11.2017).

#### Резюме

##### **Найченко А. М. Електронні докази та господарське судочинство.**

У статті здійснено аналіз правового інституту електронних доказів, надано характеристику вказаному інституту, виділено його основні ознаки та встановлено проблематику використання електронних доказів у господарському судочинстві.

**Ключові слова:** електронні докази, електронна інформація, електронні документи.

#### Резюме

##### **Найченко А. М. Электронные доказательства и хозяйственное судопроизводство.**

В статье осуществлен анализ правового института электронных доказательств, дана характеристика этому институту, выделены его основные признаки и установлена проблематика использования электронных доказательств в хозяйственном судопроизводстве.

**Ключевые слова:** электронные доказательства, электронная информация, электронные документы.

#### Summary

##### **Naichenko A. Electronic proofs and economic court.**

The analysis of legal institute of electronic proofs is carried out in the article, description is given to this institute, identifies its main features and establishes the problems of electronic proofs in economic court.

**Key words:** electronic proofs, electronic information, electronic documents.

**К. В. ПОЛЯКОВА**

*Крістіна Вікторівна Полякова, здобувач Інституту економіко-правових досліджень НАН України*

## ГОСПОДАРСЬКА КОМПЕТЕНЦІЯ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ

Як відомо, органи місцевого самоврядування є активними учасниками широкого спектру суспільних відносин, серед яких вагому частину займають відносини, що складаються у сфері господарювання. Реалізуючи господарську компетенцію, органи місцевого самоврядування стають суб'єктами господарських правовідносин, переважно майново-господарського та організаційно-господарського характеру. Саме на реалізації органами місцевого самоврядування господарської компетенції як на невід'ємній умові їх участі у господарських відносинах акцентовано увагу у тексті Господарського кодексу України. Особливий правовий статус органів місцевого самоврядування як владних органів додатково зумовлює специфіку реалізації ними господарської компетенції.

Насамперед, слід зауважити, що окремі питання обсягу та змісту господарської компетенції органів місцевого самоврядування знаходили висвітлення у науковій літературі юридичного характеру. На цей аспект наукової проблематики звертали увагу як науковці-господарники, так і вчені – представники науки цивільного права. Зокрема, можна виділити роботи В. В. Борденюка, Р. А. Джабраїлова, К. І. Апанасенко, О. О. Первомайського, В. А. Устименка та ін. Разом із тим, визнаючи істотні наукові здобутки зазначених науковців, вбачається за доцільне звернути увагу на окремі невирішені питання, пов'язані із з'ясуванням можливості застосування варіативного підходу до визначення обсягу господарської компетенції органів місцевого самоврядування із врахуванням теоретичних напрацювань у межах правової науки в цілому та господарського права зокрема. Одночасно вказане становить і мету представленого дослідження.

Особливість правового статусу органів місцевого самоврядування проявляється у двох аспектах, які характеризують їх як органи влади і як представників територіальних громад, від імені та в інтересах яких вони приймають ті чи інші рішення. Зокрема, останнє знаходить вияв у нормі ч. 5 ст. 16 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 р., яка передбачає, що від імені та в інтересах територіальних громад права суб'єкта комунальної власності здійснюють відповідні ради.

На цю обставину певною мірою зверталася увага в науковій літературі<sup>1</sup>. Проте дотепер дискусії точаться щодо вибору наукового підходу, який би найбільш адекватно сучасним економіко-правовим тенденціям розкривав правовий статус органів місцевого самоврядування як учасників господарських відносин. Адже з'ясування відповіді на це питання тісно пов'язано з визначенням обсягу господарської компетенції органів місцевого самоврядування.

Як не дивно, але вказане питання стосовно саме органів місцевого самоврядування не знайшло деталізованого відображення у наукових працях вчених-господарників. І це в той час, коли загалом категорія «господарська компетенція» представлена у наукових розробках більшості фахівців у галузі господарського права.

Переважно цей аспект правового статусу органів місцевого самоврядування було висвітлено у поодиноких працях вчених – представників цивільної науки.

Зокрема, на думку О. О. Первомайського, правоздатність територіальної громади слід визначити як загальну, у зв'язку з чим регуляторний принцип «дозволено лише те, що закріплено у законодавстві» не повинен застосовуватися до неї під час її участі у цивільних правовідносинах<sup>2</sup>. Аналогічного підходу дотримується відомий російський дослідник М. І. Брагінський, який підкреслював, що «Російська Федерація, суб'єкти федерації та муніципальні утворення володіють загальною правоздатністю, а значить, вправі в принципі укладати будь-які цивільно-правові договори, крім випадків, коли інше передбачено законом»<sup>3</sup>.

Втім, зазначений науковий підхід, через усталеність поглядів на правову природу органів місцевого самоврядування лише як органів влади не знайшов належної підтримки та поширення. Переважно у науці цивільного права домінує думка про те, що територіальна громада, як і органи місцевого самоврядування, мають дотримуватися обмежувального принципу «дозволено лише те, що закріплено у законодавстві», який у науковій літературі ще називають позитивним.

Звісно, якщо ототожнювати територіальну громаду з органами публічної влади, то цілком закономірним виглядатиме зазначений вище науковий погляд. Зокрема, В. В. Борденюк зауважує, що «державна, АРК та територіальні громади є носіями публічно-владних повноважень, якими вони наділяються з метою реалізації завдань і функцій держави та місцевого самоврядування, що певною мірою впливає на специфіку їх участі у цивільних правовідносинах...». Продовжуючи свою думку, науковець наголошує, що відмінною рисою публічно-правових утворень (у тому числі територіальних громад) як особливих суб'єктів цивільного права є те, що вони, на відміну від фізичних та юридичних осіб, беруть участь у цивільних відносинах на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України<sup>4</sup>.

Навряд чи можна однозначно погодитися з думкою науковця щодо наявності саме у територіальній громаді публічно-владних повноважень. Адже згідно із Законом України «Про місцеве самоврядування в Украї-

ні» територіальною громадою визнаються жителі певної адміністративно-територіальної одиниці (ст. 1). Відповідно, немає підстав вважати, що жителі мають публічно-владні повноваження, як і відсутні аргументи на користь ототожнення територіальної громади та органів місцевого самоврядування у їх правовому статусі.

Більш прийнятним можна визнати підхід О. О. Первомайського, який підкреслює, що правоздатність територіальної громади слід визначити як загальну, оскільки остання не є органом державної влади чи органом місцевого самоврядування, а тому на неї не повинен поширюватися принцип, закріплений у ч. 2 ст. 19 Конституції України<sup>5</sup>. Зокрема, вказана норма Основного Закону наголошує на тому, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Разом із тим вищенаведені приклади наукової дискусії та норми актів чинного законодавства України наштовхують на думку, що правовий статус органів місцевого самоврядування під час реалізації низки прав та обов'язків у сфері господарювання не можна сприймати лише крізь призму принципу «дозволено лише те, що закріплено у законодавстві».

Вбачається, що існує внутрішня диференціація обсягу та змісту господарської компетенції органів місцевого самоврядування щонайменше на дві великі групи: 1) господарська компетенція органів місцевого самоврядування як органу публічної влади (наприклад, у сфері тарифоутворення, регуляторної діяльності, ліцензування тощо); 2) господарська компетенція органів місцевого самоврядування як представників в силу закону територіальних громад, які визнаються рівними з іншими суб'єктами права учасниками господарських відносин (наприклад, під час реалізації повноважень власника об'єктів права комунальної власності).

І якщо у межах першої групи господарська компетенція органів місцевого самоврядування має реалізовуватися відповідно до ч. 2 ст. 19 Конституції України, то у межах другої органи місцевого самоврядування мають діяти за принципом «дозволено все, що прямо не заборонено законом» (який також отримав у літературі назву «негативний принцип»).

Адже не може бути різниці у правовому статусі рівних суб'єктів права у відносинах горизонтального типу, де владний статус не має жодного впливу. І якщо взяти сферу відносин власності, то цю тезу досить яскраво підкреслює норма ч. 4 ст. 13 Конституції України, яка наголошує на тому, що усі суб'єкти права власності рівні перед законом.

До речі, запропонований вище науковий підхід знаходить підтвердження у практиці зарубіжних країн та у вітчизняній правотворчій і правозастосовній діяльності.

Так, Г. В. Барабашев, аналізуючи повноваження органів місцевого управління в США і Великобританії, звертає увагу на характерний для країн англосаксонського права поділ повноважень муніципалітетів на державно-владні (*government power*) і корпоративні (*corporate power*). Перший вид повноважень належить їм як державним органам, в той час як другий випливає з корпоративного статусу муніципальних установ за аналогією з приватними корпораціями<sup>6</sup>.

Додатково у науковій літературі зазначається, що у Великобританії місцева влада формально має лише ті повноваження, які надані їм парламентськими статутами, що відображає типово британський підхід до місцевого управління як до інструменту національної політики. Зауважується, що існують різноманітні способи судового тлумачення компетенції місцевих органів, які використовуються в різних обставинах. Так, Вищий суд має право видати постанову, що вимагає від муніципального органу яких-небудь дій або, навпаки, забороняє йому певні дії відповідно до принципу «*ultra vires*» (*injunctions*). Можуть видаватися і судові декларації щодо муніципальних справ, зміст яких зводиться до оголошення дій муніципалітету незаконними без застосування спеціальних санкцій<sup>7</sup>.

Водночас дію принципу *ultra vires* стосовно місцевих органів у країнах англосаксонського права в цілому і не варто абсолютизувати. Наскільки докладним не було б законодавство, що визначає повноваження органів місцевого управління, воно навряд чи здатне передбачити всі питання, які можуть виникнути перед тим або іншим місцевим співтовариством. У зв'язку з цим муніципалітети в англосаксонських країнах на практиці розрізняють два види незаконних дій: ті, що безпосередньо заборонені законом, і такі, що прямо законом не дозволені. Вчинені муніципалітетом дії, що належать до останньої категорії, як правило, не оскаржуються органами державної влади, оскільки розцінюють їх як «життєво» необхідні та такі, що здійснені в інтересах населення відповідної території<sup>8</sup>.

Слід також зазначити, що в окремих країнах континентального права (зокрема ФРН), як підкреслює В. Гізевіус, органи місцевого самоврядування можуть не тільки вирішувати проблеми, безпосередньо віднесені до їх компетенції, а й розв'язувати нові завдання<sup>9</sup>.

Вказане свідчить про те, що правовий статус органів місцевого самоврядування у зарубіжних країнах не є статичним, а обсяг повноважень залежить від функцій, які такі органи виконують. До речі, у наукових джерелах можна зустріти поодинокі згадування про функціональну правоздатність, що впливає із специфіки функцій муніципального утворення у створенні громадянського суспільства, забезпеченні й інтегруванні місцевих та державних інтересів для задоволення потреб поселень<sup>10,11</sup>.

Слід зазначити, що саме функціональний аспект покладено в основу розмежування повноважень окремих центральних органів державної виконавчої влади з питань здійснення державної власності. Зокрема, у корпоративних відносинах стосовно публічного акціонерного товариства «Національна акціонерна компанія «Нафтогаз України»» держава в особі Кабінету Міністрів України діє як акціонер з урахуванням наданих законодавством та статутом Компанії повноважень; в інших випадках Кабінет Міністрів України діє на під-

ставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені законами України. Вказана норма закріплена у підпункті 1 п. 4 Основних засад здійснення державної власності щодо публічного акціонерного товариства «Національна акціонерна компанія “Нафтогаз України”», затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 26 квітня 2017 р. № 351<sup>12</sup>.

В окремих законодавчих актах України, органи місцевого самоврядування навіть прирівнюються до суб'єктів господарювання з метою реалізації нормативних положень. Зокрема, суб'єктами оцінки впливу на довкілля є суб'єкти господарювання, органи державної влади, органи місцевого самоврядування, які є замовниками планованої діяльності і для цілей цього Закону прирівнюються до суб'єктів господарювання (ч. 3 ст. 2 Закону України «Про оцінку впливу на довкілля» від 23 травня 2017 р.).

У практиці правозастосування також витримується функціональний підхід до визначення обсягу господарської компетенції органів місцевого самоврядування.

Доречно згадати практику організації та здійснення в Україні земельних торгів (до 2012 р.), коли саме представницькі органи місцевого самоврядування затверджували відповідні Положення у вигляді локальних нормативних актів. Хоча на той час Земельним кодексом України (з урахуванням його редакцій до внесення змін Законом України від 5 липня 2012 р. № 5077-VI) передбачалося, що земельні торги проводяться у порядку, встановленому законом. І хоч такого окремого закону не було ухвалено, проте це не стало на заваді Державному комітету України по земельних ресурсах підготувати роз'яснення про можливість прийняття на сесіях місцевих рад тимчасових положень про порядок проведення земельних аукціонів<sup>13</sup>. Зокрема, у листі Державного комітету України по земельних ресурсах № 14-17-2-П930/6940 від 22 вересня 2006 р. зауважувалося, що до прийняття Закону України «Про ринок земель» та затвердження загальнообов'язкового порядку проведення земельних торгів порядок їхнього проведення може бути визначено органом виконавчої влади чи органом місцевого самоврядування, які уповноважені здійснювати розпорядження землями державної та комунальної власності, з урахуванням відповідних положень Земельного кодексу України<sup>14</sup>.

Все це переконає в тому, що досвід зарубіжних країн у частині правового регулювання діяльності органів місцевого самоврядування використовувався в Україні та не викликав зауважень з боку органів державної влади (зокрема, правоохоронних органів, органів правосуддя тощо). Адже у даному випадку нагальним було завдання подолання прогалини у законодавстві України, яке обмежувало права територіальних громад як власників земельних ділянок комунальної форми власності. У підсумку обсяг господарської компетенції органів місцевого самоврядування як представників власника було розширено з метою забезпечення дотримання норми ч. 4 ст. 13 Конституції України.

На доцільності виділення складової господарської компетенції, яка не пов'язана із здійсненням суто владних повноважень у розумінні ч. 2 ст. 19 Конституції України та Кодексу адміністративного судочинства України, звертається увага і у судовій практиці.

Зокрема, у адміністративній справі № 750/3043/17 за позовом до виконавчого комітету Чернігівської міської ради про визнання протиправним рішення від 15 грудня 2016 р. № 589, в частині затвердження Статуту комунального підприємства «Муніципальна поліція» Чернігівської міської ради, та скасування пунктів 4.1, 4.2.2, 4.3.1, 4.3.2, 4.3.3, 4.3.4, 5.2.5, 5.2.6, 5.2.7, 5.2.9, 7.7 Статуту цього підприємства Деснянським районним судом м. Чернігова у змісті ухвали було зазначено наступне<sup>15</sup>.

Рішенням виконавчого комітету Чернігівської міської ради від 15 грудня 2016 р. № 589 (далі – Рішення) було затверджено Статут комунального підприємства «Муніципальна поліція» Чернігівської міської ради (далі – третя особа). Відповідно до Статуту третя особа є уповноваженим представником відповідача в сфері дотримання та виконання законодавства про благоустрій населених пунктів, про відходи, про захист прав споживачів, громадського порядку та охоронної діяльності (п. 3.2); метою діяльності третьої особи, зокрема, є забезпечення чіткого виконання суб'єктами господарювання та громадянами обов'язків у сфері благоустрою, забезпечення контролю за здійсненням заходів з охорони майна та фізичних осіб (п. 4.1).

Частиною 2 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС) (в редакції на час розгляду справи) встановлено, що завданням адміністративного судочинства є захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, у тому числі на виконання делегованих повноважень шляхом неупередженого та своєчасного розгляду адміністративних прав.

Судом було зазначено, що відповідач є органом місцевого самоврядування, який за Законом України «Про місцеве самоврядування в Україні» має право здійснювати владні управлінські функції, в тому числі на виконання делегованих повноважень. Отже, за формальною ознакою відповідач є суб'єктом владних повноважень.

Водночас суд дійшов висновку, що, ухвалюючи Рішення, відповідач діяв не як суб'єкт владних повноважень, а як учасник відносин у сфері господарювання орган місцевого самоврядування, наділений господарською компетенцією, що прямо передбачено ст. 2 Господарського кодексу України (далі – ГК). У цих відносинах відповідач реалізував свої організаційно-господарські повноваження у процесі управління господарською діяльністю (ч. 6 ст. 3 ГК), створивши третю особу, яка діє на основі комунальної власності і, за приписом ст. ст. 63, 78 ГК, належить до сфери його управління. Після створення третьої особи між відповідачем і третьою особою виникли організаційно-господарські відносини, що породжують організаційно-господарські та соціально-комунальні зобов'язання, які регулюються нормами ст. ст. 176, 177 ГК, при цьому належать до сфери господарських, а не публічно-правових відносин.

Отже, на підставі вищенаведеного судом було винесено ухвалу про закриття провадження, оскільки ані Рішення, ані Статут не підлягають оскарженню в порядку адміністративного судочинства. До речі, ухвалу Деснянського районного суду м. Чернігова було залишено без змін Київським апеляційним адміністративним судом.

Підсумовуючи вищенаведені положення, можна дійти висновку, що у контексті реалізації стратегічного курсу держави на децентралізацію державної влади та підвищення рівня динамізму суспільних відносин затребуваним слід визнати перегляд наукових підходів до ідентифікації обсягу та змісту господарської компетенції органів місцевого самоврядування, взявши за основу функціональний підхід, який надасть можливість більш повно реалізувати можливості територіальних громад у сфері господарювання.

Викладені у даному науковому дослідженні ідеї можуть бути розвинені у напрямі поглиблення теоретико-прикладних розробок з питань визначення обсягу та змісту господарської компетенції органів місцевого самоврядування.

<sup>1</sup> *Джабраїлов Р. А.* Господарська правосуб'єктність міста : теорія і практика : моногр. / Р. А. Джабраїлов ; НАН України, Ін-т економіко-правових досліджень. – Донецьк : Вид-во «Ноулідж», 2010. – 455 с. – С. 158–169.

<sup>2</sup> *Первомайський О. О.* Участь територіальної громади у цивільних правовідносинах / О. О. Первомайський. – Х.: Страйд, 2005. – 184 с. – С. 70. – (Серія «Юридичний радник»).

<sup>3</sup> *Брагинский М. И.* Договорное право. Книга первая: общие положения. 2-е изд., стер. / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М.: Статут, 2003. – 848 с. – С. 358.

<sup>4</sup> *Борденюк В. В.* Територіальні громади сіл, селищ та міст як суб'єкти цивільного права : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В. В. Борденюк ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2016. – 253 с. – С. 33.

<sup>5</sup> *Первомайський О. О.* Вказана праця. – С. 70.

<sup>6</sup> *Барабашев Г. В.* Местное самоуправление / Г. В. Барабашев. – М.: Изд-во МГУ, 1996. – 352 с. – С. 112–114.

<sup>7</sup> *Лапшина И. Е.* Полномочия органов местного управления в Великобритании и их взаимоотношения с центральной властью / И. Е. Лапшина // Государственная власть и местное самоуправление. – 2006. – № 10. – С. 39–48. – С. 41.

<sup>8</sup> *Ed. Batley R.* Local Government in Europe : Trends and Developments / Ed. Batley R., Stoker G. Houndmills. – Hampshire and London : Macmillan, 1991. – 239 p. – P. 51.

<sup>9</sup> *Гизевиус В.* Политика местного самоуправления в ФРГ / В. Гизевиус ; пер. с нем. Б. Воронова. – Бонн : Фонд Фридриха Эберта, 1995. – 144 с. – С. 26.

<sup>10</sup> *Слепнев Е. Л.* Право собственности муниципальных образований : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; семейное право; гражданский процесс; международное частное право» / Е. Л. Слепнев. – Екатеринбург, 2000. – 25 с. – С. 14–15.

<sup>11</sup> *Камалов О. А.* Гражданская правосубъектность муниципальных образований : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / О. А. Камалов. – Екатеринбург, 2001. – 24 с. – С. 7, 11.

<sup>12</sup> Основні засади здійснення державної власності щодо публічного акціонерного товариства «Національна акціонерна компанія «Нафтогаз України»», затвержені постановою Кабінету Міністрів України від 26 квітня 2017 р. № 351 // Офіційний вісник України. – 2017. – № 45. – Ст. 1393.

<sup>13</sup> Тимчасові положення про аукціони, затвержені радами, ніхто не відмінив // Землевпорядний вісник. – 2008. – № 4. – С. 13.

<sup>14</sup> *Комарова О. С.* Правове регулювання залучення земельних ділянок комунальної форми власності у господарський обіг : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право» / О. С. Комарова ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2012. – 209 с. – С. 81.

<sup>15</sup> Ухвала Деснянського районного суду м. Чернігова у адміністративній справі № 750/3043/17 від 10 травня 2017 року за позовом Особа\_4 до виконавчого комітету Чернігівської міської ради про визнання протиправним рішення від 15 грудня 2016 р. № 589, в частині затвердження Статуту комунального підприємства «Муніципальна поліція» Чернігівської міської ради, та скасування пунктів 4.1, 4.2.2, 4.3.1, 4.3.2, 4.3.3, 4.3.4, 5.2.5, 5.2.6, 5.2.7, 5.2.9, 7.7 Статуту цього підприємства : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66384854>

## Резюме

### **Полякова К. В. Господарська компетенція органів місцевого самоврядування.**

У статті звертається увага на окремі невирішені питання, пов'язані із з'ясуванням можливості застосування варіативного підходу до визначення обсягу господарської компетенції органів місцевого самоврядування із врахуванням теоретичних напрацювань у межах правової науки в цілому та господарського права зокрема. Сформульовано висновок, що у контексті реалізації стратегічного курсу держави на децентралізацію державної влади та підвищення рівня динамізму суспільних відносин затребуваним слід визнати перегляд наукових підходів до ідентифікації обсягу та змісту господарської компетенції органів місцевого самоврядування, взявши за основу функціональний підхід, який надасть можливість більш повно реалізувати можливості територіальних громад у сфері господарювання.

**Ключові слова:** органи місцевого самоврядування, господарська компетенція, правовий статус, функціональний підхід, територіальна громада.

## Резюме

### **Полякова К. В. Хозяйственная компетенция органов местного самоуправления.**

В статье обращается внимание на отдельные нерешенные вопросы, связанные с выяснением возможности применения вариативного подхода к определению объема хозяйственной компетенции органов местного самоуправления с учетом теоре-

тических наработок в рамках правовой науки в целом и хозяйственного права, в частности. Сформулирован вывод, согласно которому в контексте реализации стратегического курса государства на децентрализацию государственной власти и повышение уровня динамизма общественных отношений востребованным следует признать пересмотр научных подходов к идентификации объема и содержания хозяйственной компетенции органов местного самоуправления, взяв за основу функциональный подход, который позволит более полно реализовать возможности территориальных громад в сфере хозяйствования.

**Ключевые слова:** органы местного самоуправления, хозяйственная компетенция, правовой статус, функциональный подход, территориальная громада.

### Summary

***Polyakova K. Economic competence of local self-government bodies.***

The article draws attention to some outstanding issues related to the possibility of applying a variant approach to determining the scope of economic competence of local self-government bodies, taking into account theoretical developments within the limits of legal science, in general, and economic law, in particular. The conclusion is made that in the context of realization of the strategic course of the state on the decentralization of state power and raising the level of dynamism of public relations, the review of scientific approaches to the identification of the volume and content of the economic competence of local self-government bodies should be recognized as a demand, based on a functional approach that will give the opportunity to more fully realize opportunities territorial communities in the field of economic activity.

**Key words:** local self-government bodies, economic competence, legal status, functional approach, territorial community.

УДК 347.7

**Ю. Л. БОШИЦЬКИЙ**

*Юрій Ладиславович Бошицький, професор, ректор Київського університету права НАН України*

## **ДЕЯКІ ПИТАННЯ КОДИФІКАЦІЇ ЧИННОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ В СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В КОНТЕКСТІ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ**

В умовах загострення економічної ситуації та зростаючої вимоги перебудови економічних відносин і пошуку оптимальної моделі розвитку економіки, а також в умовах постійної глобалізації міжнародного торговельного простору різко збільшується конкуренція між суб'єктами господарювання за збут своїх товарів та послуг.

Практично усі країни світу, прагнучі до стабільного і стійкого економічного зростання, що забезпечує поліпшення добробуту населення, змінюють підходи до форм охорони інтелектуальної власності.

Частиною 1 ст. 41 Конституції України проголошено право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної та творчої діяльності. Відповідно до положень ч. 1 ст. 54 Конституції громадянам гарантується свобода літературної, художньої, наукової творчості, захист інтелектуальної власності, їхніх авторських прав, моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної діяльності.

Однак, на думку вітчизняних фахівців, законодавство України з питань інтелектуальної власності лише продекларувало перетворення інтелектуальних продуктів на товари, що мають споживну вартість та суспільну потребу, але не запровадило ефективного механізму комерціалізації інтелектуальної власності, чітких «правил гри» у цій сфері, що паралізувало кодифіковані норми та створило можливість для обходу норм спеціальних законів і підзаконних актів.

По суті не реалізовано жодну із державних концепцій розвитку та охорони інтелектуальної власності: не удосконалено науково-методичне та нормативно-правове забезпечення ідентифікації та оцінки об'єктів права інтелектуальної власності; не створено дієвий механізм протидії виготовленню й розповсюдженню контрафактної продукції; не диференційовано відповідальність винних у порушенні прав ІВ, не налагоджено взаємодію центральних і місцевих органів виконавчої влади, громадських організацій щодо захисту прав інтелектуальної власності; бажає кращого інформаційне забезпечення діяльності у цій сфері; слабким є розвиток міжнародного співробітництва тощо.

Чимало проблем існує щодо надання правового режиму об'єктам інтелектуальної власності, особливо їх кваліфікації, та забезпечення правового становища її суб'єктів, зокрема університетів, де не завжди ведеться облік створених за їх фінансування об'єктів, фактично не діють патентні відділи, а обов'язки із патентування перекладаються на авторів, багато питань виникає із співавторством тощо.

Оптимізації конституційних прав у сфері інтелектуальної власності стосується й реформа системи інтелектуальної власності в Україні. Дана реформа є одним із пріоритетів Уряду. У сучасних умовах розвитку економіки України охорона та захист прав інтелектуальної власності є архіважливими.

Правове регулювання інтелектуальної власності в умовах глобалізації вже давно займає провідне місце в економіці розвинених світових держав, таких як США, Китай, Японія та країни Європейської Спільноти. Це зумовило розуміння необхідності вироблення єдиної концепції правової кодифікації законодавства про інтелектуальну власність її об'єктів (ІВ). Україна, як центральна європейська держава, безумовно, докладає зусилля, намагаючись відповідати світовим тенденціям та вимогам сучасності, однак, на превеликий жаль, ці спроби не завжди можна вважати вдалимими.

Одним із головних шляхів подолання означеної проблеми може стати конкретизована та результативна співпраця між науковою, правовою, економічною, політичною та промисловою елітами, кожна з яких має зробити свій вагомий внесок у забезпечення раціональної і ефективної системи охорони об'єктів інтелектуальної власності як загалом, так і об'єктів права зокрема. При цьому основний принцип взаємодії вказаних

об'єктів права інтелектуальної власності повинен відображатися у чітко визначених формах та методах їх співпраці та бути зорієнтованим на досягнення кінцевого позитивного результату.

Крім того, потрібно зазначити, що відповідно до глави 9 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, наша країна взяла на себе ряд зобов'язань у сфері інтелектуальної власності з метою спрощення створення і комерційного використання інноваційних продуктів та продуктів творчої діяльності на території сторін; і досягнення належного та ефективного рівня охорони й захисту прав інтелектуальної власності<sup>1</sup>. Так, це стосується порядку продовження строків дії договорів, правочинів у сфері інтелектуальної власності та правової охорони об'єктів таких прав. Однак потрібно констатувати, що відповідні зміни стосовно правової охорони даних об'єктів Україною досі не проведено.

Сучасний стан розвитку інформаційного суспільства – суспільства знань, визначає за необхідне здійснення наукової, науково-педагогічної і науково-технічної діяльності, що нині посідають місце одного із неодмінних і провідних напрямів діяльності держави, до визначення високоефективного інструментарію підвищення практичної результативності<sup>2</sup>.

Розробка раціонального механізму взаємодії правоохоронних норм у сфері винахідництва як в Україні, так і в світі, а також чіткий контроль за їх дотриманням є дуже важливим для формування технічного, економічного та соціального потенціалу кожної держави. Потрібно мати чітке уявлення з приводу наступних аспектів – точного визначення об'єкта, що підлягає правовій охороні; характеристики кола суб'єктів, які залучаються в процесі правової охорони цих об'єктів (автори, дослідники, винахідники, патентні повірені, суб'єкти господарювання, що замовляють або мають намір використовувати винаходи у своїй діяльності, держава в особі уповноважених органів, міжнародні організації тощо)<sup>3</sup>; способу, в який вищезазначені суб'єкти повинні діяти, користуючись наданими правами та виконуючи передбачені законодавством обов'язки задля визначення орієнтирів та досягнення результату.

Необхідно мати чітке уявлення щодо системи законодавства, в якій закріплено норми стосовно механізму визнання об'єкта права інтелектуальної власності, надання йому статусу результату інтелектуальної діяльності певного суб'єкта права та законні інтереси якого в подальшому будуть захищатися державою передбаченими імперативними методами.

Сучасна наука, що протягом багатоміліардної історії породила низку видатних вчених та винахідників, які розробляють, удосконалюють, кодифікують законодавство та доктрину в сфері інтелектуальної власності в Україні та створюють всі можливі заходи для сприятливої атмосфери щодо розвитку та функціонування нових інститутів права інтелектуальної власності за світовими стандартами.

Суттєвий внесок в розробку права інтелектуальної власності України зробили такі автори, як Г. О. Андрощук, Л. Й. Глухівський, І. І. Дахно, Ю. М. Капіца, П. П. Крайнев, І. О. Мікульонок, О. П. Орлюк, О. А. Підпригора, О. Д. Святоцький, Є. І. Ходаківський, Р. Б. Шишка та інші.

Наразі схвалена Національна стратегія розвитку сфери інтелектуальної власності в Україні на період до 2020 р.<sup>4</sup>, в якій визначено загальні положення пріоритетів та перспектив розвитку Національної системи інтелектуальної власності, зокрема мету, стратегічні напрями та основні завдання, на виконання яких має бути спрямована діяльність щодо реалізації державної політики в сфері інтелектуальної власності. Водночас залишилось чимало не розв'язаних завдань у її попередниці – Концепції розвитку державної системи правової охорони інтелектуальної власності на 2009–2014 рр.<sup>5</sup>, яка була схвалена рішенням Колегії Державного департаменту інтелектуальної власності (Протокол від 11 березня 2009 р. № 11) з метою визначення шляхів подальшого розвитку та вдосконалення державної системи правової охорони інтелектуальної власності, пріоритетами якої є максимально повне, своєчасне, якісне забезпечення фізичним та юридичним особам набуття й захисту прав інтелектуальної власності відповідно до міжнародних норм і стандартів. Серед них забезпечення надійних гарантій правової охорони інтелектуальної власності є невід'ємним атрибутом державності будь-якої цивілізованої країни. Для того є достатнє правове підґрунтя: положення Конституції України (ст. ст. 41, 54), норми Цивільного кодексу України (Книга IV «Право інтелектуальної власності»), Господарського, Кримінального, Митного кодексів України, Кодексу України про адміністративні правопорушення. В Україні діють спеціальні закони у сфері інтелектуальної власності: «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі»<sup>6</sup>, «Про охорону прав на промислові зразки»<sup>7</sup>, «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг»<sup>8</sup>, «Про охорону прав на сорти рослин»<sup>9</sup>, «Про охорону прав на зазначення походження товарів»<sup>10</sup>, «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем»<sup>11</sup>, «Про авторське право і суміжні права»<sup>12</sup>, «Про захист економічної конкуренції»<sup>13</sup>, «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів та фонограм»<sup>14</sup>, «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаних з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування»<sup>15</sup>. Є низка підзаконних актів.

Правові інститути інтелектуальної власності України визнають потребу в стимулюванні практичного застосування і використання в економічних цілях результатів наукових досліджень, які проводяться в наукових установах, на благо суспільства. У зв'язку із зазначеним вище необхідно видається потреба в впровадженні єдиного для України та деяких іноземних держав положення, яке б мало за мету кодифікувати законодавство про інтелектуальну власність.

Розроблене положення має стосуватися питань права власності, охорони і комерційного використання інтелектуальної власності, яка створювалася дослідниками під час виконання своїх службових обов'язків або здійснення діяльності в науково-дослідній установі. Вступні положення повинні визначати правила спів-



праці з промисловими та комерційними організаціями і принципи розподілу економічної вигоди, отриманої в результаті комерціалізації інтелектуальної власності.

Мета такої спільної діяльності складається з декількох аспектів, а саме: заохочення, стимулювання і підтримка наукових досліджень та розробок; забезпечення правової визначеності у сфері науково-дослідної діяльності і правовідносин із третіми особами у зв'язку з використанням технологій; введення в дію прийнятних для установи процедур виявлення, встановлення режиму права власності, охорони й комерціалізації інтелектуальної власності; забезпечення своєчасної та ефективної охорони інтелектуальної власності та управління нею; створення сприятливих умов для реєстрації, моніторингу та ведення портфеля об'єктів інтелектуальної власності; забезпечення справедливого і чесного розподілу економічної вигоди від комерціалізації інтелектуальної власності з урахуванням вкладів винахідників та установ, а також вкладів будь-яких інших заінтересованих осіб; зміцнення репутації установи як науково-дослідної установи і члена суспільства, а також репутації дослідників шляхом застосування результатів досліджень на благо суспільства<sup>16</sup>.

Майнові об'єкти, що знаходяться на балансі установи, включають в себе будь-яку форму фінансових коштів, матеріально-технічної бази або ресурсів, включаючи обладнання, витрачені матеріали та людські ресурси, що надаються прямо або опосередковано. «Інтелектуальна власність» – це винаходи, технології, розробки, вдосконалення, матеріали, хімічні сполуки, способи і всі інші результати наукових досліджень та матеріальні об'єкти, пов'язані з проведенням наукових досліджень, включаючи програмне забезпечення та інші твори, що охороняються авторським правом. Саме право такої власності містить майнові й суміжні права щодо інтелектуальної власності, включаючи патенти, права на корисні моделі, права селекціонерів, права на промислові зразки, товарні знаки, топологію інтегральних мікросхем, ноу-хау, комерційну таємницю та всі інші права на об'єкти інтелектуальної або промислової власності, а також авторські права, зареєстровані або незареєстровані, включаючи заявки на вказане або права на подання таких заявок, з огляду на всі розширення обсягу вимог за заявками та відновлення їх, і в кожному окремому випадку всі права або форми охорони, що виробляють той самий або подібний ефект у будь-якому місці земної кулі.

Винахідник, як безпосередній учасник відносин у сфері інтелектуальної власності – це дослідник, який зробив внесок у створення інтелектуальної власності. Беруть активну участь у праві інші особи, яким належать особисті немайнові та майнові права інтелектуальної власності. Серед суб'єктів права інтелектуальної власності особливе місце належить творцям: автору, виконавцю, винахіднику, раціоналізатору. Саме від творців це право може передаватися юридичній особі. Якщо охоронний документ на об'єкт права інтелектуальної власності втратив юридичну силу, то цим об'єктом може скористатися будь-яка фізична чи юридична особа.

Предмет договору на проведення досліджень може містити такі найменування надання науково-дослідних послуг: угоду про спільні НДДКР, угоду про передачу матеріалу, угоду про конфіденційність, договір на надання консультативних послуг та інший вид договору, який стосується досліджень, проведених дослідником у сфері інтелектуальної власності, створеної в установі.

Суб'єктами можуть бути: «Дослідник» – дієздатна фізична особа, яка перебуває у трудових відносинах з установою, включаючи працівників-студентів і технічний персонал. Передбачені права та обов'язки, зберігають юридичну силу після припинення навчальної або трудової діяльності в установі. Дослідник відповідає за забезпечення того, щоб до початку науково-дослідної діяльності, що проводиться спільно з третьою особою, умови співпраці були викладені в письмовому договорі (договір на проведення досліджень).

Дослідники не мають права укладати договір на проведення досліджень з третіми особами від імені установи, якщо тільки офіційний представник установи не уповноважував їх на цю дію. Залежно від відносного інтелектуального і фінансового внеску установи, авторської винагороди творцю за використання об'єкта права інтелектуальної власності, розмір якої визначається договором з урахуванням положень нормативно-правових актів з питань інтелектуальної власності, володільцем усіх прав на інтелектуальну власність, яка була винайдена, розроблена або створена працівником установи в ході виконання ним своїх службових обов'язків і в рамках його трудової діяльності, як правило, автоматично стає установка.

Якщо на підставі окремого договору третя особа пропонує студенту спонсорську підтримку в розмірі плати за його навчання, причому за умовами такого договору третя особа набуває право на інтелектуальну власність, що виникає в результаті навчальної діяльності студента, студент зобов'язаний повідомити про те, що спочатку інтелектуальна власність належить установі, а право власності на неї буде згодом визначатися відповідно до умов договору, укладеного з третьою особою. Використання цього права іншими особами об'єктів інтелектуальної власності, щодо яких їх правоволодільцеві належить виключне право, допускається лише з дозволу ВНЗ<sup>17</sup>. Суб'єкт права на об'єкт інтелектуальної власності має право передати це право іншій особі повністю або частково за договором, дозволити іншій особі використати цей об'єкт чи розпорядитися ним іншим чином, якщо це не суперечить законодавству.

Всі права на твори, що охороняються авторським правом, належать творцям таких незалежно від використання ресурсів установи. Винятки становлять охоронювані авторським правом твори, які створюються за спеціальним дорученням установи в ході виконання договору на проведення досліджень за спонсорської підтримки або іншого договору з третьою особою. При цьому враховуються положення відповідних договорів. Обмеження прав інтелектуальної власності, у тому числі шляхом надання можливості використання об'єкта інтелектуальної власності іншими особами, визнання цих прав недійсними та їх припинення (анулювання) допускається у випадках, межах і порядку, що встановлені чинним законодавством.

Якщо установа не може здійснювати або приймає рішення не здійснювати комерційне використання будь-якої інтелектуальної власності, на яку він заявляє свої права, він зобов'язаний негайно повідомити про це винахідника (винахідників). Таке повідомлення направляється не менш ніж за один місяць до вчинення дії або бездіяльності, внаслідок яких можливість витребування охорони може бути втрачена. Кожен дослідник відповідає за неприпустимість протиріч між договорами, що укладаються ним з третіми особами, і його зобов'язаннями перед установою. Сфера правового впливу поширюється, зокрема, на договори надання консультативних та інших науково-дослідних послуг, що укладаються з третіми особами<sup>18</sup>. Дослідники зобов'язані дотримуватися конфіденційності комерційної таємниці установи.

Охорона і успішна комерціалізація інтелектуальної власності можуть залежати від оперативного і ефективного ведення справ, тому винахідники зобов'язані розкривати відомості про всю інтелектуальну власність, яка може стати потенційним об'єктом комерційного використання, негайно після того, як їм стає відомо про таку. Відомості необхідно розкривати в письмовій формі шляхом заповнення форми розкриття відомостей про інтелектуальну власність, яку можна отримати в особи або у відділі установи. Передчасне оприлюднення наукових відомостей може поставити під загрозу охорону і комерціалізацію інтелектуальної власності. Щоб уникнути будь-якої втрати потенційної вигоди, дослідникам слід докладати належних зусиль, спрямованих на виявлення інтелектуальної власності на ранніх етапах процесу розробки, і брати до уваги наслідки будь-якого оприлюднення.

При порушенні права інтелектуальної власності потерпілий має право: вимагати визнання та поновлення своїх прав; звертатися до суду з позовом про поновлення порушених прав або припинення дій, що порушують права інтелектуальної власності чи створюють загрозу їх порушення; подавати позови про відшкодування моральної (немайнової) шкоди; подавати позови про відшкодування збитків, включаючи упущену вигоду, або стягнення доходу, отриманого порушником внаслідок порушення ним права інтелектуальної (творчої) власності, або виплату компенсацій; брати участь в інспектуванні виробничих приміщень, щодо яких є підстави для підозри про порушення чи загрозу порушення права інтелектуальної власності, у порядку, встановленому законом; вимагати припинення підготовчих дій до порушення права інтелектуальної власності, вимагати, в тому числі у судовому порядку, публікації в засобах масової інформації даних про допущені порушення права інтелектуальної (творчої) власності та судові рішення щодо цих порушень; вимагати від осіб, які порушують права інтелектуальної власності позивача, надання інформації про третіх осіб, задіяних у виробництві та розповсюдженні контрафактних примірників творів і об'єктів суміжних прав, а також засобів обходу технічних засобів захисту та про канали їх розповсюдження; вимагати вжиття інших передбачених законодавством заходів, пов'язаних із захистом інтелектуальної власності.

Національна стратегія інтелектуальної власності України на період до 2020 р. передбачає, по-перше, удосконалення законодавства України у сфері інтелектуальної власності з урахуванням набутого досвіду, у тому числі й іншими країнами, а також останніх змін і сучасних тенденцій в окресленій галузі з метою створення максимально сприятливих правових, організаційних та економічних умов для юридичних і фізичних осіб щодо набуття, здійснення та захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності. По-друге, удосконалення охорони прав на об'єкти інтелектуальної власності (система та застосування) з метою покращення ефективності процедур, спрямованих на попередження, виявлення та припинення порушень прав на об'єкти інтелектуальної власності та заходів покарання, які застосовуються до таких правопорушень; зміцнення технічної бази й розвиток науково-технічного потенціалу заінтересованих міністерств і відомств; посилення ролі інтелектуальної власності в усіх сферах діяльності, яка здійснюється на території України. По-третє, формування правової культури з питань інтелектуальної власності серед населення України, у тому числі з використанням сучасних телекомунікаційних засобів.

Стратегія формується із глибокого аналізу законодавчої діяльності та чинників, які на неї впливають. Повинні бути аналітичні видання на основі комплексного аналізу основних тенденцій і напрямів розвитку світового співтовариства, частиною якого є Україна, самого українського суспільства, у сфері державного будівництва, економіки, науки і освіти.

Актуальним залишаються питання кодифікації законодавства у сфері інтелектуальної власності на спільних для всіх об'єктів інтелектуальної власності об'єктивних цінностях. Також до існуючих проблем щодо прогалин законодавства у сфері інтелектуальної власності слід віднести відсутність законодавчого напруження щодо договірної передачі ноу-хау, визначення якого наведено у Законі України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій»<sup>19</sup>.

Договір про передачу ноу-хау має певну схожість із ліцензійним договором. Але істотна відмінність полягає у тому, що на підставі ліцензійних договорів передаються права на запатентовані об'єкти, тоді як ноу-хау об'єктивно може бути не запатентоване.

Інноваційним перспективам нашої країни в сфері інтелектуальної власності сприятиме і нещодавно прийнятий Верховною Радою України Закон України «Про наукову і науково-технічну діяльність»<sup>20</sup>, який має стати запорукою ефективного використання державою свого інтелектуального потенціалу. Цей закон створює дієве правове поле для розвитку наукової і науково-технічної сфери та перетворення її на рушійну силу інноваційного прогресу України. Слід зазначити, що закон також сприятиме демократизації академічного життя, прозорішому розподілу фінансування та підвищенню ефективності діяльності наукових установ.

Відомо, що права, надані власникам охоронних документів на об'єкти інтелектуальної власності, нічого не варті, якщо вони не забезпечені адекватним та ефективним захистом в адміністративному або судовому

порядку. Сьогодні залишається відкритим питання захисту прав інтелектуальної власності. У цьому напрямі також потрібне поетапне приведення національного законодавства у відповідність із правовими нормами, що діють у країнах-членах ЄС. Тому проблема захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності потребує подальшого удосконалення і системи судових органів. В Україні вже сформована відповідна законодавча база в сфері інтелектуальної власності, однак сприятиме її оптимізації також і прийняття нещодавно Закону України «Про судоустрій і статус суддів»<sup>21</sup>. Відповідно до приписів цього Закону та Указу Президента України від 29 вересня 2017 р. № 299/2017<sup>22</sup>. В Україні створено Вищий суд з питань інтелектуальної власності в статусі вищого спеціалізованого суду як суду першої інстанції, який вплине на якість розгляду справ з питань інтелектуальної власності та значно скоротить термін їх розгляду, допоможе уникнути різної правозастосовної практики й уніфікувати судову практику тощо.

Водночас практика застосування національного законодавства виявила проблеми, що пов'язані із розбудовою в Україні цивілізованого ринку об'єктів права інтелектуальної власності, передусім у сфері авторського права і суміжних прав. Це насамперед неправомірне використання об'єктів авторського права і суміжних прав, надприбутковість «піратського» бізнесу, недостатній контроль з боку правоохоронних та контролюючих органів, низька правова культура громадян тощо.

Отже, можемо зробити такі висновки. Виходячи із викладеного вище, вбачається на необхідне кодифікувати чинну нормативно-правову базу, яка здійснює вплив на регулювання відносин у праві інтелектуальної власності. Розроблене авторське положення, яке покликане гарантувати належність та своєчасність здійснення прав у сфері інтелектуальної (творчої) власності, покликане захистити суб'єктів (сторін договору) від зловживання їхніми правами та не допустить необ'єктивних порушень. Крім того, використання національними установами та установами, які функціонують в іноземних державах, єдиного положення, нормативних приписів та вимог дасть можливість застосування універсального методу контролю над реалізацією договірних засад. Так, сторони будуть правомірно виконувати покладені на них універсальним положенням права і обов'язки в сфері інтелектуальної власності, що дасть змогу розширити професійні якості уповноважених осіб (дослідників) та запозичувати іноземний досвід усунення недоліків і вад в дослідженні проблем у галузі інтелектуальної власності.

Слід зазначити необхідність подальшого вдосконалення законодавства, спрямованого на забезпечення конституційних прав громадян на захист інтелектуальної власності, створення сприятливих умов для нових, сучасних об'єктів інтелектуальної власності, розвитку цивілізованого ринку цих об'єктів тощо. Державне сприяння охороні інтелектуальної власності вимагає запровадження організаційно-правових заходів, об'єднання зусиль різних органів державної влади, недержавних установ та громадських організацій, визначення подальших шляхів розвитку національної системи правової охорони інтелектуальної власності.

Також існує необхідність подальшого посилення правової культури для захисту прав інтелектуальної власності, підвищення загального рівня підготовки кваліфікованих фахівців з цих питань. Це потребує великого обсягу спеціальних теоретичних знань та практичного досвіду вдосконалення законодавства, спрямованого на охорону права на об'єкти інтелектуальної власності, створення сприятливих умов для розвитку цивілізованого ринку цих об'єктів. Потрібне державне сприяння охороні інтелектуальної власності, що вимагає запровадження організаційно-правових заходів. Для їх здійснення необхідні координація роботи різних органів державної влади, недержавних установ та громадських організацій, визначення подальших шляхів розвитку національної системи правової охорони інтелектуальної власності в Україні. У стратегічному спрямуванні має бути вироблена економічно, політично вивірена, організаційно та матеріально забезпечена політика у сфері інтелектуальної власності.

<sup>1</sup> Гордієнко С. Г. Захист інтелектуальної власності в Україні в сучасних умовах : Курс лекцій / С. Г. Гордієнко. – К. : Поліграфічне підприємство «Гранма», 2011. – 480 с.

<sup>2</sup> Інтелектуальна власність в Україні: досвід, законодавство, проблеми, перспективи / О. Орлюк // Право України. – 2011. – № 3 – С. 4–21.

<sup>3</sup> Цивільне право України. Загальна частина: підруч. ; 2-е вид., змін. та доп. / за ред. І. А. Бірюкова, Ю. О. Заїки. – К.: КНТ, 2008. – 480 с.

<sup>4</sup> Національна стратегія розвитку сфери інтелектуальної власності в Україні на період до 2020 року : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://sips.gov.ua/ua/project-ip-strategy28082014>

<sup>5</sup> Концепція розвитку державної системи правової охорони інтелектуальної власності на 2009–2014 роки : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://sips.gov.ua/i\\_upload/file/konts9-14.doc](http://sips.gov.ua/i_upload/file/konts9-14.doc)

<sup>6</sup> Про охорону прав на винаходи і корисні моделі : Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 7. – Ст. 32.

<sup>7</sup> Про охорону прав на промислові зразки : Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 7. – Ст. 34.

<sup>8</sup> Про охорону прав на знаки для товарів і послуг: Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 7. – Ст. 36.

<sup>9</sup> Про охорону прав на сорти рослин: Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 21. – Ст. 218.

<sup>10</sup> Про охорону прав на зазначення походження товарів : Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 32. – Ст. 267.

<sup>11</sup> Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем : Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 8. – Ст. 28.

<sup>12</sup> Про авторське право і суміжні права : Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 13. – Ст. 64.

<sup>13</sup> Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів та фонограм: Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 12. – Ст. 64.

<sup>14</sup> Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів та фонограм: Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 24. – Ст. 183.

<sup>15</sup> Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаних з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування: Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 17. – Ст. 121.

<sup>16</sup> *Ходаківський С. І.* Інтелектуальна власність: економіко-правові аспекти: навч. посіб. / С. І. Ходаківський, В. П. Якобчук, І. Л. Литвинчук. – К.: Центр учбової літератури, 2014. – 276 с.

<sup>17</sup> Methodology for the Development of National Intellectual Property Strategies. [Tool 1: The Process]. – Geneva: WIPO Publication No. 958.1E, 2016. – 42 p.

<sup>18</sup> Всесвітня організація інтелектуальної власності / Постійне представництво України при відділенні ООН та інших міжнародних організаціях у Женеві: [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://geneva.mfa.gov.ua/ua/ukraine-io/wipo>

<sup>19</sup> Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій: Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 45. – Ст. 434.

<sup>20</sup> Про наукову і науково-технічну діяльність: Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 2016. – № 3. – Ст. 25.

<sup>21</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 2016. – № 31. – Ст. 545.

<sup>22</sup> Про утворення Вищого суду з питань інтелектуальної власності: Указ Президента України від 29 вересня 2017 р. № 299/2017.

### Резюме

**Бошицький Ю. Л.** Деякі питання кодифікації чинного законодавства України в сфері інтелектуальної власності в контексті міжнародних стандартів.

У науковій статті досліджується проблеми кодифікації сучасного законодавства України в сфері інтелектуальної (творчої) власності. Застосовується досвід іноземних держав у сфері дотримання та захисту права інтелектуальної власності на прикладі регулювання відносин між замовником та дослідником на підставі договору на проведення досліджень. Запроваджується використання єдиного, універсального для іноземних держав та України положення, керуючись приписами якого мають здійснюватися майнові та особисті немайнові відносини між сторонами договору на проведення наукових досліджень.

**Ключові слова:** право, сфера інтелектуальної власності, дослідник, установа, концептуальні положення, міжнародні стандарти, нормативні вимоги, творча (наукова) діяльність, кодифікація, договір на проведення досліджень.

### Резюме

**Bozhitsky Y. L.** Некоторые вопросы кодификации действующего законодательства Украины в сфере интеллектуальной собственности в контексте международных стандартов.

В научной статье исследуются проблемы кодификации современного законодательства Украины в сфере интеллектуальной (творческой) собственности. Применяется опыт иностранных государств в сфере соблюдения и защиты права интеллектуальной собственности на примере регулирования отношений между заказчиком и исследователем на основании договора на проведение исследований. Вводится использование единого, универсального для иностранных государств и Украины положения, руководствуясь предписаниями которого могут осуществляться имущественные и личные неимущественные отношения между сторонами договора на проведение научных исследований.

**Ключевые слова:** право, сфера интеллектуальной собственности, исследователь, учреждение, концептуальные положения, международные стандарты, нормативные требования, творческая (научная) деятельность, кодификация, договор на проведение исследований.

### Summary

**Boshitsky Y.** Some issues of codification of the current legislation of Ukraine in the field of intellectual property in the context of international standards.

The scientific article examines the problems of codification of the current legislation of Ukraine in the field of intellectual (creative) property. The experience of foreign states is applied in the sphere of observance and protection of intellectual property rights on the example of regulating relations between the customer and the researcher on the basis of the research contract. The use of a single provision which is universal for foreign states and Ukraine is introduced, guided by the prescriptions of which property and personal non-property relations between the parties to the scientific research contract can be carried out.

**Key words:** law, field of intellectual property, researcher, institution, conceptual provisions, international standards, regulatory requirements, creative (scientific) activity, codification, research contract.

**О. А. РАССОМАХІНА**

*Ольга Андріївна Рассомахіна, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України*

**ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ ПІДСТАВ ДЛЯ ВІДМОВИ У РЕЄСТРАЦІЇ ЯК ЗНАКА ПОЗНАЧЕННЯ, ЩО Є ОПИСОВИМ, В УКРАЇНІ**

Питання про те, чи має позначення, яке заявлено на реєстрацію у якості торговельної марки, розрізняльну здатність, є складним. Для його вирішення необхідно мати спеціальні знання про саму розрізняльну здатність і про факти, які впливають на її набуття внаслідок використання позначення. Однією зі складових критерію розрізняльної здатності є вимога про те, що знак не повинен бути описовим позначенням. Сьогодні у правозастосовній практиці патентного відомства України ми інколи зустрічаємо суперечливі та не зовсім справедливі, з точки зору заявника, рішення експертизи про відмову у реєстрації позначення як знака, якщо воно є описовим, тому ми доходимо висновку про те, що на практиці зустрічається недостатнє розуміння змісту та порядку застосування даної підстави для відмови у реєстрації позначення у якості торговельної марки. Але в умовах розвитку ринкових відносин та глобалізації міжнародного торговельного простору реалізація прав інтелектуальної власності на торговельні марки має бути належною і забезпечуватися ефективним правовим регулюванням. Тому варто провести невелике дослідження вітчизняної правозастосовної практики, адміністративної та судової, щодо порядку застосування такої підстави для відмови у правовій охороні знака, як описовість позначення, з метою вироблення в результаті дослідження відповідних пропозицій та рекомендацій, якщо це буде доцільно, для удосконалення законодавства України у цій сфері.

Дослідженню даного критерію охороноздатності торговельної марки присвячено чимало наукових праць, зокрема, Є. А. Арієвича<sup>1</sup>, В. І. Березанської<sup>2</sup>, Г. Боденхаузена<sup>3</sup>, Т. С. Демченко<sup>4</sup>, О. Ю. Кашинцевої<sup>5</sup>, І. Ю. Кожарської<sup>6</sup>, О. Д. Левічевої<sup>7</sup>, Т. С. Макаришевої<sup>8</sup>, О. М. Мельник<sup>9</sup>, Г. П. Рабець<sup>10</sup>, Ю. І. Свядосца<sup>11</sup>, А. А. Шестимірова<sup>12</sup> та інших. Разом із тим недостатньо дослідженими залишаються питання, пов'язані з практикою застосування даної підстави для відмови у наданні правової охорони знаку в Україні та зарубіжних державах, а також щодо тлумачення змісту відповідних законодавчих норм, які визначають обсяг, умови і порядок застосування даного критерію правової охорони торговельних марок під час процедури набуття прав на позначення в Україні.

Пропонуємо дослідити генезис правозастосовної практики щодо застосування даного критерію охороноздатності торговельних марок в Україні, її стан на сьогодні в цілому і виробити в результаті дослідження відповідних пропозицій та рекомендацій до законодавства України з цього питання.

*Вітчизняна адміністративна практика застосування підстав для відмови у реєстрації як знака позначенням, що є описовими.* Йдеться про опорування відмови у реєстрації позначень «Жильє в кредит» (2006 р.), «Стружка рибна» (2007 р.) «Фрукти по-турецьки» (2008 р.) тощо, в Апеляційній палаті Державного департаменту інтелектуальної власності шляхом подання відповідних заперечень.

Так, у червні 2006 р. колегія Апеляційної палати розглянула *заперечення заявника проти рішення Держдепартаменту про відхилення заявки на словесне позначення «ЖИЛЬЄ В КРЕДИТ»* відносно послуг 36 класу МКТП: страхування; фінансова діяльність; кредитно-грошові операції; операції з нерухомістю. Відповідно до матеріалів заявки на підставі висновку закладу експертизи Держдепартаментом було прийнято рішення про відхилення заявки на знак для товарів і послуг «ЖИЛЬЄ В КРЕДИТ» згідно з п. 2 ст. 6 Закону «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», враховуючи, зокрема, що: для послуг 36 класу «кредитно-грошові операції» позначення складається лише з даних, що є описовими при використанні у зв'язку із зазначеними послугами, оскільки вказує на певний вид послуг: «кредит – надання цінностей (грошей, товарів) у борг» та їх призначення «житло»<sup>13</sup>. Слід зазначати, що у даній справі *описовість позначення не була єдиною підставою для відмови у правовій охороні, а поєднувався із такими підставами, як відсутність розрізняльної здатності та оманливість позначення.*

Розглянемо більш детально аргументи сторін стосовно описовості даного позначення. Апелянт, заперечуючи проти рішення про відхилення заявки на знак «ЖИЛЬЄ В КРЕДИТ», зазначає, що *заявлене позначення є новоствореним словосполученням, не характерним для прямої природної мови.* Розрізняльну здатність заявленого позначення не слід розглядати як набір окремих термінів. Милозвучне поєднання іменників «ЖИЛЬЄ», «КРЕДИТ» та прийменника «В» надає позначенню якісно новий рівень сприйняття його складових елементів. Словосполучення «ЖИЛЬЄ В КРЕДИТ» – це гасло, за яким споживач розуміє цілу низку послуг, які надає заявник під цим позначенням. Апелянт вважає, що для того, щоб споживач сформулював описову характеристику заявленого позначення стосовно послуг 36 класу МКТП, потрібні додаткові асоціації, логічні побудови, причому висновки щодо таких асоціацій можуть бути різними. Апелянт також вказує, що у 2002 р. він розробив програму «Жильє в кредит», яка стосувалася низки послуг щодо отримання клієнтами прав власності на нерухомість. Для реалізації цієї програми було створено підприємство ТОВ «Перша лізин-

гова контора», партнером якого обрано банк ЗАТ КБ «ПриватБанк». Для підтвердження набуття розрізняльної здатності позначенням «ЖИЛЬЕ В КРЕДИТ» у зв'язку з використанням апелянтом було надано таку інформацію: 1) у 2002 р. заявник розробив програму «Жилье в кредит», яка стосувалася низки послуг щодо отримання клієнтами прав власності на нерухомість; 2) для реалізації цієї програми було створено підприємство ТОВ «Перша лізингова контора»; 3) програма передбачає створення окремих підприємств для її реалізації. Це підтверджує «Договір про спільне обслуговування клієнтів» між ЗАТ КБ «ПриватБанк» та ТОВ «Перша лізингова контора»; 4) копії сторінок газети «Аviso» (м. Дніпропетровськ) № 12, 2005; № 26 від 5 липня 2005 р. та журналу «Недвижимость в движении» (м. Дніпропетровськ) №12 від 30 березня 2005 р., № 22 від 8 червня 2005 р., № 24 від 22 червня 2005 р., № 32 від 17 серпня 2005 року<sup>14</sup>.

Колегія Апеляційної палати вважає, що позначення «ЖИЛЬЕ В КРЕДИТ» вказує на певний вид послуг та їх призначення, тобто є описовим при використанні у зв'язку із заявленими послугами, враховуючи наступне. Словосполучення «ЖИЛЬЕ В КРЕДИТ» поєднує у собі низку послуг, які надаються при отриманні житла у кредит. До них можна віднести експертизу і страхування нерухомості, взаємини щодо фінансування між банком та клієнтом, кредитно-грошові операції при придбанні майна тощо. У довідниках надається таке значення слів, що складають заявлене позначення. Кредит – предоставление в долг на определенный срок товаров или денежных средств (Современный словарь иностранных слов. – М.: Русский язык, 1999). Жилье – место, где живут люди, жилище (Большой толковый словарь русского языка / под ред. С. А. Кузнецова. – СПб.: Норит, 2000). Тобто, якщо позначення вказує на певний вид послуг та їх призначення, воно є описовим при використанні у зв'язку із заявленими послугами<sup>15</sup>.

Колегія Апеляційної палати не може також погодитися з твердженням апелянта, що заявлене позначення «ЖИЛЬЕ В КРЕДИТ» є новоствореним словосполученням, не характерним для прямої природної мови, оскільки як саме словосполучення, так і три окремих слова мають чіткі семантичні поняття і для їх розуміння не потрібні ніякі додаткові асоціації та логічні побудови, а висновки щодо таких асоціацій не можуть бути різними<sup>16</sup>. Колегія Апеляційної палати констатувала, що надані матеріали не підтверджують набуття розрізняльної здатності позначенням «ЖИЛЬЕ В КРЕДИТ» через використання. За результатами розгляду заперечення колегія Апеляційної палати вирішила, що заявлене позначення «ЖИЛЬЕ В КРЕДИТ» не відповідає умовам надання правової охорони і відмовила заявнику у задоволенні заперечення<sup>17</sup>.

У січні 2007 р. колегія Апеляційної палати Державного департаменту інтелектуальної власності розглянула заперечення проти рішення Держдепартаменту про відмову в реєстрації знака «Стружка рибна». Відповідно до висновку закладу експертизи заявлене позначення не відповідає умовам надання правової охорони, оскільки, зокрема: для товарів 29 класу, які входять до узагальнюючих понять «риба» та «морепродукти», і всіх послуг 35 класу, пов'язаних із введенням цих товарів у цивільний оборот, складається лише з даних, що є описовими при використанні вищезазначених товарів і послуг: «стружка» – вид (різновид) і спосіб приготування товару («стружка» – відходи у вигляді тонких стрічок або частинок неправильної форми); «рибна» – його склад і властивості (виготовлена з риби). Слід зазначити, що у даній справі описовість не була єдиною підставою для відмови у наданні правової охорони, а поєднувалася із такою підставою як *оманливість позначення* (для всіх інших товарів 29 класу МКТП)<sup>18</sup>.

Розглянемо більш детально аргументи сторін стосовно описовості даного позначення. У своєму запереченні проти відмови у реєстрації знака «Стружка рибна» апелянт зазначає, що слово «стружка», відповідно до тлумачних словників, не є видом (різновидом) товару або способом приготування товару. Це слово застосовується лише для будівельних матеріалів, тому у даному випадку заявлене позначення є фантазійним. Апелянт вказав, що товар, який маркується заявленим позначенням, вже відомий на території України внаслідок його широкого використання. Крім того, апелянт наполягав, що заявлене позначення набуло розрізняльної здатності завдяки його тривалому використанню<sup>19</sup>.

Колегія Апеляційної палати, вивчивши та проаналізувавши аргументацію сторін, встановила наступне. У Великому тлумачному словнику сучасної української мови зазначено, що «стружка» – це відходи у вигляді тонких стрічок або частинок неправильної форми, що утворюються під час стругання деревини, різання матеріалу тощо. Стругати – знімати стружку з поверхні дерева, металу тощо яким-небудь різальним інструментом; нарізати тонкими вузькими пластинками; зрізати, знімати що-небудь<sup>20</sup>. Російські джерела дають наступні визначення: стружка – тонкая узкая спиралеобразная лента дерева, металла и т.п., образующаяся при обработке их поверхности строганием (Т. Ф. Ефремова. Новый словарь русского языка. Толково-словообразовательный. – М.: Русский язык, 2000). Строгать – срезывать стружки. Строгать доску, олений рог, сандал, резать на мелкие стружки. Строгать капусту. Мерзлую рыбу стружат ножом, иногда и мясо (Толковый словарь В. Даля)<sup>21</sup>. Як виявилось, слово «стружка» зустрічається у поєднанні з різними речами або продуктами, які стругають або ріжуть на дрібні частини неправильної форми: металева стружка, дерев'яна стружка, шоколадна стружка, кокосова стружка, м'ясна стружка, масляна стружка, кальмар-стружка. Слово «стружка» використовується і у поєднанні з таким продуктом, як риба: «Мороженную рыбу строгают ножом, получая тонкую стружку» (Кухня народов Севера); «Стружка рибна з філе рибного в олії» (ТУ У 15.2-25387572.001-2001); «Комплект оборудования для производства рыбной стружки» (предприятие «ООО Тронка-Агротек»); «...та рибна стружка без жодних ознак виробництва...» (Общественно-политическая газета «Антенна»); «Стружка рибна виготовляється з натурального продукту» (ПП «Бомонд») тощо (мережа Інтернет)<sup>22</sup>. Виходячи з наведеного, колегія Апеляційної палати констатувала, що словосполучення «стружка рибна» не є фантазійним, а означає постругану, порізану або подрібнену рибу. Словосполучення має чітку семантику, тобто певне смис-

лове значення і для його розуміння не потрібні ніякі додаткові асоціації, логічні побудови, і тому висновки щодо його сприйняття не можуть бути різними, тому воно не є фантазійним. Стосовно наданих апелянтом доказів набуття розрізняльної здатності заявленим позначенням, колегія Апеляційної палати констатувала, що представлені матеріали не підтверджують набуття розрізняльної здатності позначенням «Стружка рибна» через використання щодо заявлених товарів 29 класу, а навпаки посилюють аргументацію висновку щодо описового характеру словесного позначення «Стружка рибна». Таким чином, у даному випадку бачимо приклад використання неналежних доказів для підтвердження набуття даним позначенням розрізняльної здатності у процесі використання (серед представлених матеріалів були в основному технічні умови та паспорти, необхідні для виробництва даної продукції, рекламні матеріали).

За результатами розгляду заперечення колегія Апеляційної палати вирішила, що заявлене позначення «Стружка рибна» не відповідає умовам надання правової охорони відносно товарів 29 класу та послуг 35 класу МКТП, що пов'язані із введенням цих товарів в цивільний оборот, і прийняла рішення про відмову у задоволенні заперечення та залишила рішення Держдепартаменту про відмову у реєстрації знака «Стружка рибна» чинним<sup>23</sup>.

У квітні 2008 р. в Апеляційній палаті Державного департаменту інтелектуальної власності розглядалося заперечення проти рішення Державного департаменту інтелектуальної власності про відмову в реєстрації знака для товарів і послуг «ФРУКТИ ПО-ТУРЕЦЬКИ» для товарів 29 класу МКТП: арахіс оброблений; боби законсервовані; варення; горіхи оброблені; горох законсервований; гриби законсервовані; гумос (паста з гороху пуг); деруни; джеми; екстракти харчові з водоростей; желатина харчова; желе харчові; жир кокосовий; журавлинний (клюквовий) соус; заморожені фрукти; ізюм (родзинки); імбирний джем; йогурт; капуста квашена; картопля хрустка; картопляні кришеники (хрусткі); картопляні пластівці; кефір; кокосова олія; коксові горіхи сухі; крокети; кукурудзяна олія; кунжутова олія; курага; мармелад; масло арахісове; масло какао; ... яблучне пюре, а також усіх послуг 35 класу.

Заявлене комбіноване позначення складається зі словесного і зображувального елементів, при цьому словесний елемент «фрукти по-турецьки» виконане звичайним шрифтом великими літерами кирилицею та вміщено в рамку оригінальної форми. Слід зазначити, що даному позначенню було відмовлено у реєстрації на декількох підставах: оманливість позначення щодо частини заявлених товарів 29 класу МКТП, а також схожість позначення до ступеня змішування із раніше зареєстрованим знаком для товарів і послуг «Фрукты по-турецки Santa Vita» щодо частини заявлених товарів 29 класу МКТП та усіх послуг 35 класу. У даній справі колегія Апеляційної палати встановила, що словесна частина заявленого позначення є описовою щодо товарів, які охоплюються родовим поняттям «фрукти», оскільки в словосполучення «фрукти по-турецьки» має чітку семантику, тобто певне смислове значення і для його розуміння звичайному споживачу не потрібні додаткові асоціації, логічні побудови, тому висновки щодо його сприйняття не можуть бути різними<sup>24</sup>.

Розглянемо більш детально аргументи сторін стосовно описовості словесної частини даного позначення. Слід зазначити, що у даній справі апелянт намагався використати даний критерій для відмови у реєстрації у якості аргументу на користь реєстрації знака.

Апелянт у заяві про реєстрацію знака та запереченні проти рішення про відмову у реєстрації знака «ФРУКТИ ПО-ТУРЕЦЬКИ», усвідомлюючи, що позначення може не отримати правову охорону стосовно товарів і послуг, перелічених у заяві, зазначив, що «ФРУКТИ ПО-ТУРЕЦЬКИ» – це *штучне словосполучення, яке має асоціативний зв'язок зі східними казками, східними солодощами*, звичаєм побуту у країні Туреччина. Апелянт просить задовольнити заперечення та відмінити рішення ДДІВ.

Колегія Апеляційної палати Державного департаменту інтелектуальної власності перевірила позначення «ФРУКТИ ПО-ТУРЕЦЬКИ» щодо наявності підстав для відмови у правовій охороні, зокрема, встановлених п. 2 ст. 6 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», з урахуванням п. 4.3. Правил складання, подання та розгляду заявки на видачу свідоцтва України на знак для товарів і послуг. Стосовно описовості словесної частини позначення колегія Апеляційної палати встановила, що словесна частина заявленого позначення є описовою щодо товарів, які охоплюються родовим поняттям «фрукти»<sup>25</sup>.

Існують й інші приклади. Відповідно до міжнародної реєстрації № 822134 зі словом *POPCORN* був зареєстрований виконаний стандартними літерами словесний товарний знак «*POPCORN, INDIANA*» для товарів і послуг 30 і 35 класів МКТП, пов'язаних з виробництвом і поширенням попкорну! («30 – Popped popcorn, flavored popped popcorn, candy coated popcorn, caramel-coated popcorn; chocolate-coated popcorn, processed unpopped popcorn; unpopped popcorn. 35 – Retail store services featuring popcorn, computerized online retail services in the field of popcorn, telephone order services in the field of popcorn»). Виникає запитання, чи є дане позначення описовим або оманливим відповідно до ст. 6 Закону?<sup>26</sup>

Також Апеляційна палата задовольнила заперечення заявника та відмінила рішення про відмову у реєстрації позначення *ЛЬВІВСЬКЕ*, заявленого на реєстрацію, зокрема, для товару 32 класу МКТП «пиво». Підставою для відмови у реєстрації стало те, що позначення вказує на географічне місце виготовлення товарів та надання послуг; Львівське (від назви міста Львів, обласного центру Львівської області). Апелянт наводив такі аргументи на користь реєстрації позначення: 1) позначення походить від частини фірмового найменування апелянта; 2) подано на реєстрацію від юридичної особи, яка знаходиться у м. Львові; 3) є не прямою вказівкою міста Львів, а прикметником «Львівське», який може асоціюватися із певними якостями товару чи послуги; 4) заявлене позначення набуло розрізняльної здатності внаслідок використання протягом тривалого часу. Апеляційна палата зауважила, що, хоча семантичне значення прикметника «Львівське» є

описовим, під час реєстрації позначення відповідно до ст. 6 *quinquies* C (1) Паризької конвенції необхідно враховувати всі фактичні обставини, особливо тривалість використання знака до дати подання заявки. Тому слід враховувати, що апелянт – ВАТ «Львівська броварня» має давню історію, Львівська пивоварня створена у 1715 р., була відома в Австро-Угорській імперії та в радянські часи. Нині є лідером Західного регіону, активно просуває свою продукцію на ринку, що підтверджується матеріалами маркетингових досліджень, які містять показники споживання пива, дані про його відомість певним верствам населення, аналіз показників споживання, обсяги реалізації продукції. Крім того, апелянт є власником двох комбінованих знаків зі словесним елементом «Львівське» № 27103 та № 27105<sup>27</sup>.

Інші, протилежні, приклади. Апеляційна палата не задовольнила заперечення проти рішення про відмову у реєстрації позначення *ЯСЧНИЙ* щодо зазначених у заявці товарів 3 класу МКТП. Однією із підстав для відмови у наданні правової охорони було те, що позначення визнано описовим при використанні щодо зазначених у заявці товарів, оскільки вказує на певну складову («яєчний» – такий, що має у своєму складі яйце)<sup>28</sup>.

За твердженням апелянта, дане позначення є фантазійним для всіх зазначених товарів, при цьому немає значення – «використовується сировина «яйце» як складова частина миючого засобу чи ні, тому що функцією цього товару є миття та прання будь-яких предметів і поверхонь. Сировина «яйце» не має миючих властивостей та ніяким чином не асоціюється з ними».

На думку Апеляційної палати, якщо описове позначення вказує на якусь складову, то цілком можливим буде виникнення у споживача враження щодо наявності цієї складової (компонента) у товарах, маркованих таким позначенням. У косметичній продукції, зокрема, для виготовлення шампунів, широко застосовуються рецепти народної медицини з використанням яєчного жовтка, відомі з давніх часів як засоби лікування й догляду за волоссям і шкірою голови. Тому, враховуючи корисні, а не «миючі» властивості цієї сировини, споживач може припустити наявність складової «яєчний» у товарах «миючі засоби, миючі препарати; шампуні», що марковані даним позначенням. Косметичні товари належать до товарів короткострокового вжитку, тому частота звернення споживачів до цих товарів є достатньо високою, відповідно уважність споживачів до маркування таких товарів знижується, а в результаті зростає вірогідність сплутування знаків, якими вони маркуються<sup>29</sup>.

Також Апеляційна палата не задовольнила заперечення проти рішення про відмову у реєстрації позначення *COTTON BELT* для частини товарів 25 класу МКТП (а саме: «пояси»). Заявлене позначення складається лише з даних, що є описовими при використанні щодо зазначених товарів, бо вказує на вид (пояс) та властивості (бавовняний) товарів і є оманливим для інших товарів 25 класу та всіх інших товарів 18 класу МКТП (п. 2 ст. 6 Закону). Апеляційна палата не задовольнила заперечення проти рішення про відмову у реєстрації позначення *Херес Крепкий сухий*. Рішення про відмову ґрунтувалося, зокрема, на такій підставі: для товарів 33 класу МКТП («вина (херес)»): 1) не має розрізняльної здатності та не набуло такої внаслідок використання заявником; 2) складається лише з даних, що є описовими при використанні щодо зазначених у заявці товарів, вказує на певний вид товару (херес – сорт міцного виноградного вина) та певні властивості (міцний – вино, насичене та збагачене спиртом, сухий – вино з недостатньою кількістю цукру). Для решти товарів позначення визнано оманливим<sup>30</sup>.

Таким чином, вітчизняна адміністративна практика свідчить, що позначення, які є описовими, отримують відмову у реєстрації на основі таких підстав: відсутність розрізняльної здатності та/або описовість. Інколи такі підстави поєднуються з іншими підставами: схожість позначень до ступеня змішування, оманливість позначення. Описове позначення може отримати правову охорону за умови набуття ним розрізняльної здатності у процесі тривалого використання до дати подання заявки, що має бути доведено відповідними доказами у процедурі реєстрації прав на торговельну марку. Із аналізу даних справ видно, що заявники не завжди можуть правильно обґрунтувати свої доводи на користь реєстрації знака, не завжди використовують належні докази для підтвердження певних фактів.

Вітчизняна судова практика застосування підстав для відмови у реєстрації як знака позначень, що є описовими. Йдеться про справи щодо правомірності реєстрації позначень «Jackpot»/«ДЖЕКПОТ», «ЗОЛОТОЙ УС», «ЗОЛОТО» тощо.

Слід зазначити, що в Україні однією із категорій судових спорів є справи про визнання недійсним свідоцтва на торговельну марку на підставі невідповідності позначення умовам надання правової охорони. Найбільшу категорію справ становлять справи про визнання свідоцтва недійсним на підставі тотожності/схожості торговельних марок до ступеня змішування. Кількість судових експертиз торговельних марок постійно збільшується і в Україні. Зазвичай, у таких випадках висновок судової експертизи є протилежним висновку кваліфікованої експертизи знаків<sup>31</sup>.

При цьому кількість виявлених торговельних марок, на які поширюється така підстава для відмови у наданні правової охорони, як описовість при використанні щодо зазначених у заявці товарів і послуг за роками становить: у 2004 р. – 1, у 2005 р. – 1, у 2006 р. – 5, у 2007 р. – 1. Ці ж статистичні дані свідчать, що дана підстава посідає третє місце за кількістю застосування у випадку відмови у наданні правової охорони після таких, як тотожність або схожість до ступеня змішування із раніше зареєстрованими чи заявленими на реєстрацію в Україні на ім'я іншої особи для тих самих або споріднених з ними товарів і послуг; оманливі позначення або такі, що можуть ввести в оману<sup>32</sup>.

Так, у справі про правомірність реєстрації знаків, яка виникла між ТОВ «МакБет», ТОВ «Порив» та Лотрад корпорейшн стосовно неправомірності реєстрації знаків «Jackpot» та «ДЖЕКПОТ» щодо послуг 35,



41 класу МКТП було встановлено, що дані позначення є описовими і загальнозживаними термінами. Стосовно послуг 41 класу МКТП влаштування лотерей та ігор на гроші у сфері розваг такі позначення характеризують певні достоїнства послуг, а саме – можливість отримання дуже великого виграшу. Тобто, ці слова у даному контексті можна розглядати як такі, що несуть певний хвалебний характер; ці слова є такими, що являють собою загальнозживаний термін у галузях застосування послуг влаштування лотерей та ігор на гроші<sup>33</sup>.

У справі про заборону ввезення на територію України, використання та розповсюдження товарного знака, компенсацію матеріальних збитків, яка виникла між ТОВ «ФЛОРА-ФАРМ» та ТОВ «СоюзМедІмпорт» було поставлено під сумнів охороноздатність словесного знака «Золотой ус» для 3, 5, 30 класу МКТП (різноманітні косметичні засоби, тонізуючі, біологічно активні добавки). Дана справа викликає низку зауважень як процесуального характеру, так і щодо змісту позначення «Золотой ус»: 1. Саме свідоцтво на знак «Золотой ус» було видане без дотримання строку для подачі заяви про пріоритет з боку заінтересованої особи. 2. Постало питання про те, який документ підтверджує права ліцензіата виступати від імені власника свідоцтва. Відповідач наполягав, що тільки у договорі може бути визначено обсяг прав, які передаються ліцензіату – п. 6 ст. 1109 ЦК України. Оскільки позивач діє на підставі виключної ліцензії, він мав подати до суду як доказ, що посвідчує його повноваження, ліцензійний договір чи ліцензію як окремий документ, натомість позивач подав копію рішення ДДІВ про внесення змін до Реєстру у зв'язку з видачею ліцензії, проте конкретний обсяг прав, який має позивач, там звичайно не зазначений. Суд прийняв рішення про вжиття заходів щодо забезпечення позову, не вимагаючи від позивача відповідного ліцензійного договору (ліцензії). 3. У довідці Державної митної служби про внесення товару, що містить об'єкт інтелектуальної власності, до реєстру Держмитслужби від 25 липня 2006 р. вказано, що комерційною назвою товару, який містить об'єкт інтелектуальної назви, є Крем-бальзам для тіла «Золотой ус», а назвою товару згідно з УКТЗЕД є продукція хімічної та пов'язаної з нею галуззю промисловості, ...косметичні препарати, крім лікарських препаратів... А відповідно до переліку товарів для 5 МКТП класу знак було зареєстровано ще й для бальзамів лікувальних. Продукція відповідно відноситься до лікувальних бальзамів, тобто лікарських косметичних засобів (Закон України «Про лікарські засоби» від 4 квітня 1996 р.). 4. У даному випадку слід було довести, що на упаковці з бальзамом використано знак для товарів і послуг «Золотой ус». Постало питання про охороноздатність позначення «Золотой ус» у якості товарного знака. Відповідно до експертного висновку № 25 Науково-дослідного центру судової експертизи з питань ІВ від 26 травня 2006 р. було встановлено, що у даному випадку словесне позначення «золотой ус» служить для зазначення призначення та лікувальної властивості товару, для якого застосовується дана упаковка, а такі позначення вважаються описовими, тому таке позначення не може виконувати основну функцію – ідентифікувати товари. Проте даний висновок не був покладено в основу судового рішення у даній справі.

Зокрема, у 2007 р. висновком судової експертизи встановлено, що позначення *ЗОЛОТО* для послуг 35 класу МКТП «розміщування в одному місці, на користь іншим особам, різноманітних ювелірних виробів, товарів з дорогоцінних металів або покритих ними, золотих і срібних виробів, прикрас та переліку надаваних послуг, що дозволяє споживачам зручно оглядати, замовляти та купувати ці товари...» є описовим для ювелірної галузі<sup>34</sup>.

Є й інші приклади, справи, у яких спірні позначення було визнано охороноздатними, зокрема, знаки «*Поляна квасова*» для 5, 32, 41 класів МКТП<sup>35</sup>, *об'ємне (тривимірне) позначення, що включає шестигранний пакет білого кольору у формі прямокутного паралелепіпеда з розміщеними на ньому зображувальними елементами та написами «Вінніфрут»* (упаковка), для товарів 32, 35 класів МКТП<sup>36</sup>.

Наведені дані свідчать, що вітчизняна адміністративна та судова практика застосування такої підстави для відмови у наданні правової охорони позначенням, як описовість позначення, є порівняно не настільки численною, але достатньо деталізованою для вироблення відповідних правил застосування даної підстави для відмови у правовій охороні і врахування відповідного досвіду у національній науковій доктрині.

Отже, можемо зробити висновок, що у даній статті досліджено особливості вітчизняної правозастосовної практики щодо застосування такої підстави для відмови у наданні правової охорони торговельним маркам, як описовість позначення, а також досвід доведення набуття розрізняльної здатності такими позначеннями у процесі використання та його врахування під час національної реєстрації та у відповідних судових справах.

Описові торговельні марки – це позначення, що описують товар або послугу, тобто вказують на вид, якість, склад, кількість, властивості, призначення, цінність товарів і послуг, географічне походження і час виготовлення чи збуту товарів або надання послуг. Для того, щоб позначення вважалось описовим повною мірою, воно повинно розкривати природу товару, його склад, властивості, які дозволяють ідентифікувати цей товар і визначають вибір цього товару покупцем. Описові позначення належать до групи позначень, які об'єктивно позбавлені розрізняльної здатності. Проте питання про описовий характер торговельної марки є одним із найскладніших, його вирішення досить часто є суб'єктивним. Тому слід розширити і доповнити зміст законодавства з цього питання.

Так, у п. 4.3.1.7. Правил складання і подання заявки на знак для товарів і послуг слід конкретизувати, як визначити, що позначення є описовим, а також закріпити приблизний перелік запитань, за допомогою яких можна визначити, чи має позначення описовий характер.

На основі досліджених джерел інформації нами запропоновано наступні рекомендації щодо застосування підстав для відмови у реєстрації як торговельної марки позначень, що є описовими: такі позначення

не можуть бути зареєстровані на основі абсолютних підстав для відмови у реєстрації: відсутність будь-якої відмітної ознаки та/або позначення складається винятково із позначень або зазначень, які можуть слугувати у торгівлі для визначення різновиду, якості, кількості, призначення, ціни, географічного походження або часу виробництва товарів чи надання послуги, або інших характеристик товарів чи послуг. При цьому слід зазначити, що для відмови у реєстрації достатньо наявності однієї із абсолютних підстав, хоча дані підстави не є незалежними одна від одної і не виключають одна одну. Така підстава не застосовується, якщо буде доведено, що позначення торговельної марки набуло розрізняльної здатності у процесі використання.

Практика свідчить, що дана підстава для відмови у правовій охороні застосовується щодо позначення в цілому, а не до окремих його складових. Якщо торговельна марка складається із декількох позначень, описовість має визначатися не тільки стосовно кожного окремого елемента, а й стосовно позначення в цілому. Так, якщо торговельна марка утворюється зі словосполучення, описовість має визначатися не тільки стосовно кожного окремого слова, а й стосовно словосполучення в цілому. Якщо словосполучення в цілому і кожне його слово окремо мають чіткі семантичні поняття і для їх розуміння споживачу не потрібні ніякі додаткові асоціації, логічні побудови, а висновки щодо таких асоціацій не можуть бути різними, то таке словосполучення не може розглядатися як новостворене, не характерне для прямої мови, тому воно не матиме розрізняльної здатності. Якщо торговельна марка складається із комбінації слів, вона може отримати правову охорону тільки тоді, коли є незвичайною і не лише описовою.

<sup>1</sup> *Ариєвич Е. А.* Новизна обозначений, заявляемых для регистрации в качестве словесных товарных знаков / Е. А. Ариєвич // Вопросы изобретательства. – 1979. – № 10. – С. 36–38; *Ариєвич Е. А.* Правовые вопросы экспертизы товарных знаков в СССР: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Гражданское право; семейное право; гражданский процесс; международное частное право» / Е. А. Ариєвич. – М., 1984. – 23 с.

<sup>2</sup> *Березанська В.* Які головні умови охороноздатності позначення, що може використовуватися у якості торговельної марки? Чому загальноживані позначення чи позначення, що носять описовий характер, не можуть отримати охорону як торговельної марки? / Консультації / В. Березанська // Інтелектуальна власність. – 2007. – № 3. – С. 50–51; *Березанська В.* Чи можна одному з виробників вина зареєструвати як словесну торговельну марку найменування населеного пункту, в якому він виробляє своє вино? / Консультації / В. Березанська // Інтелектуальна власність. – 2007. – № 9. – С. 66.

<sup>3</sup> *Боденхаузен Г.* Парижская конвенция по охране промышленной собственности : комментарий / Г. Боденхаузен ; под ред. М. М. Богуславского ; пер. Н. Л. Туманова. – М. : Прогресс, 1977. – 310 с.

<sup>4</sup> *Демченко Т. С.* Охрана товарных знаков (сравнительно-правовой анализ): моногр. / Татьяна Сергеевна Демченко. – К. : Ин-т гос-ва и права им. В. М. Корецкого НАН Украины, 2005. – 208 с.

<sup>5</sup> *Кашинцева О. Ю.* Правова охорона знаків для товарів і послуг в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 / Оксана Юрїївна Кашинцева. – К., 2000. – 198 с.

<sup>6</sup> *Кожарська І. Ю.* Деякі питання охорони торговельних марок в ЄС та законодавство України у цій сфері / І. Ю. Кожарська // Промислова власність в Україні : проблеми правової охорони : зб. наук. статей / за ред. Ю. С. Шемшученка, Ю. Л. Бошицького. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004. – С. 247–273.

<sup>7</sup> *Левічева О. Д.* Експертиза об'єктів промислової власності: заявки на знак для товарів і послуг (торговельну марку) і кваліфікованого зазначення походження товару та/або права використання зареєстрованого кваліфікованого зазначення походження товару / О. Д. Левічева. – К.: Ін-т інтел. власн. і права, 2006. – 128 с.; *Левічева О. Д.* Матеріали науково-дослідної роботи / О. Д. Левічева. – К.: ДП «Український інститут промислової власності».

<sup>8</sup> *Макаришева Т.* Чи має право на життя описовий знак? / Т. Макаришева, І. Костенко // Інтелектуальна власність. – 2009. – № 4. – С. 36–41.

<sup>9</sup> *Мельник О. М.* Правова охорона знаків для товарів і послуг в Україні (цивільно-правовий аспект) : моногр. / О. М. Мельник. – Ірпінь : Акад. ДПС України, 2001. – 136 с.

<sup>10</sup> *Рабец А. П.* Гражданско-правовые вопросы охраны товарных знаков в Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Анна Петровна Рабец. – Владивосток, 2002. – 258 с.

<sup>11</sup> *Свядосц Ю. И.* Правовая охрана товарных знаков в капиталистических странах / Ю. И. Свядосц. – М. : ЦНИПИ, 1969. – 192 с.

<sup>12</sup> *Шестимиров А. А.* Экспертиза товарных знаков и промышленных образцов : конспект лекций / А. А. Шестимиров, Л. Ф. Фролова. – [2-е изд.]. – М. : ВНИИПИ, 1989. – 72 с.

<sup>13</sup> *Березанська В.* За результатами роботи Апеляційної палати ДДІВ / Вероніка Березанська // Інтелектуальна власність. – 2006. – № 10. – С. 45–46.

<sup>14</sup> Там само. – С. 46–47.

<sup>15</sup> Там само.

<sup>16</sup> Там само.

<sup>17</sup> Там само. – С. 47.

<sup>18</sup> *Шатова І.* За результатами роботи Апеляційної палати ДДІВ / І. Шатова, В. Березанська // Інтелектуальна власність. – 2007. – № 5. – С. 42.

<sup>19</sup> Там само. – С. 42 – 44.

<sup>20</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови : [250 000 слів] / уклад. В. Т. Бусел. – К.; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. – VIII, 1719 с. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.slovyk.net/>

<sup>21</sup> *Шатова І.* Вказана праця. – С. 43.

<sup>22</sup> Там само.

<sup>23</sup> Там само. – С. 44–45.

<sup>24</sup> *Салфетник Т.* За результатами роботи Апеляційної палати ДДІВ / Т. Салфетник, В. Березанська // Інтелектуальна власність. – 2009. – № 1. – С. 17–18.

<sup>25</sup> Там само. – С. 18–19.

- <sup>26</sup> Прохоров-Лукін Г. Про деякі актуальні питання судової експертизи об'єктів інтелектуальної власності / Г. Прохоров-Лукін // Інтелектуальна власність. – 2006. – № 6. – С. 25–26.
- <sup>27</sup> Макаришева Т. Вказана праця. – С. 40–41.
- <sup>28</sup> Там само. – С. 37.
- <sup>29</sup> Там само. – С. 38.
- <sup>30</sup> Там само. – С. 38–39.
- <sup>31</sup> Шукіна Катерина. Судова експертиза торговельних марок крізь призму статистики / Катерина Шукіна, Валерій Кращенко // Інтелектуальна власність. – 2008. – № 3. – С. 31–34.
- <sup>32</sup> Там само. – С. 34.
- <sup>33</sup> Постанова Вищого господарського суду України від 6 квітня 2004 р. № 12/643 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.arbitr.gov.ua/docs>
- <sup>34</sup> Шукіна Катерина. Вказана праця. – С. 35.
- <sup>35</sup> Постанова Вищого господарського суду України від 4 листопада 2008 р. № 39/166-18/50 Шукіна Катерина. Вказана праця. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.arbitr.gov.ua/docs/28\\_2134480.html](http://www.arbitr.gov.ua/docs/28_2134480.html)
- <sup>36</sup> Постанова Вищого господарського суду України від 14 березня 2006 року №12/144 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.arbitr.gov.ua/docs/28\\_1207091.html](http://www.arbitr.gov.ua/docs/28_1207091.html); Постанова Вищого господарського суду України від 28 листопада 2006 р. № 12/144 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.arbitr.gov.ua/docs/28\\_1422369.html](http://www.arbitr.gov.ua/docs/28_1422369.html)

#### Резюме

**Рассомахина О. А. Практичні аспекти застосування підстав для відмови у реєстрації як знака позначень, що є описовими, в Україні.**

У статті досліджено вітчизняну правозастосовну практику щодо застосування такого критерію охороноздатності торговельних марок, як описовість позначення, і вироблено відповідні пропозиції та рекомендації до законодавства України з цього питання.

**Ключові слова:** торговельна марка, розрізняльна здатність, описовість позначення, державна реєстрація прав на торговельну марку, набуття позначенням розрізняльної здатності у процесі використання.

#### Резюме

**Рассомахина О. А. Практические аспекты применения оснований для отказа в регистрации в качестве знака обозначений, являющихся описательными, в Украине.**

В статье исследована отечественная правоприменительная практика относительно применения такого критерия охраноспособности товарных знаков, как описательность обозначения, выработаны соответствующие предложения и рекомендации к законодательству Украины по этому вопросу.

**Ключевые слова:** товарный знак, различительная способность, описательность обозначения, государственная регистрация прав на товарный знак, приобретение обозначением различительной способности в процессе использования.

#### Summary

**Rassomakhina O. Practical aspects of application in Ukraine grounds for refusal of registration of descriptive signs as trade marks.**

In the article the author makes a research of national law enforcement practice on application of such criteria of protection of trademarks, as their non-descriptive character, and makes relevant proposals and recommendations to the laws of Ukraine on this issue.

**Key words:** trademark, distinctive character of trademark, descriptiveness of trademark, the state registration of trademark rights, trademark's acquired distinctiveness through use.

УДК 347.773.2

**Т. В. РОМАНЮК**

*Тарас Володимирович Романюк, здобувач Київського університету права НАН України*

### КОРИСНІ МОДЕЛІ В ЗАКОНОДАВСТВІ НІМЕЧЧИНИ

На сучасному етапі розвитку інноваційна політика, що здійснюється провідними країнами, визнає права на інтелектуальну власність найважливішим інструментом, що сприяє поширенню технологій і знань. Питання ефективного використання підприємцями права на інтелектуальну власність займає одне з головних місць в світовій та, зокрема, європейській промисловій політиці. Створення умов для розвитку інтелектуальної власності залишається основною передумовою підвищення конкурентних позицій бізнесу та розвитку економіки загалом.

У Європі найбільш промислово розвинутою країною із найвищим рівнем інноваційної складової економіки є, безперечно, Німеччина. Окрім того, ця держава – приклад законодавчого врегулювання прав інтелектуальної власності не тільки для європейських країн. Особливої уваги заслуговує німецьке патентне право, зокрема такий окремий його розділ, як корисні моделі.

Так, у Німеччині, крім охорони винаходів класичним патентом, інновації в різних галузях можуть бути захищені також за допомогою корисної моделі, яка забезпечує недорогий та доступний захист для певного роду новинок у різних галузях виробництва та власне винахідництва.

На відміну від інших країн, у яких корисна модель тісно пов'язана із патентами на винаходи, є їхньою невід'ємною складовою і відрізняється лише коротшим терміном дії та спрощеним порядком реєстрації, за законодавством Німеччини корисна модель – це окремий вид патентного захисту інновацій у системі права інтелектуальної власності, повністю незалежний від системи патентування винаходів, що є досить специфічним явищем для систем права інтелектуальної власності більшості європейських країн.

Таким чином система функціонування захисту корисних моделей за законодавством Німеччини заслуговує на детальне дослідження та аналіз можливості імплементації в українське законодавство нових механізмів захисту корисних моделей, що, безперечно, сприятимуть інноваційному розвитку вітчизняної економіки.

Як уже було сказано, відповідно до німецького законодавства корисна модель є технічним рішенням та об'єктом права інтелектуальної власності, яке є цілком незалежним від системи реєстрації та захисту патентів. Проте, як і патент, корисна модель захищає технічні винаходи, за винятком «методів», у межах Федеративної Республіки Німеччина. Але, на відміну від патенту, корисна модель – це об'єкт інтелектуальної власності, який після виконання формальних вимог та за відсутності очевидних дефектів реєструється, публікується та відповідно підлягає захисту. Не існує жодних додаткових вимог для перевірки корисної моделі на предмет захисту.

На відміну від патентів, специфікація корисної моделі містить опис, формулу винаходу та креслення. Формула винаходу визначає його суть, для якої вимагається захист.

Коли вона була введена у 1891 р., корисна модель спочатку була задумана як так званий «малий» патент для «малих винаходів». Новий Закон Німеччини про охорону прав на корисні моделі (далі – Закон) набрав чинності в січні 1987 року. До Закону у 1990 р. було внесено деякі зміни<sup>1</sup>.

Правове регулювання режиму правової охорони корисних моделей крім зазначеного Закону здійснюється на основі підзаконних актів Патентного відомства: Інструкції по здійсненню пошуку відповідно до § 7 Закону від 25 квітня 1990 р., Інструкції про реєстрацію прав на корисні моделі від 25 квітня 1990 р. та Інструкції про подання заявки на корисну модель від 12 листопада 1986 р. із змінами та доповненнями<sup>2</sup>.

З 1990 р. німецьке законодавство, що регламентує корисні моделі, було приведено у відповідність до загального патентного законодавства, хоча і з деякими суттєвими винятками. Останнім часом на отримання патенту для захисту корисних моделей до Відомства із патентів та торгових марок Німеччини щорічно подається в середньому близько 15000 заявок, що свідчить про неабияку популярність даного виду захисту прав на інтелектуальну власність серед німецьких винахідників<sup>3</sup>.

Як і за законодавством більшості країн, у Німеччині, відповідно до положень Закону про корисні моделі, для того щоб винахід було захищено патентом на корисну модель, він повинен бути новими, мати відповідний винахідницький рівень та бути придатним для промислового застосування.

Німецький закон про корисну модель не визначає, які конкретно винаходи можуть бути захищені у якості корисної моделі, так як і Німецький патентний закон (стосується захисту власне «винаходів») та Європейська патентна конвенція, даний закон містить перелік об'єктів, які не можуть бути захищені як корисні моделі. Так, відповідно до Закону, в якості корисних моделей не можуть одержати правову охорону наукові теорії і математичні методи, результати художнього конструювання. Також з об'єктів правової охорони вилучені плани, правила та методи інтелектуальної діяльності, ігри і підприємницька діяльність, а також програми для обчислювальних машин. Не можуть одержати правову охорону й способи передачі інформації, сорти рослин і породи тварин, а також рішення, що суперечать суспільній моралі. Хімічні та інші способи також не можуть одержати правову охорону в якості корисних моделей<sup>4</sup>.

Цікава ситуація склалася із методами як об'єктами захисту інтелектуальної власності. Відповідно до практики Федерального Верховного суду Німеччини поняття «метод» інтерпретоване (визначене) у дуже вузькому сенсі та обмежується методами виробництва і методами діяльності. Наприклад, Федеральний Верховний суд Німеччини вирішив, що позов стосовно послідовності сигналів для комп'ютерних програм не є позовом стосовно методу<sup>5</sup>.

Застосування речовини як частини нового медичного критерію також не вважається методом і, зокрема, було висунуто скаргу щодо<sup>6</sup>.

Суд також вирішив, що так званий позов про формулу винаходу «засіб плюс функція» не визначають метод. Отже, такі позови можуть визначати пристрої за допомогою значення їх функцій.

Вирішальне значення для визначення попереднього рівня техніки для корисної моделі має дата надання пріоритету або дата подання заявки. Варто наголосити, що абсолютна новизна, відповідно до німецького законодавства, не є вимогою для корисної моделі. Попереднім рівнем вважається лише те, що було опубліковано у світових друкованих виданнях або у Німеччині за допомогою інших публічних засобів інформації, перед поданням заявки на корисну модель або датою надання пріоритету. Це означає, що використання предмета корисної моделі за межами Німеччини до дати пріоритету, або його усний опис, не є попереднім рівнем для корисної моделі.

Крім того, для власне німецьких корисних моделей застосовується «пільговий період». Використання винаходу або його опис, опублікований за шість місяців до надання пріоритету, не впливає на новизну за умови, що він базується на власній роботі заявника або його попередника, про що вказано в дослідженні чи науковій праці. Таким чином, поняття попереднього рівня для німецької корисної моделі є більш обмеженим порівняно із власне винаходами.

Стосовно поняття «винахідницький крок», то Закон не містить юридичного визначення даного поняття. Однак цей термін був навмисно вибраний для Закону про корисну модель, на відміну від терміна «винахідницька діяльність», що використовується в Патентному законі Німеччини.

Виходячи із вказаного вище, задуму законодавця («малий» патент, «малі» винаходи, ...) та багаторічної судової практики у науковій літературі склалася усталена позиція, що винахідницький крок вимагає нижчого рівня винахідницької діяльності. Проте більш пізня судова практика розглядає винахідницький крок корисних моделей як еквівалент винахідницької діяльності у патентах на винахід<sup>7</sup>.

З огляду на це визначення до корисної моделі не застосовується такий критерій охороноздатності, як «світова новизна», на відміну від винаходу, який повинен відповідати критерію «абсолютна світова новизна». У деяких випадках менш суворі вимоги до новизни корисної моделі можуть виявитися вирішальними при виборі форми правової охорони технічного рішення.

Окрім іншого німецький Закон про корисні моделі передбачає пріоритетне право відповідно до ст. 4 Паризької конвенції про охорону промислової власності. Тому корисна модель може здійснювати пріоритет іноземної патентної заявки до 12 місяців після дати подання.

Окрім того, можна звісно ж претендувати і на внутрішній пріоритет. Рання заявка може бути будь-якою першою заявкою на патент або корисну модель, яка чинна у Німеччині, тобто включає в себе європейську патентну заявку або заявку відповідно до Договору про патентну кооперацію<sup>8</sup>.

Варто також зазначити, що корисну модель може бути також використано як недорогий спосіб швидкого надання пріоритету для подання в подальшому заявці на патент.

Виставковий пріоритет – особливий випадок. Це стосується презентації винаходу на одній із вітчизняних або іноземних виставок або ярмарків, що проводяться щорічно Федеральним міністерством юстиції. Таким чином, заявці на корисну модель, поданій протягом шести місяців після дати відкриття такої виставки, присвоюється пріоритетний статус з дати першої презентації винаходу. Виставковий пріоритет може бути об'єднаний із пільговим періодом.

Німецький Закон про корисні моделі передбачає серед усього іншого так звані відокремлені заявки, що є незалежною заявкою на корисну модель, для якої застосовується дата подання основного патенту, від якого, власне, і відокремлена заявка на корисну модель.

Заявці на таку відокремлену корисну модель надається такий же пріоритетний статус (дата надання пріоритету, дата подання), як і основній заявці на патент. Дата подання заявки на основний патент визначає попередній рівень техніки для відокремленої корисної моделі, її тривалість та термін пролонгації. Вимогою до заявки на відокремлену корисну модель є її відмінність від майбутньої заявки на основний патент. Їх предмет, однак, має бути чітко та однозначно розкрито для особи, кваліфікованої в патентному праві. За такої умови немає обмежень щодо кількості корисних моделей за різними заявками, які можуть бути відокремлені від основної патентної заявки.

Отже, заявку на відокремлену корисну модель можна подати для отримання вже узаконеного відповідно до німецького законодавства об'єкта інтелектуальної власності, поки заявка на патент все ще перебуває на розгляді уповноваженого органу.

Заявки на отримання корисних моделей складаються у єдиній, законодавчо визначеній формі. Заява повинна бути подана для кожного винаходу окремо. Метою єдиної форми подання заявки на корисну модель є скоріше не власне захист, а саме реєстрація. Помилки у оформленні уніфікованої заявки на корисну модель не можуть бути причиною для їх відхилення, але можуть створювати певні перешкоди у процесі її реєстрації<sup>9</sup>.

Заявка на корисну модель повинна містити ім'я заявника, запит на реєстрацію з позначенням та описом предмета корисної моделі. Патентні формули корисної моделі можуть бути подані до моменту реєстрації. Заявки на корисну модель можуть подаватися не тільки німецькою мовою. У такому випадку переклад заявки повинен бути наданий протягом трьох місяців з часу її подання.

Отримання заяви на корисну модель Відомством із патентів та торгових марок Німеччини має таке ж юридичне значення, як і отримання заявки на патент, тобто дата отримання та подані документи визначають серед іншого дату подання заяви, тривалість захисту, статус пріоритетності та предмет розгляду заяви. Зміни до пакету документів заявки допускаються до тих пір, поки не прийнято рішення про реєстрацію, за умови, що вони не розширюють предмет заявки на корисну модель. Після реєстрації подальші зміни до документації не приймаються.

Проте обсяг предмета корисної моделі може звужуватися після реєстрації, якщо власник права на корисну модель подасть відповідне прохання із новим набором патентних формул відповідно до законодавчо визначеного порядку. Однак запит на скасування може бути внесено лише стосовно зареєстрованих патентних формул. Заявник чи третя сторона може подати запит на видачу дослідження попереднього технічного рівня щодо заяви на корисну модель або вже зареєстровану корисну модель. Запит на такий пошук, який перебуває в обробці, не впливає на реєстрацію корисної моделі.

Захист корисної моделі вступає в силу з дати подання заяви і закінчується через десять років.

Станом на сьогодні мито за реєстрацію корисної моделі у Відомстві із патентів та торгових марок Німеччини становить сорок євро і включає плату за підтримку протягом перших трьох років. Плата за підтримку за наступні періоди в даний час становить: 210 євро з 4 по 6 рік, 350 євро з 7 по 8 рік, 530 євро – 9–10 рік<sup>10</sup>.

Кожен може подати запит на скасування корисної моделі у письмовій формі до Відомства із патентів та торгових марок Німеччини. Запит на скасування повинно бути подано щодо зареєстрованої версії патентної формули корисної моделі. Також допускається часткове скасування корисної моделі. Рішення про скасування корисної моделі приймається відділом корисних моделей Відомства. Апеляція на рішення першої інстанції приймається сенатом корисних моделей Федерального патентного суду Німеччини. Під час провадження щодо скасування корисної моделі слухання проводяться публічно<sup>11</sup>.

Результатом реєстрації корисної моделі є створення виключного права для власника на виданий патент. Третім сторонам забороняється виробляти, продавати, поширювати чи використовувати предмет корисної моделі. Власник корисної моделі може вимагати у сторони, яка порушила права, виплатити компенсацію за збитки, утриматися від подальшого порушення права на корисну модель та надати інформацію щодо міри порушення. Власник може також вимагати знищення товарів, які були створені з незаконним використанням предмета корисної моделі.

Крім того, встановлено поняття непрямого порушення прав на корисні моделі, яке зводиться до того, що третім особам забороняється пропонувати до продажу або поставляти для використання виробу, що є об'єктом корисної моделі, або засоби, які належать до її суттєвого елементу. При цьому для визнання зазначених дій такими, що порушують права, вирішальною підставою є те, що порушник прав повинен знати або з обставин повинно бути очевидно, що ці вироби або засоби придатні чи призначені для використання корисної моделі. Таким чином, непряме порушення прав на корисні моделі може бути здійснено тільки навмисно, що відрізняє цю форму порушення від прямого порушення прав, яке може бути здійснене за необачністю<sup>12</sup>.

Як і у випадку із патентом обсяг захисту, який надається корисній моделі, визначається змістом її патентної формули. Для того щоб визначити формулу корисної моделі, повинні братися до уваги її описи та креслення.

Компетентним органом у сфері порушення корисних моделей є спеціалізована палата у цивільних справах, що існує при кожному із 20 регіональних судів, які також мають юрисдикцію у розгляді патентних справ, плюс ще один окружний суд.

Позови щодо порушення різних патентів та корисних моделей можуть бути подані одночасно проти однакових або схожих дій.

Таким чином, корисна модель відповідно до законодавства Німеччини надає ряд переваг, які слід враховувати при розгляді різних варіантів захисту прав інтелектуальної власності на кожну конкретну інновацію. Так, вона реєструється без перевірки, є доступною та недорогою (як правило, реєстрація займає декілька тижнів з моменту подачі заявки). Корисна модель має обмежений патентний пошук порівняно із патентами на винахід, пільговий період може дозволяти захистити предмет корисної моделі, оголошений публічно до подачі офіційної заявки. Надважливою є можливість термінового захисту відгалужених корисних моделей, в той час як заявки на основний винахід все ще розглядаються уповноваженим державним органом. Заявлення національного пріоритету раніше поданої заявки на корисну модель може бути недорогим шляхом встановлення новішої дати пріоритетності для подання в майбутньому заявки на патент.

Не зважаючи на ці переваги, слід пам'ятати, що німецька корисна модель є правом інтелектуальної власності, яке не підлягає експертизі тривалістю 10 років та не забезпечує захист для способів (методів).

На практиці корисна модель в Німеччині часто використовується як засіб швидкого, гнучкого та недорогого здійснення термінового захисту прав інтелектуальної власності. Це особливо важливо для інноваторів у бізнесі, що швидко розвивається, чий продукт чи товари копіюються практично відразу, як тільки вони з'являються на ринку, а отже, потребують швидкого захисту до того, як буде видано відповідний патент-аналог.

Оскільки корисну модель можна отримати за відносно невисоку вартість, декілька заяв на корисні моделі із різними патентними формулами чи відокремлені заявки можуть бути подані як частина стратегії їх застосування для підготовки до можливого захисту від порушень і тим самим підвищити шанси на успіх у судовому процесі.

Безперечно, такий майже 130-річний законодавчий досвід Німеччини в сфері захисту корисних моделей знадобиться під час вже перезрілої реформи права системи захисту прав інтелектуальної власності в Україні. Саме німецька модель стала лекалом для закріплення поняття «корисна модель» у законодавстві більшості країн світу, котрі стали на шлях інноваційного промислового розвитку, а їх підприємці, які були рушієм поступових процесів, потребували швидкого та недорогого механізму захисту власних інновацій. Не повинна винятком бути й Україна.

<sup>1</sup> Валле В. В. Спадок Джеймса I та королеви Анни: охорона інтелектуальної власності у часі й простор / В. В. Валле. – К.: ДУХ І ЛІТЕРА, 2010. – 216 с. – С. 57.

<sup>2</sup> [https://www.dpma.de/docs/english/formulare/gebrauchsmuster\\_eng/g6180\\_1.pdf](https://www.dpma.de/docs/english/formulare/gebrauchsmuster_eng/g6180_1.pdf)

<sup>3</sup> World Intellectual Property Indicators – 2016. WIPO publishing 2016. – P. 61.

<sup>4</sup> Germany Utility Model Law (as amended September 2, 1994) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=126191](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=126191)

<sup>5</sup> Federal Supreme Court decision – Signal sequence [Signalfolge], GRUR 2004. – P. 495.

<sup>6</sup> Federal Supreme Court decision – Pharmaceutical product utility model [Arzneimittelgebrauchsmuster], GRUR 2006. – P. 135.

<sup>7</sup> Бочарова Н. В. Законодавче забезпечення права інтелектуальної власності в країнах Європи (порівняльно-правовий аналіз) / Н. В. Бочарова // Порівняльно-правові дослідження. – 2009. – № 2. – С. 118–123. – С. 120.

<sup>8</sup> Скордамалья В. Право інтелектуальної власності ЄС: навч. посіб. / В. Скордамалья. – К.: ІМВ КНУ імені Тараса Шевченка, 2004. – С. 156. – С. 100.

<sup>9</sup> Information for Utility Model Applicants : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://www.dpma.de/docs/english/formulare/gebrauchsmuster\\_eng/g61\\_81\\_1.pdf](https://www.dpma.de/docs/english/formulare/gebrauchsmuster_eng/g61_81_1.pdf)

<sup>10</sup> Information Concerning Costs, Fees and Expenses : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://www.dpma.de/docs/english/formulare/allg\\_eng/a9510\\_1.pdf](https://www.dpma.de/docs/english/formulare/allg_eng/a9510_1.pdf)

<sup>11</sup> Annelise Holme. World Intellectual Property Review September/October 2012. – P. 99.

<sup>12</sup> Steven c. Carlson. German Utility Models: A Useful and Affordable Tool for Global IP Portfolios : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.fr.com/files/Uploads/Documents/Utility%20Models%20Article.pdf>

#### Резюме

##### **Романюк Т. В. Корисні моделі в законодавстві Німеччини.**

У статті досліджено визначальні риси німецької системи права інтелектуальної власності у сфері захисту корисних моделей, які сприяють адекватному захисту прав їх власників. Детально розглянуто процедуру подання заявки на корисну модель та проаналізовано позитивні й негативні риси такого способу захисту інновацій відповідно до законодавства Німеччини.

**Ключові слова:** корисна модель, винахід, патент, законодавство, охорона, Німеччина.

#### Резюме

##### **Романюк Т. В. Полезные модели в законодательстве Германии.**

В статье исследованы определяющие черты немецкой системы права интеллектуальной собственности в сфере защиты полезных моделей, способствующих адекватной защите прав их владельцев. Детально рассмотрена процедура подачи заявки на полезную модель и проанализированы положительные и отрицательные черты такого способа защиты инноваций в соответствии с законодательством Германии.

**Ключевые слова:** полезная модель, изобретение, патент, законодательство, охрана, Германия.

#### Summary

##### **Romaniuk T. Utility Models in German Legislation.**

The article examines the defining features of the German intellectual property rights system in the field of the protection of utility models that promotes the adequate protection of the rights of their holders. The filing of utility model application is considered in detail and the positive and negative features of such protection of innovations are analyzed in accordance with the legislation of Germany.

**Key words:** utility model, invention, patent, legislation, protection, Germany.

УДК 347.211

**О. О. ХАВРОНЮК**

*Олег Олегович Хавронюк, аспірант Хмельницького університету управління та права*

## **ОСОБЛИВОСТІ ЗАХИСТУ ПРАВ НА БАЗИ ДАНИХ ШЛЯХОМ ВИЗНАННЯ ПРАВОЧИНУ НЕДІЙСНИМ**

Визнання правочину недійсним як один із загальних цивільно-правових способів захисту прав та інтересів застосовується і у правовідносинах, об'єктами яких є бази даних. Проте слід констатувати відсутність вичерпних спеціальних досліджень вказаної проблематики, в той час як загальний аналіз застосування визнання правочину недійсним як способу захисту цивільних прав та інтересів (зокрема й прав інтелектуальної власності) здійснювали О. Б. Андрейцева, С. О. Бородовський, В. І. Жеков, М. О. Жорнік, С. М. Іванова, А. І. Кубах, А. В. Петровський, О. В. Семушина, К. В. Скиданов, Г. О. Умецька та інші вчені. Отже, **метою** цієї статті є вивчення як загальних (що стосуються цього способу захисту взагалі), так і спеціальних (притаманних для відносин захисту прав інтелектуальної власності) ознак, які характеризують застосування визнання правочину недійсним як способу захисту прав на бази даних.

Виходячи з положень ст. 215 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)<sup>1</sup>, недійсним правочином може бути нікчемний (якщо його недійсність встановлена законом) або оспорюваний правочин (якщо недійсність правочину прямо не встановлена законом, але одна зі сторін або інша заінтересована особа заперечує його дійсність на підставах, встановлених законом). Нікчемним правочином законодавець визнає, зокрема, правочин, вчинений із недодержанням вимог нотаріального посвідчення (ч. 1 ст. 219 та ч. 1 ст. 220 ЦК України), вчинений недієздатною особою (п. 2 ч. 1 ст. 226 ЦК України), такий, що порушує публічний

порядок (ч. 2 ст. 228 ЦК України) тощо. До оспорюваних правочинів можуть належати правочини юридичної особи, вчинені нею без відповідного дозволу – ліцензії (ч. 1 ст. 227 ЦК України), правочини, вчинені під впливом помилки, обману, насильства (ст. ст. 229–231 ЦК України) та інші, визначені законом.

Незважаючи на те, що законодавець у ч. 2 ст. 215 ЦК України передбачає відсутність вимоги обов'язкового визнання нікчемності недійсного правочину в судовому порядку, нерідко необхідність цього впливає із сутності тих чи інших правовідносин, а також при необхідності застосування інших способів захисту, які потребують судового визнання недійсності нікчемного правочину як їх передумови. Додатково у літературі зазначають, що така необхідність може настати, якщо сторони виконали певні умови нікчемного правочину; якщо він нотаріально посвідчений; якщо він порушує права третіх осіб; якщо він зареєстрований у державних органах тощо<sup>2</sup>. Нерідко необхідність судового визнання нікчемного правочину недійсним виникає саме у відносинах із захисту прав інтелектуальної власності.

До прикладу, в рішенні Шевченківського районного суду міста Києва від 1 липня 2015 р. у справі № 5761/780/14-ц суд резюмував: «вважаючи Договір (*авторський договір про створення твору – О.Х.*) нікчемним, сторона Позивача не надала суду відповідного рішення суду про встановлення нікчемності спірного правочину» (*хоча згідно з абз. 4 п. 5 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 6 листопада 2009 р. № 9 (далі – Постанова Пленуму ВСУ № 9-2009)*)<sup>3</sup> «якщо позивач посилається на нікчемність правочину для обґрунтування іншої заявленої вимоги, суд не вправі посилатися на відсутність судового рішення про встановлення нікчемності правочину, а повинен дати оцінку таким доводам позивача» – *О.Х.*). Далі суд зазначає: «При цьому згідно з позовними вимогами така вимога Позивачем не пред'являлася. Разом з тим Позивач просить суд ухвалити судові рішення, яким застосувати наслідки нікчемності правочину. З огляду на викладене, оскільки суд не наділений правом виходу за межі позовних вимог, виходячи із фактичних обставин справи, встановлених судом, суд знаходить, що позов є безпідставним та таким, що задоволенню не підлягає»<sup>4</sup>.

Вважаємо, що в цьому рішенні суд не обмежився лише констатацією відсутності судового рішення про встановлення нікчемності відповідного правочину (авторського договору), що недопустимо; а й зазначив про відсутність такої вимоги та доказів на її підтвердження зі сторони позивача, тобто розглянув її по суті, давши оцінку доводам позивача.

Враховуючи сказане та ґрунтуючись на положеннях ст. 215 та ст. 216 ЦК України, погоджуємось із підходом, висловленим у наукових джерелах, де зазначається, що визнання правочину недійсним як спосіб захисту включає такі види вимог, звернених до суду: 1) про визнання нікчемного (оспорюваного) правочину недійсним; 2) про визнання нікчемного правочину дійсним; 3) про застосування наслідків нікчемності (оспорюваності) недійсного правочину. До засобів цивільно-правової відповідальності, пов'язаних із вчиненням та виконанням недійсного правочину, відносять вимоги: 1) про відшкодування моральної шкоди, завданої у зв'язку із вчиненням недійсного правочину; 2) про відшкодування завданих збитків (та/або моральної шкоди) у подвійному розмірі<sup>5</sup>. Ці ж вимоги визначаються у п. 5 згадуваної вище постанови Пленуму ВСУ № 9-2009, де додається, що вимога про встановлення нікчемності правочину підлягає розгляду в разі наявності відповідного спору і може пред'являтися окремо, без застосування наслідків недійсності нікчемного правочину.

У рамках застосування аналізованого способу захисту прав на бази даних правоволодільцями можуть висуватись два типи вимог, що підлягають класифікації за сутністю зверненої до суду вимоги (змістом позову): 1) вимоги про визнання недійсності нікчемного або оспорюваного правочину чи дійсності нікчемного правочину; 2) вимоги про застосування наслідків нікчемності (оспорюваності) недійсного правочину, об'єктом якого виступала база даних.

Подібно до інших виключних прав, авторські права на базу даних можуть відчувуватись або надаватись у використанні на підставі договорів про розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, до яких, загалом, належать ліцензії на використання об'єкта права інтелектуальної власності; ліцензійний договір; договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності; договір про передавання виключних майнових прав інтелектуальної власності та інші договори щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, а також договір комерційної концесії (до комплексу прав, що передаються за цим договором, можуть належати і права на базу даних<sup>6</sup>).

Предметом договорів про розпорядження майновими правами інтелектуальної власності можуть виступати і права на оригінальні бази даних як об'єкти авторського права, що поширює на ці правочини дію імперативних норм, якими встановлюється недійсність правочину як загального характеру (закріплюються § 2 глави 16 ЦК України), так і тих, що визначають підстави недійсності (нікчемності та оспорюваності) договорів про розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. До останніх слід віднести: 1) недотримання письмової форми договору, що веде до його нікчемності (п. 2 ч. 2 ст. 1107, ст. 1118 ЦК України); 2) суперечливість вимог ліцензійного договору положенням ЦК України, що також має наслідком нікчемність такого правочину (ч. 9 ст. 1109 ЦК України). Нікчемними можуть бути не лише договори, а й їх окремі умови. Так, відповідно до ч. 4 ст. 1112 ЦК України умови договору про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності, що обмежують право творця цього об'єкта на створення інших об'єктів (*включаючи інші бази даних, засновані на тих же або інших критеріях відбору та/або систематизації матеріалу – О.Х.*), є нікчемними.

Таким чином, договір про розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, об'єктом якого є база даних, може бути визнаний судом недійсним (за умови використання відповідного способу за-



хисту) на підставі невідповідності загальним та спеціальним вимогам щодо його письмової форми та змісту (у випадку недопустимого обмеження прав сторін; визначення предметом ліцензійного договору прав на бази даних, що на момент укладення договору не були чинними тощо). Крім безпосередньої вимоги такого визнання особа може звернутись до суду із вимогою про застосування наслідків недійсності нікчемного або оспорюваного правочинів – двосторонньої реституції, а у випадку її неможливості – відповідного відшкодування. Вказані вимоги можуть поєднуватись і з іншими, які випливають або пов'язані із недійсністю правочину. Наприклад, у рішенні Дніпровського районного суду м. Дніпродзержинська Дніпропетровської області від 25 лютого 2013 р. у справі № 409/2627/12 позивач звернувся до суду з вимогами про визнання договору купівлі-продажу прав адміністрування домену, виключних права на програмний продукт та базу даних недійсним як такого, що був вчинений під впливом насильства, а також про заборону подальшого використання вказаних об'єктів прав інтелектуальної власності, в тому числі бази даних. Відповідачем було заявлено зустрічний позов про визнання права власності та припинення дії, яка порушує право, але судом було відмовлено в повному обсязі у задоволенні обох позовів за недоведеністю сторонами викладених у них обставин<sup>7</sup>.

Застосування визнання правочину недійсним як способу захисту, загалом, не обумовлено фактом порушення прав інтелектуальної власності з боку третіх осіб, а спрямоване на досягнення певних правових наслідків через «невизнання» такого правочину як юридичного факту<sup>8</sup>, причиною чого є його невідповідність вимогам закону – «дефектність»<sup>9</sup> (хоча бувають і винятки, коли, окрім цього, із факту недійсності правочину випливає необхідність у відшкодуванні моральної чи матеріальної шкоди, заподіяної одній із сторін, зокрема при визнанні недійсним договору, укладеного під впливом обману чи насильства, де недостатньо лише двосторонньої реституції. О. В. Семушина іменує їх додатковими та особливими наслідками недійсності правочину<sup>10</sup>). У зв'язку з цим відрізняється своєю специфікою і предмет доказування у справах, де цей спосіб захисту застосовується.

Г. О. Умецька розділяє предмет доказування в справах про визнання правочинів недійсними на загальний та спеціальний. До загального науковець відносить: 1) факт укладення правочину (для розмежування недійсних та неукладених правочинів); 2) наявність дефектів елементів правочину (невідповідність його змісту, форми та суб'єктного складу вимогам закону, а також невідповідність волі волевиявленню); 3) сутність та вартість отриманого сторонами за правочином (*предмет договору та умови його виконання* – О.Х.); 4) розмір завданої шкоди тощо. Спеціальні ж визначаються залежно від конкретної підстави визнання правочину недійсним<sup>11</sup>. Сприймаючи такий підхід у цілому, зазначимо, що у випадку застосування визнання правочину недійсним як способу захисту, вектор доказування з бази даних як об'єкта виключних прав (встановлення її відповідності критеріям охороноздатності, належності позивачеві, її тотожності із предметом спору та інших вимог, визначених нами вище) зміщується на зміст та форму договору, об'єктом якого вона виступає. З урахуванням сказаного специфіка прав на бази даних як предмета договору та самої бази даних як об'єкта прав інтелектуальної власності зберігається. Й у цьому випадку, на нашу думку, проявляється через необхідність встановлення в суді правової природи такої компіляції даних (у випадку відсутності реєстрації її як об'єкта авторського права), з чого випливає і встановлення сутності договору – чи є він договором з розпорядження майновими правами інтелектуальної власності (якщо база даних відповідає критеріям охороноздатності і є об'єктом авторського права), чи «звичайним» цивільно-правовим договором. У свою чергу, доведення та встановлення цього факту матиме вплив і на визначення відповідності конкретного правочину за формою та змістом тим вимогам, що висуваються законодавцем до його дійсності як договору про розпорядження майновими правами інтелектуальної власності чи договору купівлі-продажу, найму тощо.

Отже, визнання правочину недійсним як спосіб захисту прав та законних інтересів у правовідносинах, об'єктом яких є база даних, спрямоване насамперед на підтвердження чи спростування дійсності договору про розпорядження майновими правами інтелектуальної власності на базу даних. Залежно від цього воно спрямоване на повернення сторін у первісний стан (двостороння реституція) та застосування інших наслідків недійсності нікчемного (оспорюваного) правочину; або визнання такого правочину дійсним, таким, що спричинив встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків з приводу тієї чи іншої бази даних. Особливістю предмета доказування буде необхідність доведення і встановлення в суді правової природи бази даних як об'єкта спірних правовідносин, що впливатиме на обсяг та характер вимог, які висуватимуться до договору для визнання його недійсним.

<sup>1</sup> Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.

<sup>2</sup> Дзери О. В. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : [у 2 т.] – [4-ге вид. перероб. і допов.] / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К. : Юрінком Інтер, 2011. – Т. 1 – С. 360.

<sup>3</sup> Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними : постанова Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 р. № 9 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-09>

<sup>4</sup> Рішення Шевченківського районного суду м. Києва від 1 липня 2015 р. у справі № 761/780/14-ц : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/54121566>

<sup>5</sup> Іванова С. М. Правова природа вимог про визнання недійсним правочину / С. М. Іванова // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. праць. – 2008. – Вип. 42. – С. 247.

<sup>6</sup> Кубах А. І. Право інтелектуальної власності : навч. посіб. / А. І. Кубах. – Х. : ХНАМГ, 2008. – С. 103.

<sup>7</sup> Рішення Дніпровського районного суду м. Дніпродзержинська Дніпропетровської області від 25 лютого 2013 р. у справі № 409/2627/12 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/29697838>

<sup>8</sup> *Андрейцева О. Б.* Цивільно-правові способи захисту прав на об'єкти промислової власності : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Олена Борисівна Андрейцева ; Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – К., 2009. – С. 65.

<sup>9</sup> *Жеков В. І.* Деякі питання визнання договору недійсним або неукладеним / В. І. Жеков // Університетські наукові записки. – 2005. – № 3 (15). – С. 132.

<sup>10</sup> *Семушина О. В.* Недійсні правочини та правові наслідки їх недійсності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / О. В. Семушина ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2010. – С. 13.

<sup>11</sup> *Умецька Г. О.* Предмет доказування в справах про визнання правочинів недійсними / Г. О. Умецька // Форум права. – 2012. – № 4. – С. 953–954.

### Резюме

#### **Хавронюк О. О. Особливості захисту прав на бази даних шляхом визнання правочину недійсним.**

Стаття присвячена дослідженню нормативного регулювання та доктринальних підходів до застосування визнання правочину недійсним як загального способу захисту прав на бази даних, встановлення його загальних та особливих характеристик. Особливо аналізується наявна судова практика в цій сфері та виокремлюється низка існуючих правозастосовних проблем. Вивчаються типи вимог автора бази даних у рамках застосування ним визнання правочину недійсним для захисту своїх прав. До них автор статті відносить вимоги про визнання недійсності нікчемного або оспорюваного правочину чи дійсності нікчемного правочину; вимоги про застосування наслідків нікчемності (оспорюваності) недійсного правочину, об'єктом якого виступала база даних. Визначаються загальний та спеціальний предмети доказування в справах про визнання правочинів недійсними. Встановлюється специфіка процесу доказування стосовно договорів про розпорядження майновими правами інтелектуальної власності на бази даних.

**Ключові слова:** база даних, недійсність правочину, захист прав інтелектуальної власності, двостороння реституція, відшкодування завданих збитків, моральна шкода.

### Резюме

#### **Хавронюк О. О. Особенности защиты прав на базы данных путем признания сделки недействительной.**

Статья посвящена исследованию нормативного регулирования и доктринальных подходов к применению признания сделки недействительной как общего способа защиты прав на базы данных, установление его общих и особых характеристик. Отдельно анализируется имеющаяся судебная практика в этой сфере и выделяется ряд существующих правоприменительных проблем. Изучаются типы требований автора базы данных в рамках применения им признания сделки недействительной для защиты своих прав. К ним автор статьи относит требования о признании недействительности ничтожной или оспариваемой сделки, или действительности ничтожной сделки; требования о применении последствий ничтожности (оспариваемости) недействительной сделки, объектом которой выступала база данных. Определяются общий и специальный предметы доказывания по делам о признании сделок недействительными. Устанавливается специфика процесса доказывания в отношении договоров о распоряжении имущественными правами интеллектуальной собственности на базы данных.

**Ключевые слова:** база данных, недействительность сделки, защита прав интеллектуальной собственности, двусторонняя реституция, возмещение причиненного ущерба, моральный вред.

### Summary

#### **Havroniuk O. Features of protecting the rights to databases by recognizing the transaction as invalid.**

The article investigates regulation and doctrinal approaches to the application of the invalidation of the transaction as a general way of protecting the rights to databases, establishing its general and special characteristics. Separately, the existing judicial practice in this sphere is analyzed and a number of existing law enforcement problems are highlighted. The types of requirements of the author of the database are studied in the context of applying the invalidation of the transaction to protect their rights. The author of the article attributes to them the requirements on recognizing the invalidity of an insignificant or contested transaction, or the validity of an insignificant transaction; and the requirement to apply the consequences of nullity (controversy) of an invalid transaction, the object of which was the database. The general and special objects of proof are determined in cases on the recognition of transactions as invalid. Specificity of the process of proof is established with respect to contracts on the disposal of intellectual property rights to databases.

**Key words:** database, invalidity of the transaction, protection of intellectual property rights, bilateral restitution, compensation for damage caused, moral damage.

УДК 349.6 (477)

**А. С. ЄВСТІГНЄЄВ**

*Андрій Сергійович Євстігнєєв, кандидат юридичних наук, доцент, доцент юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

### **ПРОПОЗИЦІЇ ЩОДО ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕКОЛОГІЧНОЇ БЕЗПЕКИ СПЕЦІАЛЬНОГО ПРИРОДОКОРИСТУВАННЯ**

Складна екологічна ситуація в Україні, що склалась останнім часом, обумовлена в тому числі суттєвими латентними порушеннями екологічної безпеки (далі – ЕБ) внаслідок здійснення діяльності із спеціального природокористування. За таких умов виникає обґрунтована потреба у визначених чинним законодавством засобах попередження вищевказаних порушень, які найбільш ефективно можна реалізувати на стадії санкціонування з боку держави в особі уповноважених органів здійснення відповідних видів діяльності, що опосередковується у процедурах видачі дозвільних документів. Зазначені правові засоби, на нашу думку, мають відповідати євроінтеграційним зобов'язанням України та узгоджуватись із приписами законодавства ЄС з відповідних питань, що вимагає формулювання відповідних пропозицій.

Слід звернути увагу на те, що різні аспекти правового забезпечення екологічної безпеки досліджуються вченими – представниками вітчизняної науки екологічного права, як-от: В. І. Андрейцев, Г. І. Балюк, Ю. Л. Власенко, А. П. Гетьман, Т. Г. Ковальчук, М. В. Краснова, Ю. А. Краснова, Н. Р. Малишева, Е. В. Позняк, О. В. Сушик, О. А. Шомпол, Ю. С. Шемшученко та ін.

Водночас спеціальні правові дослідження, в яких би наводились конкретні пропозиції (правові моделі) щодо правового регулювання забезпечення ЕБ у сфері спеціального природокористування у науці екологічного права не здійснювались, що обумовлює актуальність проведеного в цій статті дослідження.

Слід зазначити, що, на нашу думку, процедури забезпечення ЕБ спеціального природокористування на стадії видачі відповідних дозвільних документів, мають полягати у проведенні попередньої оцінки екологічної безпечності такого природокористування у майбутньому, після отримання дозвільного документа на його здійснення.

При формулюванні пропозицій в цій статті слід врахувати прийняття Верховною Радою України 23 травня 2017 р. Закону України «Про оцінку впливу на довкілля», який є наслідком імплементації передбачених Директивою № 2011/92/ЄС процедур у національне законодавство, адже внаслідок цього деякі види спеціального природокористування набувають статусу безпосередніх об'єктів зазначеної оцінки (**перша група видів спеціального природокористування, при здійсненні яких слід забезпечувати ЕБ**). До таких видів природокористування у ст. 3 зазначеного закону, зокрема, віднесені: 1) будівництво: гідротехнічних споруд морських та річкових портів, які можуть приймати судна тоннажністю понад 1350 тонн; глибоководних суднових ходів, у тому числі у природних руслах річок, спеціальних каналів на суходолі та у мілководних морських акваторіях, придатних для проходження суден тоннажністю понад 1350 тонн; 2) поводження з відходами: операції у сфері поводження з небезпечними відходами (зберігання, оброблення, перероблення, утилізація, видалення, знешкодження і захоронення); операції у сфері поводження з побутовими та іншими відходами (оброблення, перероблення, утилізація, видалення, знешкодження і захоронення) обсягом 100 тонн на добу або більше; 3) забір підземних вод або штучне поповнення підземних вод із щорічним забором води або щорічним об'ємом води, що поповнюється, 10 мільйонів кубічних метрів або більше; 4) греблі, водосховища та інші об'єкти, призначені для утримання та постійного зберігання води, коли нові або додаткові об'єми затриманої води перевищують 10 мільйонів кубічних метрів; 5) видобування нафти та природного газу на континентальному шельфі; 6) кар'єри та видобування корисних копалин відкритим способом, їх перероблення чи збагачення на місці на площі понад 25 гектарів або видобування торфу на площі понад 150 гектарів; 7) установки для очищення стічних вод продуктивністю, що перевищує еквівалент чис-

ленності населення в розмірі 150 тисяч осіб; 8) усі суцільні та поступові рубки головного користування та суцільні санітарні рубки на площі понад 1 гектар; усі суцільні санітарні рубки на територіях та об'єктах природно-заповідного фонду; 9) глибоке буріння, у тому числі геотермальне буріння, буріння з метою зберігання радіоактивних відходів, буріння з метою водопостачання (крім буріння з метою вивчення стійкості ґрунтів); 10) сільське господарство, лісівництво та водне господарство: сільськогосподарське та лісгосподарське освоєння, рекультивация та меліорація земель (управління водними ресурсами для ведення сільського господарства, у тому числі із зрошуванням і меліорацією) на територіях площею 20 гектарів і більше або на територіях та об'єктах природно-заповідного фонду чи в їх охоронних зонах на площі 5 гектарів і більше, будівництво меліоративних систем та окремих об'єктів інженерної інфраструктури меліоративних систем; насадження лісу (крім лісовідновлювальних робіт) на площі понад 20 гектарів або на територіях та об'єктах природно-заповідного фонду чи в їх охоронних зонах на площі 5 гектарів і більше; зміна цільового призначення земель сільськогосподарського призначення (якщо нове призначення належить хоча б до одного виду діяльності, віднесені у ст. 2 закону до першої або другої категорії об'єктів оцінки) та зміна цільового призначення особливо цінних земель; інтенсивна аквакультура з продуктивністю 10 тонн на рік і більше або на територіях та об'єктах природно-заповідного фонду чи в їх охоронних зонах; намів територій на землях водного фонду; 11) видобувна промисловість: видобування корисних копалин, крім корисних копалин місцевого значення, які видобуваються землевласниками чи землекористувачами в межах наданих їм земельних ділянок з відповідним цільовим використанням; 12) поверхнєве та підземне зберігання викопного палива чи продуктів їх переробки на площі 500 квадратних метрів і більше або об'ємом (для рідких або газоподібних) 15 кубічних метрів і більше; 13) утилізація, видалення, оброблення, знешкодження, захоронення побутових відходів; 14) видобування піску і гравію, прокладання кабелів, трубопроводів та інших комунікацій на землях водного фонду; 15) господарська діяльність, що призводить до скидання забруднюючих речовин у водні об'єкти, та забір води з водних об'єктів за умови, що водозабір підземних вод перевищує 300 кубічних метрів на добу.

Деякі види спеціального природокористування, які ми умовно відносимо до **другої групи видів спеціального природокористування, при здійсненні яких слід забезпечувати ЕБ**, є опосередкованими об'єктами оцінки впливу на довкілля, адже вони здійснюються при реалізації видів діяльності, що підлягають оцінці впливу на довкілля (друга група), наприклад, земле- та водокористування, яке здійснюється нафтопереробним заводом – об'єктом оцінки впливу на довкілля відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 3 Закону України «Про оцінку впливу на довкілля».

Крім того, **третьою групою** видів спеціального природокористування **спеціального природокористування, при здійсненні яких слід забезпечувати ЕБ** (вочевидь, найчисельнішою групою), є всі ті види, що не являють собою безпосередні або опосередковані об'єкти оцінки впливу на довкілля. Щодо кожної із вказаних вище груп видів спеціального природокористування на нормативному рівні мають передбачені особливості попередньої оцінки екологічної їх безпечності. Значимо, що загальні засади проведення вказаної вище процедури попередньої оцінки повинні бути визначені на рівні Базового закону та поресурсових законодавчих актів, а загальний порядок проведення такої процедури слід доручити прийняти Кабінету Міністрів України. При цьому такий загальний порядок має обумовлювати особливості застосування передбаченої ним процедури стосовно кожної із трьох виділених вище груп відносин із спеціального природокористування. Водночас окремі особливості досліджуваної процедури щодо окремих видів природокористування, які підлягають оцінці впливу на довкілля, слід передбачити у Законі України «Про оцінку впливу на довкілля».

Враховуючи викладене вище, пропонуємо наступні три правові моделі (варіанти) правового регулювання відповідних відносин, виділені окремо щодо кожної із трьох вище виділених груп видів спеціального природокористування.

*Варіант 1.* У випадку здійснення певних видів спеціального природокористування, які є об'єктами оцінки впливу на довкілля відповідно до Закону України «Про оцінку впливу на довкілля», перевірку екологічної безпечності таких видів спеціального природокористування слід здійснювати в межах реалізації вказаної процедури оцінки впливу із визначенням відповідних особливостей. Для цього у зазначений закон мають бути внесені окремі зміни і доповнення, спрямовані на уточнення особливостей відповідної оцінки. Насамперед ст. 2 закону слід доповнити четвертою частиною наступного змісту: «Щодо видів діяльності, вказаних в пунктах 8–12, 15, 16 (у випадку здійснення зберігання у підземних сховищах, розміщених у надрах), 17, 21 частини другої цієї статті та в пунктах 2 (перший та другий абзаци), 3 (перший абзац), 4 (другий абзац), 13 частини третьої цієї статті під час процедури оцінки впливу на довкілля здійснюється попередня оцінка їх екологічної безпечності у порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України». Частиною другою ст. 6 закону вважаємо доцільним доповнити ще одним абзацом наступного змісту: «У випадку підготовки звіту щодо видів діяльності вказаних у частині четвертій статті 2 цього закону, такий звіт має включати відомості щодо можливих впливів такої діяльності на життя і здоров'я населення, на яке поширюватиметься вплив такої діяльності». Другу частину статті 9 закону пропонуємо доповнити четвертим реченням у наступній редакції: «Висновок з оцінки впливу на довкілля, в якому зазначено про встановлення неможливості екологічно безпечно здійснення вказаних у четвертій частині статті 2 цього закону видів діяльності, є підставою для відмови у видачі рішення про провадження планованої діяльності». Третю частину ст. 9 закону пропонуємо доповнити другим абзацом наступного змісту: «Перевірка повноти, достовірності і актуальності даних про екологічну безпечність планованої діяльності, вказаної у четвертій частині статті 2 цього закону, що містяться у наданих суб'єктом господарювання документах, перевіряється у порядку, визначеному Кабіне-

том Міністрів України для попередньої оцінки екологічної безпечності діяльності із спеціального природокористування». П'ята частина ст. 9 закону має бути доповнена третім абзацом, який передбачатиме наступне: «У висновку з оцінки впливу на довкілля щодо видів діяльності, вказаних у четвертій частині статті 2 цього закону мають бути детально відображені результати попередньої оцінки екологічної безпечності такої діяльності із чітким зазначенням результатів такої оцінки (можливо чи неможливо здійснювати плановану діяльність екологічно безпечно) та можливих альтернатив здійснення такої діяльності екологічно безпечно». Враховуючи можливість виникнення спорів, предметом яких буде питання щодо достовірності, повноти і фаховості проведення процедури попередньої оцінки екологічної безпечності відповідних видів діяльності, вважаємо за доцільне прибрати із назви ст. 12 закону словосполучення «в судовому порядку» та доповнити цю статтю такою третьою частиною: «Оскарження рішень, дій або бездіяльності уповноважених осіб при проведенні процедури попередньої оцінки екологічної безпечності видів діяльності, вказаних у четвертій частині статті 2 цього закону, може здійснюватись в позасудовому порядку, визначеному законодавством з питань попередньої оцінки екологічної безпечності видів діяльності із природокористування».

На наше переконання, наведені вище пропозиції щодо удосконалення Закону України «Про оцінку впливу на довкілля», з одного боку, дадуть можливість проводити попередню оцінку екологічної безпечності діяльності із спеціального природокористування щодо тих видів такої діяльності, які є об'єктами оцінки впливу на довкілля, а, з другого боку, мінімізують витрати часу та бюрократичні процедури з огляду на «вмонтування» зазначеної процедури попередньої оцінки у процедуру оцінки впливу на довкілля.

*Варіант 2.* У випадку здійснення певних видів спеціального природокористування, які прямо не названі в якості об'єктів оцінки впливу, але здійснюватимуться при реалізації проектів, оцінка впливу яких здійснюватиметься відповідно до Закону України «Про оцінку впливу на довкілля», перевірку екологічної безпечності таких видів спеціального природокористування слід також здійснювати в межах реалізації названої процедури оцінки впливу. Наприклад, у випадку експлуатації нафтопереробного заводу, який названо в переліку проектів, що підлягають оцінці впливу у Додатку І до Директивою № 2011/92/ЄС та у зазначеному законі, об'єктивно здійснюватиметься як мінімум спеціальне землекористування (адже завод має бути розміщений на певній території, включно із місцями, де накопичуватимуться та/або зберігатимуться відходи виробництва) та викиди забруднюючих речовин в атмосферне повітря насамперед під час технологічного процесу каталітичного крекінгу, в результаті якого в атмосферу викидаються важкі метали (свинець), окис сірки (SO<sub>2</sub>), окис азоту (NO<sub>2</sub>), хлор, бензол та інші забруднюючі речовини<sup>1</sup>. Те ж саме можна зазначити про, наприклад, заводи повного технологічного циклу з первинної виплавки чавуну і сталі (де, ймовірно, окрім використання земель та атмосферного повітря здійснюватиметься також спеціальне водокористування<sup>2</sup>), або про устаткування для чорного виробництва кольорових металів із руди, які також віднесено до переліку об'єктів оцінки впливу.

На нашу думку, оцінка екологічної безпечності впливу природокористування при реалізації основного проекту доцільно здійснювати одночасно із оцінкою безпечності самого проекту, як складової частини такого проекту. Більш того, така оцінка дасть змогу комплексно оцінити всі можливі екологічні ризики реалізації проекту, при якій певні види природокористування здійснюватимуться у нерозривному зв'язку із здійсненням основної діяльності відповідного об'єкта (заводу, устаткування тощо), що відповідатиме принципу комплексності, визначеному, зокрема, в Директиві 2008/1/ЄС «Про комплексне запобігання і протидію забруднення»<sup>3</sup>.

Задля реалізації запропонованого варіанта ст. 3 Закону України «Про оцінку впливу на довкілля» пропонуємо доповнити сьомою частиною наступного змісту: «При здійсненні оцінки впливу на довкілля щодо видів діяльності, вказаних в другій та третій частинах цієї статті, види природокористування (землекористування, надрокористування, водокористування, лісокористування, здійснення викидів забруднюючих речовин в атмосферне повітря, поводження із відходами), що здійснюються при реалізації зазначених видів діяльності, підлягають попередній оцінці екологічної безпечності у порядку, визначеному цим законом для видів діяльності, зазначених у четвертій частині статті 2 цього закону».

При цьому запропонований варіант передбачає поширення вказаного вище у так званому «варіанті 1» порядку проведення попередньої оцінки екологічної безпечності видів діяльності із спеціального природокористування, на види спеціального природокористування, зазначені у «варіанті 2». Наведена пропозиція, на нашу думку, обумовлюється тим, що в обидвох випадках йдеться про види природокористування, а також сприятиме уніфікації відповідних процедур і попереджатиме запровадження додаткових бюрократичних перешкод, що можуть ускладнити процедуру оцінки впливу на довкілля. З огляду на вказане, реалізація «варіанта 2» є можливою за умови реалізації «варіанта 1».

*Варіант 3.* Певний вид (види) спеціального водо-, лісо-, надро- чи землекористування або викиди забруднюючих речовин в атмосферне повітря планується здійснювати безвідносно до реалізації жодного із проектів, які прямо або опосередковано підлягають оцінці впливу на довкілля та вказані вище у «варіанті 1» та «варіанті 2». У такому випадку процедуру попередньої оцінки екологічної безпечності природокористування слід здійснювати як самостійну процедуру, яка водночас має прийти на зміну іншим процедурам подібного спрямування, що передбачені чинним законодавством (насамперед – процедурі погодження при видачі дозволів на окремі види спеціального природокористування). По суті, пропонувану процедуру за «варіантом 3» можна назвати повною процедурою відповідної попередньої оцінки. На нашу думку, за своїми стадіями така процедура має узгоджуватись із процедурою оцінки впливу на довкілля, оскільки обидві ці процедури мають

спільну ціль – попередження порушення ЕБ. При формулюванні пропозицій щодо запровадження процедури за «варіантом 3», на нашу думку, важливо враховувати закладений в Стратегії, а також у проаналізованих вище актах європейського законодавства, орієнтир на забезпечення так званого інтегрованого підходу до дозвільних процедур, який полягає у проведенні одночасної оцінки декількох пов'язаних між собою видів спеціального природокористування, які має намір здійснювати особа, та видачі, за можливості єдиного дозвільного документа на всі такі види діяльності.

Детальному аналізу кожного із запропонованих у цій статті варіантів правових моделей забезпечення екологічної безпечності спеціального природокористування будуть присвячені подальші дослідження автора.

---

<sup>1</sup> Экологические проблемы переработки нефти : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.business-equipment.ru/pererabotka/ekologicheskie-problemy-pererabotki-nefti.html>

<sup>2</sup> Стічні води металургійних заводів утворюються у всіх основних цехах. Найбільша кількість забруднень вноситься у водойму зі стічними водами від газоочистки (доменного газу) – в середньому 15 куб. м на 1 т чавуну. В процесі очищення доменного газу вода захоплює за собою механічні домішки (частинки руди, коксу і вапняку) і хімічні сполуки (сульфати, хлориди, іноді роданіди і ціаніди) // Методические указания по санитарной охране водоемов от загрязнения сточными водами заводов черной металлургии : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.bestpravo.ru/sss/eh-postanovlenija/h1o.htm>

<sup>3</sup> Директива № 2008/1/ЕС Европейского Парламента и Совета о комплексном предотвращении и контроле загрязнений : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994\\_b02](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_b02)

### Резюме

**Євстїгнеєв А. С. Пропозиції щодо правового регулювання забезпечення екологічної безпеки спеціального природокористування.**

У статті наведено авторські пропозиції щодо правового регулювання забезпечення екологічної безпеки спеціального природокористування за сучасних умов. Сформульовано та обґрунтовано три правові моделі вказаного забезпечення.

**Ключові слова:** забезпечення екологічної безпеки, оцінка впливу на довкілля, спеціальне природокористування, екологічна безпека спеціального природокористування.

### Резюме

**Євстїгнеєв А. С. Предложения относительно правового регулирования обеспечения экологической безопасности специального природопользования.**

В статье приведены авторские предложения по правового регулирования обеспечения экологической безопасности специального природопользования в современных условиях. Сформулированы и обоснованы три правовые модели указанного обеспечения.

**Ключевые слова:** обеспечение экологической безопасности, оценка воздействия на окружающую среду, специальное природопользование, экологическая безопасность специального природопользования.

### Summary

**Yevstigneyev A. Proposals for the legal regulation of ensuring of ecological safety of special nature resources use.**

The article presents author's proposals on legal regulation of environmental safety of special use of nature in modern conditions. Three legal models of the specified security are formulated and substantiated.

**Key words:** Ecological safety, environmental impact assessment, special natural resources usage, environmental safety of special natural resources usage.

**О. Б. КИШКО-ЄРЛІ**

*Оксана Борисівна Кишко-Єрлі, кандидат юридичних наук, науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

**ПРАВОВІ АСПЕКТИ ВПРОВАДЖЕННЯ СИСТЕМИ АВТОМАТИЧНОЇ ФІКСАЦІЇ ПОРУШЕНЬ ПРАВИЛ ДОРОЖНЬОГО РУХУ**

За даними парламентських слухань на тему «Стан і перспективи забезпечення в Україні безпеки дорожнього руху» порівняно із країнами Європейського Союзу та сусідніми країнами Україна має надзвичайно низькі показники безпеки дорожнього руху, що призводить до значних людських та економічних втрат. Наслідком цього є високий рівень смертності та травматизму на дорогах. За даними Всесвітньої організації охорони здоров'я, в Україні рівень смертності від дорожньо-транспортних пригод становить 12 осіб на 100 тисяч населення, що вдвічі перевищує середній показник у країнах Європейського Союзу. Дорожньо-транспортні пригоди є першою за поширеністю причиною смерті українців віком від 15 до 24 років та другою за поширеністю – віком від 5 до 14 років.

Втрати від дорожньо-транспортних пригод мають і економічний вимір, зокрема, соціально-економічні втрати України від дорожньо-транспортного травматизму становлять 4 млрд доларів США на рік, включаючи матеріальні витрати, пов'язані з пошкодженням майна й зниженням продуктивності праці, та людські втрати через серйозні травми або смерть внаслідок дорожньо-транспортних пригод<sup>1</sup>.

На подолання такої кризової ситуації в цій сфері спрямована Стратегія підвищення рівня безпеки дорожнього руху в Україні на період до 2020 року, яка була схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 14 червня 2017 р. № 481-р.

Метою Стратегії є зниження рівня смертності внаслідок дорожньо-транспортних пригод щонайменше на 30 відсотків до 2020 року, ступеня тяжкості наслідків дорожньо-транспортних пригод для учасників дорожнього руху та зменшення соціально-економічних втрат від дорожньо-транспортного травматизму, а також запровадження ефективної системи управління безпекою дорожнього руху для забезпечення захисту життя та здоров'я населення.

До основних напрямів реалізації Стратегії, зокрема, віднесено забезпечення функціонування системи автоматичної фіксації порушень правил дорожнього руху (у т.ч. прийняття необхідних нормативно-правових актів та здійснення інших заходів, спрямованих на впровадження зазначеної системи в Україні) з метою зменшення кількості таких порушень та тяжкості їх наслідків.

Питання запровадження автоматичної системи фіксації порушень правил дорожнього руху не є новим для України. Зокрема, слід зазначити, що вищезгадана Стратегія не є першим документом програмного характеру, який декларує необхідність запровадження такої системи. Відповідні положення також передбачалися в Концепції Державної цільової програми підвищення рівня безпеки дорожнього руху в Україні на період до 2016 року<sup>2</sup> (наразі втратила чинність), Стратегії підвищення рівня безпеки дорожнього руху в Україні на період до 2015 року<sup>3</sup> тощо.

Більш того, до грудня 2010 р. в Україні існувала практика застосування засобів фото- та відеофіксації порушень правил дорожнього руху на підставі ст. 14-1 Кодексу України про адміністративні правопорушення<sup>4</sup>. Проте недосконалість законодавства України в цій сфері призвела до того, що рішенням Конституційного Суду України від 22 грудня 2010 р. № 23-рп/2010 у справі про адміністративну відповідальність у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху ст. 14/1 та ч. 6 ст. 258 Кодексу України про адміністративні правопорушення було визнано такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними). Це означає, що відповідні положення Кодексу України про адміністративні правопорушення втратили чинність із дня ухвалення цього рішення Конституційним Судом України.

Питання запровадження та забезпечення функціонування автоматичної системи фіксації порушень правил дорожнього руху було предметом розгляду таких вчених, як С. Г. Голубов, М. М. Долгополова, В. О. Караваєв, Л. І. Сопільник та інші.

Серед нещодавніх досягнень у сфері нормативно-правового забезпечення впровадження системи автоматичної фіксації порушень правил дорожнього руху насамперед слід відмітити прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення регулювання відносин у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху» від 14 липня 2015 р. № 596-VIII<sup>5</sup>.

Наявність минулого (хоч і негативного) досвіду, а також політичної волі є важливими, проте недостатніми факторами для успішного запровадження і забезпечення ефективного й стабільного функціонування автоматичної системи фіксації порушень правил дорожнього руху в Україні. Системний аналіз правового регулювання в цій сфері свідчить все ще про наявність правових прогалин.

**Мета** цієї статті – дослідити подальші напрями організаційно-правового забезпечення впровадження системи автоматичної фіксації порушень правил дорожнього руху та надати відповідні рекомендації.

З цією метою насамперед слід визначитись із правовим режимом функціонування зазначеної системи. Відповідно до ст. 4 Закону України «Про дорожній рух» до компетенції Кабінету Міністрів України у сфері дорожнього руху віднесено, зокрема, визначення порядку функціонування системи фіксації правопорушень у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху в автоматичному режимі. Наразі такий порядок не прийнятий.

На сайті управління безпеки дорожнього руху ДПД Національної поліції України доступний для обговорення проект постанови Кабінету Міністрів України «Про функціонування системи фіксації правопорушень у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху в автоматичному режимі», якою передбачається затвердження:

- порядку функціонування системи фіксації правопорушень у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху в автоматичному режимі;
- порядку звернення особи, яка допустила порушення у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху, до уповноваженого підрозділу Національної поліції<sup>6</sup>.

Крім того, наказом Міністерства внутрішніх справ України від 2 березня 2017 р. № 188 було затверджено План заходів МВС, спрямованих на впровадження системи фотовідеофіксації порушень правил дорожнього руху.

Цим Планом передбачається, зокрема, забезпечення підготовки розроблення Технічного регламенту для засобів фіксації порушень правил дорожнього руху та його затвердження постановою Кабінету Міністрів України відповідно до вимог Закону України «Про технічні регламенти та оцінку відповідності» від 15 січня 2015 р. № 124-VIII. Термін виконання цього завдання – 10 червня 2017 року. На сьогодні такий технічний регламент не прийнятий. Проект Технічного регламенту технічних засобів фіксації правопорушень у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху в автоматичному режимі розміщений на сайті Державного науково-дослідного інституту МВС України<sup>7</sup>.

Таким чином, для належного визначення правового статусу автоматичної системи фіксації порушень правил дорожнього руху необхідно прийняти, як мінімум, такі основоположні документи в цій сфері:

- Порядок функціонування системи фіксації правопорушень у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху в автоматичному режимі.
- Технічний регламент для засобів фіксації порушень правил дорожнього руху.

Прийняття технічного регламенту є важливим також з точки зору забезпечення нормативних вимог у сфері метрології.

Так, відповідно до ст. 3 Закону України «Про метрологію та метрологічну діяльність» від 5 червня 2014 р. № 1314-VII сферою законодавчо регульованої метрології є визначені цим Законом види діяльності, щодо яких з метою забезпечення єдності вимірювань та простежуваності здійснюється державне регулювання стосовно вимірювань, одиниць вимірювання та засобів вимірювальної техніки.

До сфери законодавчо регульованої метрології віднесено, зокрема, такий вид діяльності, як контроль безпеки дорожнього руху та технічного стану транспортних засобів.

Згідно зі ст. 8 цього Закону у сфері законодавчо регульованої метрології (до якої віднесено контроль безпеки дорожнього руху) застосовуються засоби вимірювальної техніки, які відповідають вимогам щодо точності, регламентованим для таких засобів, у встановлених умовах їх експлуатації.

Експлуатація засобів вимірювальної техніки, які застосовуються у сфері законодавчо регульованої метрології (далі – законодавчо регульовані засоби вимірювальної техніки), здійснюється з дотриманням правил застосування таких засобів, встановлених у нормативно-правових актах, і вимог щодо їх експлуатації, встановлених в експлуатаційних документах на такі засоби.

Законодавчо регульовані засоби вимірювальної техніки, які мають елементи або функції налаштування, повинні мати захист від вільного доступу до зазначених елементів і функцій (включаючи програмне забезпечення) з метою запобігання несанкціонованому втручанням.

Законодавчо регульовані засоби вимірювальної техніки дозволяється застосовувати, випускати з виробництва, ремонту та в продаж і видавати напрокат лише за умови їх відповідності цьому Закону та іншим нормативно-правовим актам, що містять вимоги до таких засобів вимірювальної техніки.

У ст. 16 Закону України «Про метрологію та метрологічну діяльність» встановлюється, що оцінка відповідності законодавчо регульованих засобів вимірювальної техніки вимогам технічних регламентів, у тому числі первинна повірка та затвердження типу засобів вимірювальної техніки, проводиться у разі, коли це передбачено відповідними технічними регламентами.

Оцінку відповідності законодавчо регульованих засобів вимірювальної техніки вимогам технічних регламентів проводять виробники цих засобів, призначені органи з оцінки відповідності та інші суб'єкти, визначені у відповідних технічних регламентах або передбачених ними процедурах оцінки відповідності.

Порядок проведення оцінки відповідності законодавчо регульованих засобів вимірювальної техніки встановлюється технічними регламентами та іншими нормативно-правовими актами.

Виходячи з цього слід зазначити, що порядок проведення оцінки відповідності засобів вимірювальної техніки у сфері контролю безпеки дорожнього руху має бути встановлений у відповідному технічному регламенті.

Іншим важливим напрямом ідентифікації правового статусу автоматичної системи фіксації порушень правил дорожнього руху є визначення права власності на цей об'єкт. Наразі законодавством України безпосередньо не визначається, у якій власності може знаходитись така система.

Проте виходячи зі змісту норми, встановленої у ст. 4 Закону України «Про дорожній рух» про те, що джерелами фінансування системи фіксації правопорушень у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху в



автоматичному режимі можуть бути кошти державного та місцевих бюджетів, виділені в порядку та обсягах, передбачених законодавством, кошти приватних інвесторів, у тому числі залучені за моделлю державно-приватного партнерства, залучені кошти, включаючи кредити банків та інших фінансово-кредитних установ, кошти з інших джерел, не заборонених законодавством, можна зробити висновок, що така система може перебувати у державній, комунальній або приватній власності.

Для випадку, коли автоматична система фіксації порушень правил дорожнього руху буде знаходитись у державній власності, слід визначити, який центральний орган державної виконавчої влади буде уповноважений здійснювати управління нею. Визначення такого уповноваженого органу виконавчої влади є важливим і з іншої точки зору.

Оскільки Законом України «Про дорожній рух» безпосередньо передбачається, що система фіксації правопорушень у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху в автоматичному режимі може бути створена на засадах державно-приватного партнерства, центральний орган виконавчої влади, уповноважений управляти таким об'єктом права власності, буде також визначений державним партнером для договору, укладеного в рамках здійснення державно-приватного партнерства відповідно до положень Закону України «Про державно-приватне партнерство».

Так, згідно зі ст. 1 цього Закону державним партнером за договором, укладеним у рамках державно-приватного партнерства, може бути державний орган чи орган місцевого самоврядування.

Зі змісту Закону випливає, що державним партнером виступає той державний орган або орган місцевого самоврядування, який безпосередньо укладає договір у рамках державно-приватного партнерства з переможцем конкурсу. Відповідно до ст. 17 Закону України «Про державно-приватне партнерство» укладання договору в рамках державно-приватного партнерства здійснюється органом, який відповідно до ст. 13 цього Закону прийняв рішення про здійснення державно-приватного партнерства з переможцем конкурсу на умовах, встановлених конкурсом з визначення приватного партнера.

Відповідно до ст. 13 Закону України «Про державно-приватне партнерство» рішення про здійснення державно-приватного партнерства чи про недоцільність його здійснення, про проведення конкурсу та затвердження результатів конкурсу з визначення приватного партнера приймаються щодо об'єктів:

– державної власності – центральним органом виконавчої влади, що здійснює відповідно до закону функції з управління відповідними об'єктами державної власності, а якщо такого органу не визначено – Кабінетом Міністрів України;

– комунальної власності – органом місцевого самоврядування згідно з повноваженнями відповідно до Закону України «Про місцеве самоврядування».

Аналогічне положення передбачено в Порядку проведення конкурсу з визначення приватного партнера для здійснення державно-приватного партнерства щодо об'єктів державної, комунальної власності та об'єктів, які належать Автономній Республіці Крим, який затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 11 квітня 2011 р. № 384.

Враховуючи відсутність коштів на фінансування створення автоматичної системи фіксації порушень правил дорожнього руху в Державному бюджеті України та в місцевих бюджетах, створення такої системи на засадах державно-приватного партнерства, яке передбачає обов'язкове залучення приватних інвестицій, наразі слід визначити як найбільш оптимальний варіант для створення такої системи.

Оскільки створення автоматичної системи фіксації порушень правил дорожнього руху лише планується в майбутньому і цей об'єкт не існує на даний час, законодавством України безпосередньо не може бути визначено орган виконавчої влади, уповноважений здійснювати функції управління таким об'єктом, особливо беручи до уваги той факт, що правовий режим створення та експлуатації автоматичної системи фіксації порушень правил дорожнього руху в Україні в цілому знаходиться на стадії розробки.

На нашу думку, таким органом має бути визнана Національна поліція України, виходячи з наступних положень.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про Національну поліцію» від 2 липня 2015 р. № 580-VIII Національна поліція України – це центральний орган виконавчої влади, який служить суспільству шляхом забезпечення охорони прав і свобод людини, протидії злочинності, підтримання публічної безпеки і порядку.

Згідно зі ст. 52/3 Закону України «Про дорожній рух» до повноважень Національної поліції віднесено забезпечення безпеки дорожнього руху, участь у реалізації в межах своїх повноважень державної політики у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху, інформування учасників дорожнього руху про фіксацію фактів правопорушень у сфері безпеки дорожнього руху в автоматичному режимі.

У ст. 40 Закону України «Про Національну поліцію» встановлюється, що поліція для забезпечення публічної безпеки і порядку може закріплювати на форменому одязі, службових транспортних засобах, монтувати/розміщувати по зовнішньому периметру доріг і будівель автоматичну фото- і відеотехніку, а також використовувати інформацію, отриману із автоматичної фото- і відеотехніки, що знаходиться в чужому володінні з метою, зокрема, забезпечення дотримання правил дорожнього руху.

Відповідно до ст. 105 Закону України «Про Національну поліцію» фінансування і матеріально-технічне забезпечення поліції здійснюються за рахунок коштів Державного бюджету України, а також інших джерел, не заборонених законом. Майно поліції є державною власністю і належить їй на праві оперативного управління. Органи поліції володіють, користуються та розпоряджаються майном у порядку, визначеному законом.

Органи Національної поліції розглядають справи про такі адміністративні правопорушення, як, зокрема, порушення правил дорожнього руху (ст. 222 Кодексу України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 р. № 80-73-Х).

Вищенаведені норми законодавства свідчать про те, що Національна поліція:

– є кінцевим «бенефіціаром» використання автоматичної системи фіксації порушень правил дорожнього руху як орган, що уповноважений забезпечувати безпеку дорожнього руху та розглядає справи про адміністративні правопорушення щодо порушення правил дорожнього руху;

– уповноважена виступати в ролі державного партнера та укладати договори в рамках здійснення державно-приватного партнерства в сфері забезпечення безпеки дорожнього руху.

Виходячи з наведеного вище слід зробити такі висновки. Наразі необхідність запровадження в Україні автоматичної системи фіксації правопорушень правил дорожнього руху є очевидною для більшості заінтересованих осіб. Для успішної імплементації цієї системи необхідно прийняти ряд підзаконних нормативно-правових актів, зокрема Порядок функціонування системи фіксації правопорушень у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху в автоматичному режимі та Технічний регламент для засобів фіксації порушень правил дорожнього руху.

Найбільш оптимальною формою реалізації проекту із запровадження системи автоматичної фіксації порушень правил дорожнього руху з нашої точки зору є укладання договору в рамках здійснення державно-приватного партнерства. При цьому державним партнером має бути визнана Національна поліція України.

<sup>1</sup> Про Рекомендації парламентських слухань на тему: «Стан і перспективи забезпечення в Україні безпеки дорожнього руху»: постанова Верховної Ради України від 13 квітня 2016 р. № 1091-VIII // Відомості Верховної Ради України. – 2016. – № 21. – Ст. 414.

<sup>2</sup> Про схвалення Концепції Державної цільової програми підвищення рівня безпеки дорожнього руху в Україні на період до 2016 року: постанова Кабінету Міністрів України від 8 серпня 2012 р. № 771 // Офіційний вісник України. – 2012. – № 63. – Ст. 2577.

<sup>3</sup> Про схвалення Стратегії підвищення рівня безпеки дорожнього руху в Україні на період до 2015 року: розпорядження Кабінету Міністрів України від 25 травня 2011 р. № 480-р // Офіційний вісник України. – 2011. – № 42. – Ст. 1724.

<sup>4</sup> Голубов С. Г. Щодо впровадження в Україні міжнародного досвіду застосування засобів фото- та відеофіксації порушень правил дорожнього руху / С. Г. Голубов // Вестник ХНАДУ. – 2013. – Вип. 62–63. – Ст. 19–23.

<sup>5</sup> Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення регулювання відносин у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху: Закон України від 14 липня 2015 р. № 596-VIII // Офіційний вісник України. – 2015. – № 64. – Ст. 2102.

<sup>6</sup> <http://www.sai.gov.ua/ua/admpractice.htm>

<sup>7</sup> [http://dndi.mvs.gov.ua/index\\_html\\_files/Technical\\_reglament-11.pdf](http://dndi.mvs.gov.ua/index_html_files/Technical_reglament-11.pdf)

### Резюме

**Кишко-Єрлі О. Б. Правові аспекти впровадження системи автоматичної фіксації порушень правил дорожнього руху.**

У статті розглядаються організаційно-правові питання запровадження автоматичної системи фіксації порушень правил дорожнього руху в Україні. Аргументовано доцільність імплементації такої системи на засадах державно-приватного партнерства. Надано рекомендації щодо прийняття необхідних для практичного впровадження цієї системи нормативно-правових актів.

**Ключові слова:** безпека руху, автоматична фіксація порушень правил дорожнього руху, Національна поліція України, державно-приватне партнерство, технічний регламент, засоби вимірювальної техніки.

### Резюме

**Кишко-Єрлі О. Б. Правовые аспекты внедрения системы автоматической фиксации нарушений правил дорожного движения.**

В статье рассматриваются организационно-правовые вопросы внедрения автоматической системы фиксации нарушений правил дорожного движения в Украине. Аргументирована целесообразность имплементации такой системы на основании государственно-частного партнерства. Предоставлены рекомендации относительно принятия нормативно-правовых актов, необходимых для практического внедрения этой системы.

**Ключевые слова:** безопасность движения, автоматическая фиксация нарушений правил дорожного движения, Национальная полиция Украины, государственно-частное партнерство, технический регламент, средства измерительной техники.

### Summary

**Kyshko-Yerli O. Legal Aspects of Automatic Fixation System of Road Regulation Violations Implementation.**

Organization and legal issues of automatic fixation system of road regulations violation implementation considered in article. The appropriateness of such system implementation in the framework of state-private partnership argued. Recommendation in regards of necessity of legal acts approval for practical implementation of such system provided.

**Key words:** safety of traffics, automatic fixation of road regulations violations, National police of Ukraine, state-private partnership, technical regulation, measuring technique.

**Е. В. ПОЗНЯК, Т. А. ШАРАЄВСЬКА**

*Еліна Владиславівна Позняк, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

*Тетяна Анатоліївна Шараєвська, кандидат юридичних наук, асистент кафедри Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

**ПРАВОВІ ЗАСАДИ ЗДІЙСНЕННЯ ЕКОЛОГІЧНОГО МОНІТОРИНГУ В УКРАЇНІ  
В РУСЛІ ЄВРОПЕЙСЬКИХ ПІДХОДІВ**

У сучасних євроінтеграційних процесах важливого значення для нашої держави набуває адаптація екологічного законодавства до законодавства Європейського Союзу (далі – ЄС), що має здійснюватись на засадах європейського співробітництва, сталого розвитку, об'єднання зусиль для подолання кризових явищ системного характеру. Конституційні<sup>1</sup> засади чинності міжнародних договорів на території України формують підґрунтя для широкого взаємообміну нашої країни з європейськими державами інформацією про стан довкілля, рівень екологічної безпеки та ризиків, обсяги використання природних ресурсів, прогнозування загроз у цій сфері та шляхів їх подолання. Одним із джерел такої інформації, як зазначається у Законі України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25 червня 1991 р., є дані моніторингу навколишнього середовища (ч. 2 ст. 25) як системи спостережень за станом навколишнього природного середовища, рівнем його забруднення (ч. 1 ст. 22).

Проблеми екологічного моніторингу стали предметом наукових пошуків представників різних галузей наук, значною мірою – і **еколого-правової**, серед яких – В. І. Андрейцев, Г. І. Баллок, М. М. Бринчук, Д. В. Бусуйок, Ю. Л. Власенко, О. К. Голіченков, М. І. Єрофеев, М. В. Краснова, Н. Р. Малишева, М. І. Малишко, Ю. С. Петлюк, М. В. Хотулева, Ю. С. Шемшученко, О. А. Шомпол та ін., у тому числі на дисертаційному рівні – М. В. Мозальова та С. В. Шарапова. Екологічний моніторинг розглядається ними в якості інструменту державної екологічної політики, функції екологічного управління міжгалузевого та комплексного характеру, гарантії забезпечення екологічної безпеки, в основі якої – спостереження за станом довкілля, природних ресурсів та комплексів, рівнем екологічної безпеки тощо. У системі **природничих наук** екологічний моніторинг є самостійною галуззю прикладних досліджень, сферою науки та навчальною дисципліною, яка продовжує формуватись (Г. О. Білявський, Є. В. Венеціанов, Н. М. Вознюк, І. П. Герасимов, М. А. Голубець, М. В. Горшков, Г. А. Демехін, Ю. А. Израель, М. О. Клименко, М. А. Прищепка та ін.).

Зазначаючи наявність низки публікацій з даної проблематики, у тому числі й правових, та з огляду на процес адаптації національного законодавства до *acquis communautaire*, **більш поглибленого вивчення** потребують європейські підходи до формування цілісної правової моделі екологічного моніторингу в Україні з урахуванням європейської практики.

Окремі погляди на національні та міжнародно-правові підходи до правового регулювання еколого-моніторингових відносин в Україні вже були опубліковані нами на сторінках наукових видань<sup>2</sup>. Наразі дане дослідження спрямоване на вирішення правових проблем екологічного моніторингу шляхом удосконалення правового регулювання зазначених відносин у світлі європейських підходів.

**Метою цієї статті** є дослідження юридичної природи екологічного моніторингу крізь призму аналізу джерел екологічного права ЄС, що регулює екологічні відносини на засадах міжнародного співробітництва європейських держав за участю України, напрацювання пропозицій з подальшого вдосконалення національного законодавства.

Концептуальні засади проведення адаптації екологічного законодавства України до законодавства ЄС на сьогоднішній день відображені в ряді загальних та спеціальних джерел екологічної політики й законодавства. Так, відповідно до розділу V «Мета та завдання першого етапу виконання Програми» Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, затвердженої Законом України від 18 березня 2004 р., визначено пріоритетні сфери, з яких слід розпочати процес адаптації. Насамперед це – охорона здоров'я та життя людей, тварин і рослин, сфера довкілля, енергетики, включаючи ядерну. Процес імплементації норм міжнародного екологічного права в національне екологічне законодавство, адаптації національного законодавства до законодавства ЄС актуалізує необхідність упровадження у національне законодавство нашої держави положень ратифікованої Законом України від 16 вересня 2014 р. Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (далі – Угода про асоціацію).

Водночас, як зазначається у розділі 1 Стратегії сталого розвитку «Україна – 2020», схваленої Указом Президента України від 12 січня 2015 р. № 5/2015, ратифікувавши Угоду про асоціацію, Україна отримала інс-

трумент та дороговказ для своїх перетворень. Виконання вимог цієї Угоди дає можливість нашій країні в подальшому стати повноцінним членом у ЄС. З метою упровадження в Україні європейських стандартів життя та виходу її на провідні позиції в світі, даною Стратегією визначено вектори руху вперед. У рамках вектору безпеки особливу увагу пропонується приділити безпеці життя та здоров'я людини, що неможливо, зокрема, без безпечного стану довкілля і доступу до якісної питної води, безпечних харчових продуктів та промислових товарів (розділ 2). У розділі 3 даної Стратегії в рамках вектору безпеки визначається необхідність прийняття Програми збереження навколишнього природного середовища. З огляду на визнання моніторингу стану довкілля у якості одного з основних інструментів реалізації національної екологічної політики відповідно до розділу 4 Основних засад (Стратегії) державної екологічної політики України на період до 2020 року, затвердженої Законом України від 21 грудня 2010 р., Програма збереження навколишнього природного середовища, на наш погляд, повинна охоплювати особливості здійснення екологічного моніторингу.

Співробітництво сторін за Угодою про асоціацію у цивільному ядерному секторі передбачає спільні дослідження і розробки, навчання та мобільність учених. Співробітництво відповідно до ч. 3 ст. 342 даної Угоди спрямовується на вирішення проблем, що виникли внаслідок Чорнобильської катастрофи, а також зняття з експлуатації Чорнобильської АЕС, зокрема, моніторингу навколишнього середовища. Нормами Глави 6 «Навколишнє середовище» охоплюється таке коло завдань, як розвиток і зміцнення співробітництва з питань охорони навколишнього середовища, сприяння реалізації довгострокових цілей сталого розвитку і зеленої економіки, вирішення регіональних і глобальних проблем навколишнього середовища, поступове наближення законодавства України до права та політики ЄС у сфері охорони навколишнього природного середовища, імплементація окремих угод у сфері цивільного захисту, запровадження інституційних реформ, розвиток та імплементація політики з питань зміни клімату (ст. ст. 360–366). Фактично всі ці напрями й заходи здійснюються з використанням та взаємообміном екологічною інформацією, отриманою як дані моніторингу довкілля, природних ресурсів, інших об'єктів екологічних прав відносин. Угодою окремо приділяється увага співробітництву в сфері цивільних космічних досліджень та використання космічного простору, а саме – спостереженню Землі та глобальному моніторингу, космічній науці та дослідженням (ст. 371 глави 8 «Космос»). Упроваджується політика сталого рибальства, зокрема, спостереження, система моніторингу суден (ст. 410 глави 18 «Політика у галузі рибальства та морська політика»).

У науковій літературі зазначається умовність виділення окремих сфер правового регулювання екологічних відносин у рамках ЄС, що пов'язується з необхідністю вирішення глобальних екологічних проблем<sup>3</sup>. Виходячи з цього, розглянемо особливості регулювання еколого-моніторингових відносин у рамках ЄС за наступними предметними сферами регулювання: охорона біорізноманіття та певних елементів довкілля (грунтів, водних ресурсів, флори та фауни, природних середовищ існування тощо); запобігання забрудненню (шумове забруднення, атмосферне забруднення та ін.); екологічна безпека, здоров'я та якість життя; захист екологічних прав людини; поводження з відходами та небезпечними радіаційними речовинами, включаючи ядерну безпеку.

Розпочнемо розгляд завдань даного дослідження з **Регламенту Ради 1210/90/ЄЕС від 7 травня 1990 р. про заснування Європейського агентства з навколишнього середовища та Європейської мережі інформації та спостереження за навколишнім середовищем**, згідно зі ст. 1 якого було засновано Європейське агентство з навколишнього середовища (далі – Агентство), підключено Європейську мережу інформації та спостереження за навколишнім середовищем. У сфері здійснення екологічного моніторингу перед зазначеним Агентством було поставлено низку завдань, серед яких: сприяти заходам з моніторингу навколишнього середовища шляхом відповідної обґрунтованої підтримки, консультувати окремі держави-члени з питань розвитку, заснування та впровадження їх системи моніторингу навколишнього середовища, сприяти інкорпорації Європейської інформації з навколишнього середовища в міжнародні програми моніторингу навколишнього середовища, прийняті Організацією Об'єднаних Націй та її спеціалізованими установами (ст. 2).

На держав-членів зазначеним Регламентом покладаються зобов'язання зі співробітництва з Агентством та безпосередньої участі в роботі Європейської мережі інформації та спостереження за навколишнім середовищем відповідно до робочої програми Агентства зі збору, обробки та аналізу даних, зібраних на національному рівні, а також зі співробітництва з даних питань на транснаціональному рівні (ст. 4).

**Директива 2001/42/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 27 червня 2001 р. про оцінку впливу деяких програм на навколишнє середовище** регулює відносини із здійснення екологічного моніторингу, зазначаючи про те, що держави-члени проводять моніторинг значних екологічних наслідків впровадження планів та програм з метою, з-поміж іншого, встановлення на ранній стадії непередбачених негативних наслідків і можливості вжиття відповідних заходів з їхнього усунення. Для дотримання цих положень існуючі заходи з моніторингу можуть бути використані, за доцільності, з огляду на уникнення дублювання моніторингу (ст. 10).

**Положення Регламенту Ради (ЄЕС) 3943/90 від 19 грудня 1990 р. про застосування системи спостереження та інспектування**, встановленої відповідно до ст. XXIV Конвенції про збереження морських живих ресурсів Антарктики, ухвалені Радою європейських співтовариств. У ньому враховано наступне: ст. XXIV Конвенції про збереження морських ресурсів Антарктики передбачає створення системи спостереження та інспектування для сприяння досягненню мети й забезпечення дотримання положень Конвенції; Комісія з питань збереження морських живих ресурсів Антарктики належним чином схвалила систему спостереження та інспектування.

**Рішення Європейського Парламенту та Ради 280/2004/ЄС від 11 лютого 2004 р. щодо системи контролю за викидами парникових газів у Співтоваристві та імплементацію Кіотського протоколу у відповідності до ст. 1** встановлює механізм для здійснення: а) моніторингу всіх антропогенних викидів по джерелах та усунення шляхом абсорбції парникових газів, на контрольованих Монреальським Протоколом про речовини, які виснажують озоновий шар, територіях у державах-членах; б) оцінки зрушень у напрямі виконання зобов'язань щодо таких викидів по джерелах та усунення шляхом абсорбції.

Передбачається, серед іншого, сприяння прозорому й точному моніторингу фактичних та запланованих зрушень у державах-членах, включаючи внесок, зроблений у результаті заходів Співтовариства у виконання зобов'язань Співтовариства та його держав-членів щодо обмеження та/або скорочення усіх викидів парникового газу відповідно до РКООНЗК та Кіотського Протоколу (п. «b» ч. 1 ст. 2). Для оцінки запланованих зрушень держави-члени до 15 березня 2005 р. та кожні два роки після цього надають Комісії індикатори моніторингу та оцінки зрушень, що відбулися за допомогою політики або заходу, у часі, включаючи, серед іншого, ті показники, що визначені в імплементаційних положеннях (п. «iv» ч. 2 ст. 2).

**Директива 2008/1/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 15 січня 2008 р. про комплексне запобігання і контроль забруднення (кодіфікована версія)** передбачає, що метою цієї Директиви є досягнення комплексного запобігання та контролю забруднення, спричиненого видами діяльності, включеними до Додатку I. У ньому перелічено такі категорії видів промислової діяльності, як, приміром, енергетична промисловість, виробництво та переробка металів, добувна промисловість, хімічна промисловість, управління відходами та інші види діяльності.

Директивою зазначається про те, що держави-члени вживають заходів, необхідних для забезпечення включення до заявки, яка надсилається до компетентного органу для отримання дозволу, опису також заходів, запланованих для здійснення моніторингу викидів у навколишнє природне середовище (ст. 6). Дозвіл містить відповідні вимоги до моніторингу скидання, вказуючи методологію і частоту вимірювань, процедуру оцінювання та зобов'язання надавати компетентному органу дані, що вимагаються для перевірки дотримання умов дозволу (ст. 9). Держави-члени вживають заходів, необхідних для забезпечення регулярного інформування оператором компетентного органу про результати моніторингу скидів та негайного інформування про аварії або інциденти, що значним чином впливають на навколишнє природне середовище згідно зі ст. 14.

У контексті доступу до інформації, обміну нею та участі громадськості в процедурі надання дозволу зазначається про те, що результати моніторингу скидів, як вимагається згідно з умовами дозволу, зазначені у ст. 9, та утримувані компетентним органом, надаються громадськості. (п. 2 ст. 15). Комісія організовує обмін інформацією між заінтересованими державами-членами та промисловістю про найкращі з доступних технології, пов'язаний з цим моніторинг та зрушення у них (ч. 2 ст. 17).

**Регламентом Європейського Парламенту та Ради (ЄС) 2152/2003 від 17 листопада 2003 р. про моніторинг лісів та екологічну взаємодію у Співтоваристві (Forest Focus)** відповідно до ст. 1 засновується Схема Співтовариства для широко призначеного, гармонізованого та усебічного моніторингу стану лісів (далі – Схема), щоб: а) продовжувати та далі розвивати: моніторинг забруднення повітря і впливу забруднення повітря або інших речовин та факторів, які впливають на ліси, такі як біотичні та абіотичні фактори та фактори антропогенного походження; моніторинг лісових пожеж та їх причин і наслідків; попередження лісових пожеж; б) оцінити вимоги щодо ґрунтів та розвивати моніторинг ґрунтів, зв'язування вуглецю, впливи зміни клімату та біологічне розмаїття, а також захисні функції лісів; в) постійно оцінювати ефективність діяльності з моніторингу в оцінюванні стану лісів та подальший розвиток моніторингової діяльності.

Схема надає достовірні й порівнювані дані та інформацію про стан і шкідливі впливи на ліси на рівні Співтовариства, допомагає оцінити заходи, які виконуються, щоб сприяти охороні та захисту лісів заради постійного розвитку, з особливим наголосом на діях, що вживаються для зменшення негативних впливів на ліси. Схема спрямована на врахування й пов'язування, де це доцільно, чинних та запланованих національних, європейських і світових механізмів моніторингу, а також на узгодження з відповідними міжнародними угодами.

У ст. 2 Регламенту зазначається: Схема передбачає дії, призначені для того, щоб: сприяти гармонізованому збиранню, обробці та оцінюванню даних; покращувати оцінки даних та сприяння об'єднаній оцінці даних на рівні Співтовариства; покращувати якості даних та інформації, зібраних відповідно до схеми; далі розвивати діяльність з моніторингу Схеми; посилювати розуміння лісів та, зокрема, вплив природних і антропогенних дій; вивчати динаміку лісових пожеж та їх причини і вплив на ліси; розвивати показники, а також методології для оцінювання ризиків, які стосуються численних дій на ліси протягом часу та простору. Моніторинг та інструменти покращення й розвитку Схеми передбачені ст. 4, де Схема: продовжує та далі розвиває систематичну сітку пунктів спостереження, щоб проводити періодичні описи та зібрати репрезентативну інформацію про стан лісів; продовжує й далі розвиває сітку ділянок спостереження, на яких проводиться інтенсивний та постійний моніторинг лісів.

Для реалізації цілей, викладених у ст. 1(1)(b), Схема розробляється за допомогою досліджень, експериментів, демонстраційних проектів, випробування в порядку експерименту та заснування нових моніторингових видів діяльності. Комісія, у співпраці з державами-членами, розвиває схему, зокрема, щоб оцінити впливи зміни клімату на ліси та іншу лісисту землю, включаючи впливи на їх біологічне розмаїття та відносини із зв'язуванням вуглецю та ґрунтом (п. б ч. 1 ст. 6). Паралельно із заходами, викладеними у ч. 1, держави-члени можуть проводити дослідження, експерименти, демонстраційні проекти або етапи випробування

моніторингу. Заходи, викладені в частинах 1 та 2, допомагають визначити варіанти для заснування нових видів моніторингової діяльності відповідно до Схеми, які можуть зробити значний внесок до інформаційних та моніторингових потреб в областях, перелічених відповідно до ст. 1(1)(b). Докладні правила щодо застосування частин 1, 2 та 3, включаючи рішення про імплементацію нових видів моніторингової діяльності, встановлюються згідно з процедурою, згаданою у ст. 17(2) (частини 2–4 ст. 6).

Відповідно до ч. 3 ст. 8 даного Регламенту держави-члени пристосовують свої національні програми з ухваленням Комісії, зокрема, щоб дозволити розширення моніторингової діяльності, розробленої згідно зі ст. 6, коли вони будуть засновані. З метою гармонізації видів діяльності, згаданих у ст. ст. 4, 5 та 6(3), а також для забезпечення порівнюваності даних, встановлюється необхідність викладення обов'язкових та необов'язкових параметрів, методів моніторингу, формати таких даних (ч. 1 ст. 10). Кожна держава-член складає звіт про національну ситуацію стосовно питань, охоплених моніторинговою діяльністю (ч. 3 ст. 16).

**Директива Європейського Парламенту та Ради 2000/76/ЄС від 4 грудня 2000 р. про спалювання відходів** порушує питання про необхідність застосування різних заходів моніторингу в процесі застосування різних технологій та умов спалювання або спільного спалювання відходів (п. 16). Громадськість повинна мати доступ до звітів про функціонування та моніторинг станцій, які спалюють більше ніж три тони на годину, з метою бути поінформованою про їх потенційний вплив на довкілля та здоров'я людини (п. 31). Моніторинг умов спалювання відходів є елементом дефініцій спеціальних термінів, які вживаються у ст. 3 Директиви – станції спалювання відходів та станції спільного спалювання відходів. Здійсненню контролю та моніторингу присвячена ст. 10, в якій зазначається наступне.

Вимоги до вимірювання повинні бути встановлені в дозволі або в умовах, які додаються до дозволу, виданого компетентним органом. Належне встановлення та функціонування автоматичного устаткування для моніторингу викидів у повітря та воду повинно підлягати контролю та щорічному контрольному випробуванню. Періодичні вимірювання викидів у повітря та воду повинні виконуватися згідно з підпунктами 1 та 2 Додатку III. Моніторинг маси забруднюючих речовин у стічних водах, які очищуються, слід робити згідно із законодавством Співтовариства та встановленим у дозволі, а також частотою вимірювань, про що зазначається у ч. 15 ст. 11 даної Директиви. Моніторинг станції повинен бути доступним для громадськості (ч. 1 ст. 12).

**Директива Ради 91/689/ЄС від 12 січня 1991 р. про небезпечні відходи** спрямована на ретельне забезпечення моніторингу процесу знищення та відновлення небезпечних відходів. Це забезпечується, серед іншого, шляхом надання інформації стосовно діяльності з небезпечними відходами.

У **Директиві Ради 1999/31/ЄС від 26 квітня 1999 р. щодо полігонів захоронення відходів** зазначається про необхідність установаження упродовж операційного періоду та стадії рекультивації полігонів загальних процедур моніторингу для того, щоб виявляти будь-які можливі несприятливі впливи на навколишнє середовище від використання полігону та вживати відповідних коректуючих заходів (п. 23). Запропоновані дії з контролю та план моніторингу входять до заходів, які містяться у заявці на дозвіл полігону, що забезпечується з боку держав-членів (п. «f» ст. 7). У свою чергу, дозвіл на полігон захоронення відходів містить, зокрема, вимоги до підготовки полігону до дій з експлуатації та контролю, процедур моніторингу, включаючи плани надзвичайних ситуацій (п. 4.В Додатку III), а також тимчасові вимоги до дій із закриття та рекультивації (п. «с» ст. 9).

Серед вимог, яким мають відповідати контроль та моніторинг в експлуатаційній стадії та стосовно яких держави-члени вживають заходів, відповідно до ст. 12 даної Директиви зазначаються наступні: оператор полігону впродовж експлуатаційної стадії здійснює контроль та програми моніторингу, як визначено в Додатку III; оператор повідомляє компетентні органи стосовно будь-яких істотних несприятливих ефектів впливу на навколишнє середовище, виявлених у результаті контролю та моніторингу; якісний контроль аналітичних засобів контролю та моніторингу та/або аналізи, згадані в ст. 11 (1) «b» повинні виконуватися компетентними лабораторіями (пункти «а», «b» і «с» ст. 12). Даною Директивою передбачається, що після того, як полігон із захоронення відходів було остаточно закрито, оператор несе відповідальність за його обслуговування, контроль та моніторинг. Оператор повідомляє компетентні органи про будь-які істотні несприятливі ефекти для навколишнього середовища, виявлені відповідно до процедур моніторингу (п. «с» ст. 13).

У Додатку III під назвою «Контроль і моніторинг на стадіях експлуатації та рекультивації» окреслено мінімальні процедури для здійснення контролю та моніторингу.

**Директивою Ради 94/67/ЄС від 16 грудня 1994 р. про спалювання небезпечних відходів** наголошується на необхідності високих стандартів вимірювальної техніки з метою спостереження за викидами для забезпечення відповідності з допустимими межами викидів та концентрації забруднювачів. Наведене у ст. 2 даної Директиви визначення об'єкта спалювання відходів охоплює місце та установку в цілому, обладнану піччю, її відходи, паливе та систему кондиціонування повітря, а також пристрої й системи перевірки діяльності зі спалювання, безперервної фіксації даних та моніторингу умов спалювання. Згідно зі ст. 4 заява на видачу дозволу та рішення компетентних органів щодо нього, а також результати моніторингу стають доступними для громадськості відповідно до Директиви Ради 90/313/ЄС від 7 червня 1990 р. «Про вільний доступ до інформації, яка стосується навколишнього середовища».

**Директивою Ради 96/62/ЄС від 27 вересня 1996 р. щодо оцінки та контролю навколишньої атмосфери** зазначається, що для сприяння взаємному обміну інформацією між державами-членами і Європейським агентством з охорони довкілля (ЄАОД) Комісія за сприяння ЄАОД кожні три роки публікує доповідь про якість атмосферного повітря у Співтоваристві. Зокрема, звертається увага на вказівку про появу рівнів

забруднення, що перевищують граничну величину разом з межею допустимого перевищення, про дати або періоди спостереження таких рівнів (п. «і» ч. 1 ст. 11). Кожні три роки Комісія опублікує звіт про якість атмосферного повітря у Співтоваристві, що має узагальнювати інформацію, отриману в рамках механізму взаємного обміну інформацією між Комісією і державами-членами (п. «b» ч. 2 ст. 11).

**Регламентом Європейського Парламенту та Ради (ЄС) 1005/2009 від 16 вересня 2009 р. про речовини, що руйнують озоновий шар**, у п. 16 визначається система ліцензування щодо контрольованих речовин, яка включає в себе дозвіл експорту контрольованих речовин з метою поліпшення моніторингу та контролю торгівлі ОРР і створення умов для обміну інформацією між Сторонами. Даним Регламентом визначаються заходи з моніторингу незаконної торгівлі. Так, Комісія може вжити додаткових заходів з моніторингу контрольованих речовин або нових речовин і виробів та обладнання, що містить або використовує контрольовані речовини згідно з процедурами тимчасового зберігання, митного складування або вільної зони або під час транзиту через митну територію Співтовариства і подальшого реекспорту, на основі оцінки потенційних ризиків незаконної торгівлі, пов'язаних з такими переміщеннями, з урахуванням екологічних вигод та соціально-економічних наслідків таких заходів (ст. 19).

У **Директиві 2008/50/ЄС Європейського парламенту і Ради від 21 травня 2008 р. про якість атмосферного повітря та засоби його очистки** зазначається про проведення детальних вимірювань найдрібніших твердих часток для кращого розуміння впливу зазначених часток та напрацювання відповідних стратегій у сільських місцевостях. Такі вимірювання повинні узгоджуватися із засобами, передбаченими Програмою співробітництва з моніторингу та оцінки перенесення на великі відстані забруднюючих речовин у Європі (ЕМЕР), заснованою Конвенцією про транскордонне забруднення повітря, схваленою Рішенням 81/462/ЕЭС Ради від 11 липня 1981 р. (п. 8). П/п «с» п. 5 ст. 6 даної Директиви передбачається, що у відповідних випадках контроль повинен бути узгоджений зі стратегією моніторингу та планом вимірювань Програми співробітництва з моніторингу та оцінки перенесення на великі відстані забруднюючих речовин у Європі.

**Директивою 89/369/ЕЭС Ради Європейських Співтовариств від 8 червня 1989 р. про попередження забруднення повітря об'єктами спалювання побутового сміття** з метою забезпечення ефективного захисту навколишнього середовища, для видачі дозволу стосовно функціонування нових об'єктів, які спалюють побутове сміття, встановлено відповідні вимоги та умови. Такі вимоги повинні обов'язково включати зобов'язання із спостереження за дотриманням меж викидів деяких забруднювачів та відповідні умови спалювання, враховуючи технічний характер об'єкта та умови його діяльності. До визначення об'єкта спалювання побутового сміття згідно з п. 4 ст. 1, серед іншого, внесено і такі його складові, як пристрої та системи перевірки діяльності зі спалювання, безперервної фіксації даних моніторингу умов спалювання.

У низці нормативних документів Ради Європи визначено окремі питання щодо необхідності здійснення моніторингу в сфері поводження з джерелами високого радіоактивного випромінювання, радіоактивними речовинами та встановлення безпеки від іонізуючої радіації.

Так, **Директивою Ради 2003/122/ЄВРАТОМ від 22 грудня 2003 р. про контроль над закритими джерелами високого радіоактивного випромінювання і втраченими джерелами** в ст. 11 встановлено, що кожна держава-член повинна вчасно й швидко обмінюватися інформацією і співпрацювати з іншими відповідними державами-членами або третіми країнами, а також відповідними міжнародними організаціями з питань втрати, переміщення, крадіжки або виявлення джерел та щодо спостереження або розслідування без шкоди для відповідних вимог із забезпечення конфіденційності й відповідних національних постанов.

При цьому окремо обумовлюється, що запобігання радіологічним нещасним випадкам і травмам передбачає володіння інформацією щодо розміщення високоактивних джерел, облік і звірення яких ведеться з моменту випуску або ввезення на територію Співтовариства до моменту поміщення у призначений комплекс для їх подальшого довгострокового зберігання або знищення, або вивезення з території Співтовариства. Зміна стану високоактивних джерел, наприклад їхнє місце розташування або використання, також має реєструватися й повідомлятися (п. 9). Наголошується також і на необхідності передбачити придатні засоби для роботи із «втраченими» високоактивними джерелами міжнародного співробітництва та обміну інформацією в даній сфері (п. 14).

**Директива Ради 96/29/Євратом від 13 травня 1996 р.** встановлює основні стандарти безпеки для захисту здоров'я працівників та населення від небезпеки, що виникає від іонізуючої радіації, оскільки детально розглядає різні види моніторингу і порядок їх здійснення. Відповідно до її положень індивідуальний моніторинг здійснюється на систематичній основі для опромінених працівників категорії А та базується на індивідуальних вимірюваннях, які встановлені призначеною дозиметричною службою. У випадках, якщо працівники категорії А можуть отримати значне внутрішнє радіаційне забруднення, слід встановлювати адекватну систему моніторингу. Моніторинг працівників категорії В є щонайменше достатнім для доведення, що такі працівники правильно класифіковані в категорію В. Держави-члени можуть вимагати здійснення індивідуального моніторингу, та, якщо необхідно, індивідуального вимірювання, встановленого призначеною дозиметричною службою для працівників категорії В.

У випадках, якщо проведення індивідуального вимірювання є неможливим або неадекватним, індивідуальний моніторинг базується на проведенні оцінці або індивідуальних вимірюваннях інших опромінених працівників або результатів контролю за робочими місцями (ст. 25). Моніторинг у разі випадкового або аварійного опромінення здійснюється шляхом проведення оцінки відповідних доз та їх розповсюдження у ор-

ганізмі (ст. 26). Водночас, у випадку аварійного опромінення, у разі необхідності, виконуються індивідуальний моніторинг або оцінка індивідуальних доз.

До завдань держав-членів щодо захисту опромінених працівників належить встановлення системи або систем перевірок для провадження положень, введених відповідно до цієї Директиви, а також ініціювання заходів нагляду і втручання, де це необхідно. Кожна держава-член вимагає, щоб працівники мали доступ, за їх запитом, до результатів їх індивідуального моніторингу, включаючи результати вимірювань, які, можливо, використовувалися при оцінці або визначенні їх доз, здійснених у результаті вимірювань робочих місць (ст. 38). Під час захисту від опромінення наземними природними радіаційними джерелами для кожної роботи, яка задекларована як така, що викликає занепокоєння, держави-члени вимагають встановлення відповідних засобів для проведення моніторингу опромінення (ст. 41) та у разі аварійного професійного опромінення кожна держава-член вимагає здійснення радіологічного моніторингу й медичного контролю за спеціальними аварійними командами втручання (ст. 52).

У Директиві Парламенту та Ради (ЄС) 49/2002 від 25 червня 2002 р. щодо оцінки та боротьби із шумом навколишнього середовища зазначається, що країнам-членам має бути дозволено використання додаткових показників для спостереження або контролю особливих шумових ситуацій. При цьому йдеться і про створення бази даних стратегічних карт та проведення інших технічних або інформативних робіт, публікування кожні п'ять років короткого звіту про інформацію, отриману із стратегічних карт та планів дій (пункти 3–4 ст. 10). Звіт повинен містити перегляд акустичної якості навколишнього середовища у Співтоваристві на основі відповідних даних та враховувати науковий і технічний прогрес, а також усю іншу відповідну інформацію (п. 3 ст. 11).

У Директиві 2000/14/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 8 травня 2000 р. щодо наближення законів держав-членів стосовно шумового випромінювання у довкіллі шляхом використання обладнання на відкритому повітрі зазначається, що різні процедури оцінки відповідності можуть розглядатися як доцільні для різних категорій обладнання. Для обладнання при умові допустимих рівнів акустичної потужності процедура складається із залучення повідомленого органу для перевірки відповідності положенням цієї Директиви в проєкті. Фаза виробництва розглядається як така, що є доцільною. Самосертифікація вважається доцільною для обладнання тільки за умови шумового маркування. При цьому наголошується на обов'язковості моніторингу.

У Додатку VI до даної Директиви, яким визначається внутрішній контроль продукції з оцінкою технічної документації та періодичні перевірки, зазначається про частоту перевірок, яка повинна визначатися відповідно до результатів попередніх оцінок, необхідності моніторингу належних дій та подальшого нагляду для частоти перевірок.

У Директиві 80/68/ЄС Ради Європейського Співтовариства від 17 грудня 1979 р. щодо захисту підземних вод від забруднення деякими небезпечними речовинами зазначається, що компетентні органи держав-членів повинні проводити моніторинг дотримання передбачених дозволами умов і впливу скидів на підземні води. Особливо наголошується, що дозвіл не може бути видано відповідними органами держав-членів до тих пір, поки вони не пересвідчаться у забезпеченні необхідного моніторингу підземних вод, зокрема їх якості (ст. 8). Водночас, якщо прямі скиди можливі, в дозволі потрібно вказувати наступне: заходи, що дають можливість проводити моніторинг стічних вод, які скидаються в підземні водойми; при необхідності – заходи моніторингу підземних вод, зокрема їх якості (ст. 9). Останні необхідні й при утилізації або розміщенні речовин, які можуть призвести до непрямих викидів (ст. 10). Компетентні органи держав-членів Співтовариства повинні проводити моніторинг дотримання визначених у дозволах вимог та впливу скидів на підземні води (ст. 13).

Директивою 2000/60/ЄС Європейського Парламенту і Ради від 23 жовтня 2000 р. щодо встановлення рамок діяльності Співтовариства в галузі водної політики передбачено моніторинг стану поверхневих і ґрунтових вод і захищених зон. Так, держави-члени забезпечують започаткування програм моніторингу стану вод з метою встановлення послідовного всебічного нагляду за станом вод у межах кожного району басейну ріки; для поверхневих вод такі програми охоплюють: об'єм і рівень або швидкість потоку в межах, достатніх для визначення економічного і хімічного стану та економічного потенціалу, екологічний і хімічний стан і екологічний потенціал; для ґрунтових вод такі програми охоплюють моніторинг хімічного і кількісного стану; для земель, що охороняються, зазначені вище програми доповнюються тими технічними умовами, що містяться у законодавстві Співтовариства, за якими було встановлено охорону окремих земель. Наголошується у Директиві й на необхідності встановлення технічних умов і стандартизованих методів аналізу та моніторингу стану вод. Водночас такий моніторинг здійснюється відповідно до вимог Додатку V до даної Директиви, що передбачає:

– стан поверхневих вод, що включає моніторинг їх екологічного і хімічного стану, проєкт нагляду-моніторингу, проєкт моніторингу функціонування, проєкт дослідницького моніторингу, частоту моніторингу, додаткові вимоги щодо моніторингу стосовно зон, які знаходяться під охороною, стандарти для моніторингу складових якості;

– стан ґрунтових вод, що включає моніторинг їх кількісного стану, мережу моніторингу їх рівня, густоту місць моніторингу, частоту моніторингу, інтерпретацію і представлення кількісного стану ґрунтових вод, їх хімічний стан та параметри для його визначення, моніторинг хімічного стану ґрунтових вод, мережу моніторингу ґрунтових вод, нагляд – моніторинг, моніторинг функціонування, виявлення тенденцій у забруднювачах, інтерпретація і представлення їх хімічного стану.



У Директиві 2006/118/ЄС Європейського Парламенту і Ради від 12 грудня 2006 р. щодо захисту ґрунтових вод від забруднення і виснаження зазначається, що для забезпечення постійного захисту ґрунтових вод держави-члени ЄС, які мають транскордонні ґрунтові води, зобов'язані координувати свої дії щодо моніторингу, встановлення порогових мас значень і визначення відповідних небезпечних речовин. Наголошується, що достовірні і зіставні методи моніторингу ґрунтових вод є важливим елементом оцінки якості ґрунтових вод і сприяють вибору найбільш доцільних методів. Директивою передбачаються спеціальні заходи з попередження і контролю за забрудненням ґрунтових вод, які, зокрема, включають критерії оцінки їхнього доброго хімічного стану та критерії визначення суттєвих і постійних тенденцій до збільшення забруднюючих речовин з метою визначення відправних точок для обраних процесів (ст. 1).

Окреме місце серед джерел екологічного права ЄС посідає Директива Ради 98/83/ЄС від 3 листопада 1998 р. про якість води, призначеної для споживання людиною, метою якої є захист людського здоров'я від шкідливих впливів будь-якого забруднення води, призначеної для споживання людиною, шляхом забезпечення її безпечності та чистоти.

У ст. 7 визначається процедура здійснення моніторингу в даній сфері. Зокрема, держави-члени вживають усіх необхідних заходів для забезпечення здійснення постійного моніторингу якості води, призначеної для споживання людиною, з метою перевірки відповідності води, яка надається споживачам, вимогам цієї Директиви та, зокрема, параметричним значенням. З метою відповідності зобов'язанням, передбаченим ч. 1, компетентними органами заснуються належні програми моніторингу для всієї води, призначеної для споживання людиною. Вказані програми моніторингу повинні відповідати мінімальним вимогам, встановленим у Додатку II.

Компетентними органами визначаються пункти відібрання проб, які повинні задовольняти передбачені цією Директивою вимоги, розробляються керівні роз'яснення Співтовариства щодо моніторингу. Крім того, держави-члени повинні забезпечити диференційоване проведення додаткового моніторингу рідин та мікроорганізмів, щодо яких жодне параметричне значення не було встановлене, якщо існує підстава підозрювати, що вони можуть бути наявними у кількості або чисельності, що становить потенційну небезпеку для людського здоров'я. У Додатку II, який стосується виключно моніторингу, визначені параметри, які підлягають аналізу.

Одним із визначальних документів у сфері охорони й збереження усього живого на рівні екологічного права ЄС є **Всеевропейська стратегія збереження біологічного та ландшафтного різноманіття від 23–25 жовтня 1995 року**. У ній йдеться про те, що моніторинг та оцінка – це визначення заходів, які мають бути здійснені для контролю за результатами виконання плану дій і для моніторингу за змінами в економіці, довкіллі та суспільстві. Зокрема, зазначається, що план дій перетворює Всеєвропейську стратегію збереження біологічного та ландшафтного різноманіття на зримі завдання з цілями як якісного, так і кількісного характеру.

Результати виконання зазначених завдань мають відповідати попередньо узгодженим показникам. Таке періодичне порівняння становить суть процесу моніторингу. Уряди, що є Сторонами Стратегії, та приватні або громадські органи і організації, відповідальні за її впровадження, мають вибрати єдиний підхід у справі контролю за реальним ходом виконання. Наскільки це можливо, треба використати існуючі показники та програми моніторингу. Учасники процесу запровадження Стратегії повинні забезпечити, щоб проекти передбачали програми моніторингу, де б визначались конкретні показники, які підлягають контролю, методи та часові рамки, вихідні значення показників (п. 4.1).

Відповідно до Директиви Ради 92/43/ЄЕС від 21 травня 1992 р. про охорону природних середовищ існування дикої флори і фауни держави-члени створюють систему моніторингу випадків ненавмисного відлову та вбивства видів тварин, наведених у Додатку IV. На основі зібраної інформації держави-члени вживають додаткових заходів дослідницького або природоохоронного характеру згідно з відповідними вимогами, аби не допустити, щоб ненавмисні відлови та вбивства тварин мали суттєвий вплив на відповідні види (ст. 12).

У Директиві Європейського Парламенту і Ради від 16 грудня 2002 р. про навмисний випуск у навколишнє середовище генетично-модифікованих організмів, та яка скасовує Директиву Ради 90/220/ЄЕС 2001/18/ЄС, наголошується на існуванні потреби у визначенні спільної методології для проведення оцінювання екологічного ризику, що базувалася б на порадах незалежних науковців. Необхідно також визначити спільні цілі моніторингу генетично модифікованих організмів (далі – ГМО) після їхнього навмисного випуску або впровадження на ринок як продуктів або у складі інших продуктів. Моніторинг потенційних сукупних довготермінових наслідків слід розглядати як обов'язкову складову плану моніторингу. Стосовно оцінювання ризику для навколишнього середовища, положення цієї Директиви щодо управління ризиками, маркування, моніторингу, інформування громадськості та безпеки мають слугувати відповідним пунктом для дій щодо ГМО як продуктів, або у складі продуктів, затверджених згідно з іншими законодавчими актами Співтовариства, які мають у такий спосіб забезпечити проведення спеціального оцінювання екологічного ризику.

У даній Директиві йдеться про необхідність запровадження зобов'язань щодо впровадження плану моніторингу з метою відстежування і визначення будь-яких прямих або непрямих, негайних, віддалених або непередбачених наслідків для здоров'я людей або довкілля з боку ГМО як продуктів або у складі продуктів після їхнього впровадження на ринок. Держави-члени повинні мати змогу згідно з Договором вживати по-

дальших заходів для забезпечення моніторингу та інспектування, наприклад, шляхом створення офіційних служб з ГМО, впроваджених на ринок як продуктів або у складі продуктів. У ст. 20 даної Директиви визначається моніторинг і опрацювання нової інформації. Так, після впровадження ГМО на ринок як продукту або у складі продукту, нотифікатор забезпечує здійснення моніторингу і подання звітів згідно з умовами, зазначеними у дозволі. Звіти про проведення моніторингу подаються Комісії та компетентним органам держав-членів, на їх підставі відповідно до умов дозволу і в межах структури плану моніторингу, визначеної у дозволі. Компетентний орган, який отримав оригінальну нотифікацію, може адаптувати план моніторингу після завершення першого періоду моніторингу. Для забезпечення прозорості, результати моніторингу публікують для ознайомлення громадськості.

Окремо Додатком VII запроваджується план моніторингу, де описано в загальних рисах мету, яку передбачено досягти, та принципи, яких слід дотримуватись у процесі складання плану моніторингу.

У Директиві 2007/60/ЄС Європейського Парламенту і Ради від 23 жовтня 2007 р. про оцінку і управління ризиками затоплення зазначається, що для того, щоб мати у своєму розпорядженні ефективний інформаційний інструмент, а також придатну основу для встановлення пріоритетів і подальших технічних, фінансових та політичних рішень щодо управління ризиками затоплення, необхідно передбачити створення карт по зонах затоплення і карт ризиків затоплення, на яких будуть відображені потенційні негативні наслідки, пов'язані з різними сценаріями затоплення, у тому числі інформація про потенційні джерела забруднення навколишнього середовища внаслідок затоплення. У даному контексті держави-члени повинні оцінювати діяльність, яка може ускладнити ризики затоплення.

Базуючись на доступній інформації або на інформації, що може бути легко отримана, як, наприклад, реєстраційні дані і дослідження стосовно довготривалого розвитку, зокрема, стосовно впливу кліматичних змін на частоту затоплень, для оцінки потенційного ризику може здійснюватися попередня оцінка ризику затоплення (п. 2 ст. 4). Підготовка карт небезпек затоплень і карт ризиків затоплення для зон, спільних з іншими державами-членами, підлягає попередньому обміну інформацією між заінтересованими державами-членами (ст. 6).

Таким чином, нами було проаналізовано найбільш значимі положення джерел екологічного права ЄС, які в подальшому можуть стати модельними для України в регулюванні еколого-моніторингових відносин. Ураховуючи мету, завдання, особливості, механізм здійснення та правового забезпечення екологічного моніторингу, можна стверджувати про те, що екологічний моніторинг є ефективним інструментом екологічної політики, гарантією еколого-інформаційного забезпечення органів екологічного управління і заінтересованої громадськості. Екологічний моніторинг має і в подальшому залишатись предметом комплексних та міждисциплінарних досліджень.

Вагомість екологічного моніторингу для прогнозування екологічних ризиків має враховуватись законодавцем у процесі вдосконалення екологічного законодавства в руслі європейських та міжнародних підходів, тому національне екологічне законодавство потребує адаптації до положень, вимог і стандартів ряду європейських директив, регламентів, рішень та інших джерел екологічного права ЄС. Важливою є також гармонізація національного законодавства із законодавством розвинутих європейських держав у сфері екології, попередження ризиків і надзвичайних екологічних ситуацій з використанням інформації, отриманої за результатами функціонування системи екологічного моніторингу в Україні, в інших державах, даних глобального екологічного моніторингу.

Доцільно було б оцінити ефективність виконання положень не лише законодавчого рівня, а й політико-правових документів концептуального характеру (концепцій, стратегій, основних напрямів, програм тощо) в сфері організаційно-правового, економічного, наукового, інформаційного, кадрового, соціально-психологічного та іншого забезпечення еколого-моніторингових праввідносин і форм участі України в сучасних євроінтеграційних процесах.

Напрацювання єдиних підходів до адаптації законодавства України та ЄС на законодавчому рівні сприятиме: подоланню фрагментарності політико-концептуального та нормативно-правового регулювання відносин міжнародного співробітництва та євроінтеграції; об'єднанню нормативно-правових і політико-концептуальних положень у єдину зрозумілу для фахівців та екологічно заінтересованої громадськості систему; підвищенню рівня еколого-правової культури громадян та суспільства; належному забезпеченню ефективної системи захисту населення та територій у разі надзвичайних екологічних ситуацій та гарантуванню екологічної безпеки у сфері цивільного захисту (наприклад, шляхом проведення моніторингу щодо здійснення оцінки і управління ризиками затоплення тощо).

З метою удосконалення правового регулювання еколого-моніторингових відносин у нашій державі пропонується: підтримати наукові пропозиції<sup>4</sup> щодо необхідності прийняття Закону України «Про екологічний моніторинг», розробити його наукову модель; подолати фрагментарність у створенні підзаконного нормативно-правового механізму здійснення екологічного моніторингу.

<sup>1</sup> Нормативно-правові акти наведено відповідно до офіційного сайту Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>

<sup>2</sup> Див.: Позняк Е. В. Правові проблеми розвитку інституту екологічного моніторингу в Україні / Е. В. Позняк // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. – 2013. – № 6–2. – Т. 2. – С. 62–66. – (Серія «Юриспруденція»); Позняк Е. В. Міжнародно-правові підходи до здійснення екологічного моніторингу в Україні / Е. В. Позняк, Т. А. Шараєвська // Науковий віс-

ник Міжнародного гуманітарного університету. – 2014. – Вип. 10-1. – Т. 2. – С. 45–51. – (Серія «Юриспруденція»); Правові форми екологічного контролю: навч. посіб. / М. В. Краснова, Е. В. Позняк, Т. О. Коваленко [та ін.] / за ред. М. В. Краснової. – К.: Алерта, 2012. – С. 178–260; *Шараєвська Т. А.* Європейсько-правові підходи до здійснення екологічного моніторингу / Т. А. Шараєвська // Development of Legal Regulation in East Europe: Experience of Poland and Ukraine. International scientific practical conference (Sandomierz, Poland, January 27–28, 2017) / Humanities and Natural Sciences University in Sandomierz. – Sandomierz. – 2017. – С. 61–64.

<sup>3</sup> *Микієвич М. М.* Європейське право навколишнього середовища: навч. посіб. / М. М. Микієвич, Н. І. Андрусевич, Т. О. Бурдякова. – Л.: Львівський національний університет імені Івана Франка; Благодійний фонд «ЕКОПРАВО-ЛЬВІВ», 2004. – С. 33–35.

<sup>4</sup> Див.: *Позняк Е. В.* Правові проблеми розвитку інституту екологічного моніторингу в Україні / Е. В. Позняк // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. – 2013. – № 6–2. – Т. 2. – С. 65; *Позняк Е. В.* Міжнародно-правові підходи до здійснення екологічного моніторингу в Україні / Е. В. Позняк, Т. А. Шараєвська // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. – 2014. – Вип. 10-1. – Т. 2. – С. 51; *Позняк Е. В.* Поняття моніторингу довкілля (екологічного моніторингу) як превентивної форми екологічного контролю / Е. В. Позняк // Правові форми екологічного контролю: навч. посіб. / М. В. Краснова, Е. В. Позняк, Т. О. Коваленко [та ін.] / за ред. М. В. Краснової. – К.: Алерта, 2012. – С. 178–260. – С. 199; *Шарапова С. В.* Правове забезпечення екологічного моніторингу в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.06 / С. В. Шарапова ; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2002. – С. 16.

#### Резюме

**Позняк Е. В., Шараєвська Т. А.** Правові засади здійснення екологічного моніторингу в Україні в руслі європейських підходів.

У статті досліджено європейські підходи до правового регулювання відносин із здійснення екологічного моніторингу з метою адаптації національного екологічного законодавства до законодавства Європейського Союзу, усунення недоліків та прогалин. Внесено пропозиції стосовно врахування європейських правових підходів до регулювання відносин із здійснення екологічного моніторингу в чинному законодавстві України.

**Ключові слова:** екологічний моніторинг, законодавство Європейського Союзу, моніторинг довкілля, моніторингові дослідження, спостереження за станом довкілля.

#### Резюме

**Позняк Э. В., Шараевская Т. А.** Правовые основания осуществления экологического мониторинга в Украине в русле европейских подходов.

В статье исследованы европейские подходы к правовому регулированию отношений по осуществлению экологического мониторинга с целью адаптации национального экологического законодательства к законодательству Европейского Союза, устранения недостатков и пробелов в законодательстве. Внесены предложения по учету европейских правовых подходов к регулированию отношений по осуществлению экологического мониторинга в действующем законодательстве Украины.

**Ключевые слова:** законодательство Европейского Союза, мониторинговые исследования, мониторинг окружающей среды, наблюдение за состоянием окружающей среды, экологический мониторинг.

#### Summary

**Pozniak E., Sharaievska T.** Legal basis of the environmental monitoring in Ukraine in line of European approaches.

The article investigates European approaches to legal regulation of relations on the implementation of environmental monitoring in order to adapt national environmental legislation to the legislation of the European Union, eliminate deficiencies and gaps. Proposals were made regarding the consideration of European legal approaches to the regulation of relations on the implementation of environmental monitoring in the current legislation of Ukraine.

**Key words:** ecological monitoring, environmental monitoring, EU legislation, monitoring of the environment, monitoring surveys.

УДК 341.1/8; 347.8

#### В. В. СЕМЕНЯКА

*Василь Васильович Семеняка, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

### ПЕРСПЕКТИВИ ВИКОРИСТАННЯ КОСМІЧНИХ ТЕХНОЛОГІЙ У СФЕРІ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ

Невід'ємною умовою та запорукою розв'язання актуальних завдань щодо забезпечення сталого розвитку держави, її національної безпеки та обороноздатності є застосування космічної техніки та космічних технологій. Провадження діяльності у сфері дослідження та використання космічного простору визнається пріоритетним напрямом господарської, наукової та оборонної діяльності багатьох держав світу.

На законодавчому рівні до категорії сучасних викликів у секторі національної безпеки України віднесено, зокрема, збройну агресію і порушення територіальної цілісності України (тимчасова окупація Російсь-

кою Федерацією Автономної Республіки Крим, міста Севастополя та військова агресія Російської Федерації в окремих районах Донецької і Луганської областей), а також нарощування військової потужності Російської Федерації в безпосередній близькості до державного кордону України. В окрему групу актуальних загроз національній безпеці виокремлюється потенційна можливість розгортання тактичної ядерної зброї на території Автономної Республіки Крим<sup>1</sup>.

Як усунути або мінімізувати вказані загрози національній безпеці України, ефективно забезпечити відсіч зовнішньої агресії та створити умови для відновлення територіальної цілісності України? Не викликає сумнів, що вирішення даного питання потребує мобілізації усіх політичних, економічних, воєнних та соціальних можливостей держави і суспільства, що передбачає комплексне планування дій, централізоване керівництво та координацію зусиль складових сектору безпеки і оборони, державних та громадських організацій, об'єднаних спільними цілями.

У контексті зростання викликів і посилення загроз національній безпеці актуалізується потреба проведення дієвої державно-правової політики щодо прогнозування, запобігання і нейтралізації реальних та потенційних загроз. Вочевидь, на сучасному етапі вирішення проблем у сфері національної безпеки є можливим за умови передусім поліпшення оборонного космічного потенціалу. Інакше кажучи, правовою передумовою забезпечення національної безпеки та підвищення обороноздатності держави є ефективне використання навколоремного космічного простору та можливостей, які надає здійснення сучасних видів космічної діяльності.

Слід зазначити, що сучасні інформаційні космічні технології знайшли широке застосування у воєнній сфері. У навколоремному космічному просторі здійснюється експлуатація космічних апаратів, які призначені для забезпечення військово-політичного керівництва країн, збройних сил, стратегічних, оперативних і тактичних угруповань інформацією, необхідною для прийняття важливих політичних і військових рішень<sup>2</sup>.

Володіння достовірною космічною інформацією про склад, положення, стан, характеристики та функціонування об'єктів противника дає можливість постійно оцінювати елементи воєнно-політичної, воєно-економічної та воєнно-стратегічної обстановки<sup>3</sup>, напрями розвитку його озброєння та військово-економічний потенціал; цілеспрямовано розбудовувати збройні сили, удосконалювати свою зброю, форми і способи їх стратегічного використання для відбиття агресії та забезпечення перемоги у війні; оптимально планувати операції і забезпечувати підтримання збройних сил у встановлених ступенях бойової готовності, своєчасно корегувати плани застосування збройних сил, підвищувати ефективність воєнних дій<sup>4</sup>.

Між тим для розв'язання цих завдань використовуються не тільки військова космічна техніка (наприклад, космічні апарати розвідки), а й космічні апарати цивільного призначення, зокрема, супутники дистанційного зондування (спостереження) Землі із космосу. Дистанційне зондування Землі забезпечує унікальні можливості оперативного збору даних в глобальному масштабі з високим просторовим, спектральним та часовим розрізненням, що й визначає великі інформаційні можливості космічних систем, можливість їх воєнного використання та потенційну економічну ефективність<sup>5</sup>. Це космічні апарати подвійного призначення, що спеціально не призначені для військового використання, але можуть бути застосовані у воєнних цілях для виконання певних завдань.

Як показує світова практика проведених воєнних операцій, невід'ємною їх складовою є використання розвідувальних, навігаційних, комунікаційних та метеорологічних космічних апаратів. За оцінками військових експертів, під час воєнної операції коаліційних сил у Персидській затоці в 1991 р. космічна техніка в кількості 86 космічних апаратів застосовувалася на всіх етапах її реалізації. Там використовувалися 29 космічних апаратів США, чотири з яких – це супутники видової розвідки, два – попередження про ракетний напад, 36 – супутників навігації та три – метеорологічних супутники. Воєнні дії НАТО у Югославії (1999 р.) також здійснювалися із активним впровадженням інформаційно-космічних технологій: 120 космічних апаратів використовувалися для навігації (27), зв'язку (36), розвідки (35) та метеорологічного забезпечення воєнної операції (19). А воєнні дії США в Іраку (2003 р.) супроводжувалися використанням космічних апаратів (орієнтовно в кількості 60 космічних апаратів різноманітного цільового призначення), серед яких 28 космічних апаратів системи навігаційних супутників, дистанційного зондування Землі<sup>6</sup>. Як бачимо, інформаційно-космічне забезпечення військових дій, включаючи оптико-електронне та радіолокаційне космічне спостереження, є важливим способом підвищення ефективності воєнних операцій.

Так, за допомогою космічних апаратів видової розвідки є можливість оперативного одержання даних щодо озброєння, військової техніки, військових та військово-промислових об'єктів у будь-якому районі Земної кулі. Військові космічні апарати розвідки дають змогу, зокрема, здійснювати стеження за змінами в бойовому і чисельному складі, в угрупованнях, дислокації, організаційній структурі та технічній оснащеності збройних сил імовірного агресора, в організації протиповітряної оборони, виявлення надходження на озброєння військ противника нових засобів боротьби<sup>7</sup>.

Доведено, що використання сучасних космічних технологій дає можливість своєчасно отримувати достовірну інформацію та оперативно реагувати на існуючі виклики й загрози. Інформаційне забезпечення бойових дій збройних сил спрямоване на виявлення ранніх ознак підготовки противника до війни, встановлення факту (початку) ракетно-ядерного нападу, забезпечення розвідувальними даними керівництва держави і збройних сил, контроль за результатами ракетно-ядерних ударів, навігаційне забезпечення операцій збройних сил, гідрометеорологічне й топогеодезичне забезпечення, оперативне спостереження за обстановкою, контроль за радіаційною обстановкою та вирішення інших завдань забезпечення бойових дій<sup>8</sup>.

На даний час найбільшу кількість супутників виключно військового призначення мають США – 151 космічний апарат. Друге місце посідає Російська Федерація, що володіє 81 військовим космічним апаратом, а третє – КНР, за якою – 58 космічних апаратів. При цьому країни Європейського Союзу разом володіють 35 супутниками військового призначення<sup>9</sup>.

Очевидною є необхідність формування та розвитку організаційно-правового механізму реалізації стратегічної мети космічної діяльності, її провадження в інтересах національної безпеки та обороноздатності держави на довгострокову перспективу. Це є вкрай актуальною державницько-правовою проблемою, яка потребує, зокрема, виваженого використання матеріально-технічних і фінансових ресурсів для вирішення комплексу поточних та перспективних завдань України.

Вочевидь, володіння Україною космічною технікою оборонного та подвійного призначення, космічними апаратами видової розвідки, допомогло б вирішити комплекс воєнно-оборонних завдань на Донбасі, в тому числі запобігти трагедіям в Іловайську, в Дебальцевому, а також взяти активну участь у розслідуванні обставин авіаційної катастрофи повітряного судна Boeing 777 (2014 р.), забезпечити ефективний контроль щодо виконання сторонами Мінських угод, ситуації в Криму. За допомогою супутників дистанційного зондування (моніторингу) Землі на основі застосування новітніх космічних технологій можна було б одержувати оперативну інформацію про формування військових з'єднань і частин Російської Федерації на тимчасово окупованій території, а також постачання бойовиків, військової техніки та засобів матеріально-технічного забезпечення.

Наша держава має фундаментальні досягнення у сфері створення ракетно-космічної техніки, але по факту, зокрема, недостатності бюджетного фінансування космічної діяльності в інтересах національної безпеки і оборони, вимушена стати споживачем іноземної космічної інформації.

Важливою складовою вирішення проблем національної безпеки та обороноздатності держави, на наш погляд, має стати реальне підвищення ефективності використання науково-технологічного космічного потенціалу України, його фінансово-правове забезпечення. Провадження національної космічної діяльності повинно забезпечити саме довгострокові інтереси держави у сфері безпеки та обороноздатності.

Положеннями Закону України «Про космічну діяльність»<sup>10</sup> закріплено правові передумови для фінансування космічної діяльності за рахунок коштів Державного бюджету України (за державним оборонним замовленням). Водночас передбачається, що визначення потреб України у космічній техніці цивільного, оборонного та подвійного призначення повинно міститися у державних науково-технічних космічних програмах України, які розробляються на п'ять років і затверджується Верховною Радою України за поданням Кабінету Міністрів України.

Разом із тим ст. ст. 26, 28 Закону України «Про космічну діяльність» встановлено, що космічна діяльність у сфері оборони та національної безпеки здійснюється Міністерством оборони України, яким розробляються концептуальні основи державної космічної політики та загальнодержавна цільова науково-технічна космічна програма України в частині, пов'язаній зі створенням та використанням космічної техніки військового призначення.

Аналіз загальнодержавної цільової науково-технічної космічної програми України на 2013–2017 рр.<sup>11</sup> свідчить про те, що нею запланована реалізація певних заходів із застосуванням космічних технологій у напрямі забезпечення національної безпеки та обороноздатності держави. Наприклад, створення Системи контролю та аналізу космічної обстановки для здійснення спостережень за навколосемним космічним простором. Водночас Концепція реалізації державної політики у сфері космічної діяльності на період до 2032 р.<sup>12</sup> передбачає забезпечення на замовлення державних органів, що здійснюють повноваження у сфері національної безпеки та оборони, зокрема, надання послуг супутникового зв'язку та ретрансляції даних, координатно-часового й навігаційного забезпечення, здійснення контролю та проведення аналізу космічної обстановки; гарантоване і оперативне надання інформації, отриманої від супутників дистанційного зондування, та технічної підтримки щодо створення сучасних технологій її спеціального використання.

Сьогодні можна констатувати неефективність державно-правової космічної політики щодо провадження космічної діяльності в інтересах оборони та безпеки України. Її здійснення, як засвідчує практика, є вкрай недостатньою для забезпечення протидії сучасним зовнішнім та внутрішнім викликам. Інакше кажучи, незважаючи на наявний космічно-технічний потенціал України, його використання не задовольняє існуючі потреби у сфері безпеки та обороноздатності держави.

Нині в Україні завершується реалізація п'ятої державної науково-технічної космічної програми, проте наша держава не має в експлуатації ані супутників дистанційного зондування Землі (подвійного призначення) для використання у мирних або воєнних цілях, ані супутників військового призначення. Наразі на 2018 р. заплановано здійснити запуск супутника оптичного спостереження Землі «Січ-2М», який призначений для отримання цифрових знімків земної поверхні з високою роздільною здатністю у видимому і інфрачервоному діапазонах електромагнітного спектра.

Безумовно, певний імпульс правовому регулюванню використання космічних технологій у секторі національної безпеки повинні надати положення Концепції реалізації державної політики у сфері космічної діяльності на період до 2032 р. та п. 4.4 Стратегії національної безпеки України<sup>13</sup>, якою передбачається створення сучасної системи аерокосмічної розвідки на основі нових технологічних рішень, що вже знайшло відображення у проекті Концепції загальнодержавної цільової науково-технічної космічної програми України на 2018–2022 роки<sup>14</sup>.

Однак нормативне закріплення у Загальнодержавних цільових науково-технічних космічних програмах України використання космічних технологій у сфері національної безпеки і оборони, як показала практика їхньої реалізації, не є ефективним засобом космічно-правового регулювання відповідних відносин на довгострокову перспективу, оскільки їх положення є ситуативним реагуванням на проблеми сектору національної безпеки. У програмах містяться визначення окремих напрямів використання космічних технологій у сфері національної безпеки на п'ять років, коли наявна потреба законодавчого передбачення довгострокових інтересів держави.

Інформаційні космічні технології мають стати невід'ємною складовою розв'язання загальнодержавних завдань сектору національної безпеки та оборони держави. Прискорення процесів створення та використання сучасної космічної техніки оборонного та подвійного призначення дасть змогу підвищити ефективність дій Збройних Сил України, сприятиме розв'язанню завдань з попередження небезпек та ризиків для національних інтересів України.

У світлі сучасних викликів та загроз національній безпеці України нагальною є необхідність удосконалення державно-правового регулювання космічної діяльності з метою підвищення ефективності використання вітчизняного космічного потенціалу у сфері оборони держави у мирний та воєнний час. Це має відбуватися шляхом внесення змін до розділу VI Закону України «Про космічну діяльність» («Космічна діяльність у сфері оборони та безпеки України»), в якому слід закріпити правові засади державної космічної політики щодо практичного використання можливостей та результатів космічної діяльності для забезпечення розв'язання актуальних завдань національної безпеки та обороноздатності держави саме на довгострокову перспективу. Зокрема, слід передбачити основні законодавчі принципи, мету створення і використання космічної техніки оборонного та подвійного призначення; особливості державного регулювання її розробки, виробництва та експлуатації. Встановлення базових вихідних правових основ сприятиме визначенню потреб держави у відповідній космічній техніці, розвитку космічних технологій та їх інтеграції до реального сектору національної економіки і сфери національної безпеки та оборони. Відтак, за рахунок розвитку космічних технологій (оборонного і подвійного призначення) Збройні Сили України, військові та спеціальні підрозділи будуть реально забезпечені супутниковим зв'язком та навігацією, а також потрібною космічною інформацією.

<sup>1</sup> Воєнна доктрина України: Указ Президента України від 24 вересня 2015 р. № 555/2015 // Урядовий кур'єр. – 2015. – № 178. – 26 вересня.

<sup>2</sup> *Пермяков О. Ю.* Використання інформаційних технологій та застосування космічних систем в інтересах військ (сил): підруч. / О. Ю. Пермяков, В. Г. Солонніков, Ю. Б. Прибілев та ін. – К.: НУОУ ім. Івана Черняхівського, 2014. – С. 68.

<sup>3</sup> *Негода О. О.* Зарубіжні системи дистанційного зондування Землі з космосу подвійного призначення. Історія створення, принципи дії, застосування і перспективи розвитку / О. О. Негода, В. Б. Толубко, С. П. Мосов. – К.: НАОУ, 2005. – С. 6.

<sup>4</sup> *Пермяков О. Ю.* Вказана праця. – С. 87.

<sup>5</sup> *Негода О. О.* Вказана праця. – С. 45.

<sup>6</sup> *Присяжнюк С. П.* Роль космических средств в «сетцентрической» войне / С. П. Присяжнюк, Н. В. Груздев, А. Н. Дорохов // Информационная и космос. – 2016. – № 1. – С. 140.

<sup>7</sup> *Негода О. О.* Вказана праця. – С. 48–49.

<sup>8</sup> *Пермяков О. Ю.* – С. 86.

<sup>9</sup> *Лузин Павел.* Военный космос / Павел Лузин: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://intersectionproject.eu/ru/article/security/voennyy-kosmos>

<sup>10</sup> Про космічну діяльність: Закон України від 15 листопада 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 1. – Ст. 2.

<sup>11</sup> Загальнодержавна цільова науково-технічна космічна програма України на 2013–2017 роки: Закон України від 5 вересня 2013 р. // Відомості Верховної Ради. – 2014. – № 20–21. – Ст. 725.

<sup>12</sup> Концепція реалізації державної політики у сфері космічної діяльності на період до 2032 року: розпорядження Кабінету Міністрів України від 30 березня 2011 р. № 238 // Урядовий кур'єр. – 2011. – № 92. – 24 травня.

<sup>13</sup> Стратегія національної безпеки України: Указ Президента України від 26 травня 2015 р. № 287/2015 // Урядовий кур'єр. – 2015. – № 95. – 29 травня.

<sup>14</sup> Концепція Загальнодержавної цільової науково-технічної космічної програми України на 2018–2022 роки: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nkau.gov.ua/nsau/catalognew.nsf/mainU/748FADA63F1B81D8C2257E6600435D65?open>

### Резюме

#### **Семеняка В. В. Перспективи використання космічних технологій у сфері національної безпеки.**

У статті розглядаються правові аспекти здійснення космічної діяльності у напрямі підвищення оборонного потенціалу держави. Визначено, що космічні технології є невід'ємною складовою розв'язання загальнодержавних завдань сектору національної безпеки та оборони держав. Доводиться необхідність визначення правових засад державної космічної політики щодо практичного використання можливостей та результатів космічної діяльності для забезпечення розв'язання актуальних завдань національної безпеки та обороноздатності держави.

**Ключові слова:** космічна діяльність, космічні технології, космічна апарати, національна безпека, обороноздатність.

### Резюме

#### **Семеняка В. В. Перспективы использования космических технологий в сфере национальной безопасности.**

В статье рассматриваются правовые аспекты осуществления космической деятельности в направлении повышения оборонного потенциала государства. Определено, что космические технологии являются неотъемлемой составляющей решения общегосударственных задач сектора национальной безопасности и обороны государств. Доказывается необходимость опреде-

лення правових основ державної космічної політики по практичному використанню можливостей і результатів космічної діяльності для забезпечення рішення актуальних задач національної безпеки і обороноздатності держави.

**Ключевые слова:** космічна діяльність, космічні технології, космічні апарати, національна безпека, обороноздатність.

#### Summary

##### *Semenyaka V. Prospects for the use of space technologies in the field of national security.*

The article deals with the legal aspects of space activities towards improving the defense capabilities of the state. It was determined that space technologies are an integral part of the solution of national problems of national security and defense sector states. The necessity of determining the legal framework of public space policy on the practical use of the opportunities and results of space activities for solving urgent problems of national security and national defense.

**Key words:** space activities, space technology, space vehicles, national security, defense capability.

УДК 349.42

#### А. І. БРІНЦОВ

*Артем Ігорович Брінцов, головний консультант судді Верховного Суду України, аспірант Національного університету біоресурсів і природокористування України*

### КОДИФІКАЦІЯ АГРАРНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ: КОНСТИТУЦІЙНИЙ АСПЕКТ

Базовим підґрунтям функціонування, європейського становлення та розвитку нашої країни є Конституція України<sup>1</sup>. Вже понад 20 років Основний Закон здійснює генеруючу і визначальну функції щодо нині чинних та майбутніх нормативно-правових актів, об'єднуючи їх в єдину узгоджену систему національного законодавства, одне із провідних місць у якій належить аграрному законодавству України.

Потужний природно-ресурсний потенціал для інтенсивного розвитку агропромислового комплексу, особливі якісні характеристики ґрунтів і сприятливі кліматичні умови роблять Україну однією із найбільших аграрних держав світу та створюють передумови її лідерства у цій галузі, основною рушійною силою чого є саме аграрне законодавство. За таких обставин питання реформування і вдосконалення аграрного законодавства України шляхом його кодифікації не втрачає своєї актуальності та належить до числа найбільш обговорюваних у площині теоретичних науково-правових дискусій.

Наукове дослідження окремих питань, присвячених кодифікації законодавства, у тому числі кодифікації аграрного законодавства України, здійснювали такі вітчизняні та зарубіжні вчені, як: В. М. Єрмоленко, В. П. Жушман, А. М. Статівка, Н. І. Титова, В. Ю. Уркевич, М. М. Чабаненко, В. З. Янчук та ін.

Проте комплексне дослідження визначальної ролі Конституції України у проведенні кодифікації вітчизняного аграрного законодавства не знайшло відображення у сучасних наукових розробках, що зумовлює актуальність пошуку у відповідному напрямі.

**Метою** цієї статті є визначення ролі Основного Закону України при проведенні кодифікації аграрного законодавства, а також спроба розкриття її впливу на зміст відповідного майбутнього кодифікованого акта.

Підґрунтям кодифікації аграрного законодавства України є Конституція, вона відіграє змістоутворюючу роль у цьому процесі та формує вектор розвитку всього аграрного законодавства. Відтак, кодифікація цієї галузі законодавства передбачає дослідження визначального впливу на неї Конституції, системний аналіз втілення конституційних постулатів у аграрному законодавстві загалом і майбутньому кодифікованому акті зокрема, а також побудову майбутньої моделі суспільних відносин в аграрному секторі економіки, розвиток яких і досі триває, проте у цілому встановлений саме Конституцією.

Відповідно до частини другої ст. 8 Основного Закону Конституція України має найвищу юридичну силу; закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй.

У Конституції наведено й інші базові принципи, зокрема демократизму, гласності, захисту основоположних прав і свобод людини, законності тощо. Вони є всеохоплюючими та прямо визначають основу будь-яких суспільних відносин у нашій країні, в тому числі й відносин, що виникають у процесі кодифікації. Тому характерною особливістю цього процесу є певний дуалізм – загальнодержавні конституційні принципи поширюються як на сам кодифікаційний процес, так і безпосередньо відтворюються у його результаті – кодифікованому акті аграрного законодавства. При цьому, як зазначає Н. І. Титова, соціальна держава зобов'язана спеціально дбати про добробут селян, наближення умов їх життя та праці до відповідного рівня громадян міста<sup>2</sup>.

Основним призначенням кодифікації аграрного законодавства України як особливої форми систематизації є переробка і вдосконалення аграрного законодавства, системне упорядкування аграрно-правових норм і зведення їх в якісну, послідовну і логічно обумовлену систему. Основу цієї системи становитимуть постулати Конституції, загальні імперативи яких розкриватимуться у приписах кодифікованого акта аграрного законодавства.

Так, регулюючи суспільні відносини в аграрній сфері, норми конституційного права безпосередньо визначають правовий режим основних засобів виробництва в сільському господарстві – землі, її надр, атмосферного повітря, водних та інших природних ресурсів у межах території України, природних ресурсів її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони, та гарантій прав на них (ст. ст. 13, 14 Конституції України), встановлюють форми власності, у тому числі акцентують увагу на захисті права приватної власності (ст. 41 Основного Закону), визначають свободу підприємницької діяльності (ст. 42 Конституції України), право на достатній життєвий рівень, який включає достатнє харчування (ст. 48 Основного Закону) тощо. Конституція забезпечує базис формування майнових відносин у сільському господарстві та правової свободи розвитку аграрного підприємництва. Закріплення в Основному Законі принципу рівності різних форм власності, згідно з яким здійснюється аграрно-виробнича діяльність фізичних та юридичних осіб, захисту прав усіх суб'єктів права власності й господарювання, соціальної спрямованості економіки, проголошення свободи праці та можливостей вибору професії і роду трудової діяльності є результатом процесу реформування умов політичного і соціально-економічного життя в Україні, що відчутно впливає на аграрні відносини та визначає зміни у їх правовому регулюванні<sup>3</sup>.

Одним із ключових положень Конституції України, що спрямовують розвиток аграрних відносин, є визначення основ національної безпеки. Відповідно до частини першої ст. 17 Конституції захист суверенітету і територіальної цілісності України, забезпечення її економічної та інформаційної безпеки є найважливішими функціями держави, справою всього Українського народу. Згідно з частиною другою ст. 8 Закону України «Про основи національної безпеки України» від 19 червня 2003 р. № 964-IV<sup>4</sup> одним із основних напрямів державної політики з питань національної безпеки України в економічній сфері є забезпечення продовольчої безпеки. Критичний стан з продовольчим забезпеченням населення є одним із основних реальних та потенційних загроз національній безпеці України і стабільності в суспільстві в економічній сфері (ст. 7 цього Закону).

Забезпечення продовольчої безпеки держави прямо пов'язано з конституційним принципом економічного суверенітету України та полягає у задоволенні потреб населення і промисловості у сільськогосподарській продукції. Виробництво такої продукції здійснюється виключно у процесі сільськогосподарської діяльності за безпосереднього опосередкування цієї діяльності аграрними майновими правовідносинами<sup>5</sup>. Сукупність норм, які регулюють відносини у сфері забезпечення продовольчої безпеки України, становлять самостійний інститут аграрного права<sup>6</sup>, а, на думку деяких вчених, – навіть самостійну підгалузь аграрного права<sup>7</sup>. Отже, очевидно, що такі норми мають знайти відображення у відповідному розділі кодифікованого акта аграрного законодавства (Аграрного кодексу України), підґрунтя якого становитимуть положення Конституції та зазначених законів України.

З-поміж іншого варто звернути увагу на конституційні засади участі в аграрних відносинах органів державної влади. За змістом ст. 116 Основного Закону Кабінет Міністрів України забезпечує державний суверенітет і економічну самостійність України, виконання Конституції і законів України, проведення фінансової, цінової, інвестиційної та податкової політики, політики у сферах охорони природи, екологічної безпеки і природокористування, розробляє й здійснює загальнодержавні програми економічного, науково-технічного, соціального і культурного розвитку України, забезпечує рівні умови розвитку всіх форм власності; здійснює управління об'єктами державної власності відповідно до закону. Конституційно-правовий статус місцевих органів виконавчої влади та їх основні повноваження встановлено ст. ст. 118, 119 Основного Закону.

З об'єктивної сторони не виникає сумнівів щодо визначальної ролі держави та органів її виконавчої влади, задекларованої Конституцією, у спрямуванні розвитку аграрних відносин в Україні, проте з огляду на не визначення у нормах Основного Закону основ державної підтримки сільського господарства така роль видається більше обмежувальною, ніж стимулюючою. Відтак, вбачається за доцільне розкрити основи державної підтримки аграрного сектору і сільськогосподарського виробництва в Україні (зокрема і децентралізованої – на місцях) саме в Аграрному кодексі України. Варто зазначити, що в юридичній літературі<sup>8</sup> вже висловлювались пропозиції щодо необхідності систематизації законодавства про державну підтримку сільського господарства шляхом його консолідації як передумови подальшої кодифікації аграрного законодавства.

Із суб'єктивної сторони у приписах кодифікованого акта аграрного законодавства на основі Конституції необхідно визначити форми участі держави та територіальних громад в особі їх уповноважених органів – як суб'єктів аграрних і аграрно-земельних правовідносин. У тому числі слід визначити правовий статус відповідних державних і комунальних сільськогосподарських підприємств, можливість створення яких передбачено Основним Законом тощо.

Разом із тим кодифікаційний процес завжди є офіційною формою систематизації, що здійснюється в межах нормотворчої діяльності<sup>9</sup>, тобто має на меті послідовну процедуру розробки нормативно-правового акта із дотриманням стадій законодавчого процесу, зокрема передбачених ст. ст. 89, 91, 94 Основного Закону. Єдиним органом законодавчої влади в Україні, наділеним згідно з Конституцією повноваженнями щодо прийняття законів, у тому числі Аграрного кодексу, є український парламент (ст. 75, п. 3 частини першої



ст. 85 Конституції України). При цьому право законодавчої ініціативи належить виключно Президенту України, народним депутатам України та Кабінету Міністрів України (частина перша ст. 93 Основного Закону).

Виходячи із аналізу наведених положень Конституції, законодавства та наукового доробку теорії права, кодекс насамперед є кодифікованим законом – системою нормативно-правових приписів, що у контексті кодифікації аграрного законодавства втілюють у цілісному і внутрішньо узгодженому вигляді найбільш важливі галузеві норми аграрного права<sup>10</sup>.

Оскільки кодифікація аграрного законодавства України, як відповідний процес, є законотворчою діяльністю, то керуючись конституційними вимогами до такої процедури можна визначити загальні етапи її проведення. Так, по-перше, необхідна ініціатива Кабінету Міністрів України в особі Міністерства аграрної політики та продовольства України щодо створення робочої групи із розробки проекту Аграрного кодексу України із числа провідних фахівців відповідних наукових галузей (зокрема, дослідників аграрного права, проблем аграрного законодавства та його кодифікації), представників аграрного підприємництва, органів державної влади та органів місцевого самоврядування. По-друге, за результатами роботи цієї групи Кабінету Міністрів України потрібно внести проект Аграрного кодексу України на розгляд Верховної Ради України, а останній – прийняти цей проект за основу. По-третє, парламент має прийняти рішення про утворення тимчасової спеціальної комісії з питань опрацювання проекту Аграрного кодексу України та залучити до її роботи членів зазначеної групи з метою подальшого доопрацювання, обговорення, узгодження і прийняття відповідного проекту в цілому.

Отже, підсумовуючи викладене, варто зазначити, що положення Конституції України є визначальними для розвитку суспільних відносин в країні, зокрема і в аграрній сфері. Особливістю кодифікації аграрного законодавства України є багатосторонній правовий підхід до цього процесу: певні вимоги як до самого кодифікаційного процесу, з точки зору послідовності проведення, дотримання принципів законодавчої техніки щодо системності та якості опрацювання нормативно-правового матеріалу, так і до його результатів – логічно обумовленого та послідовного викладу аграрно-правових норм у кодифікованому акті із дотриманням основних конституційних постулатів. Разом із тим під час кодифікації аграрного законодавства України слід зважати, що деталізуючи окремі норми Основного Закону в приписах Аграрного кодексу, необхідно уникати дублювання, колізійності та розбіжності його норм із нормами інших чинних нормативно-правових актів у сфері регулювання приватноправових відносин, які не були предметом цієї кодифікації, наприклад, Цивільного, Земельного чи Господарського кодексів України.

Стосовно умовних недоліків самої Конституції щодо безпосереднього регулювання аграрних відносин в Україні зауважимо, що, на жаль, поза увагою законодавця залишилися питання конституційного закріплення за нашою країною статусу «аграрної держави», декларування витоків державної підтримки аграрного сектору економіки та формування вектору всебічного розвитку сільських територій. Отже, у межах проведення конституційної реформи варто запропонувати внести до Основного Закону такі зміни, що дадуть змогу не лише нормативно встановити фактичне аграрне спрямування України, а й визначатимуть подальший розвиток аграрного права і законодавства та агропромислового комплексу країни у цілому.

Спроба встановлення окремих аспектів кодифікації аграрного законодавства України, покладена в основу цієї статті, є лише частиною докладного дослідження загального механізму її здійснення та базою для подальших наукових розробок.

<sup>1</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141 (зі змінами).

<sup>2</sup> Титова Н. І. Вдосконалення Конституції України: деякі правові аспекти / Н. І. Титова // Право України. – 2008. – № 1. – С. 114–116. – С. 115.

<sup>3</sup> Чабаненко М. М. Методи правового регулювання аграрних відносин: дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 / М. М. Чабаненко ; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. – Х., 2005. – 204 с. – С. 3.

<sup>4</sup> Про основи національної безпеки України : Закон України від 19 червня 2003 р. № 964-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 39. – Ст. 351.

<sup>5</sup> Єрмоленко В. М. Аграрні майнові правовідносини приватних сільськогосподарських підприємств в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.06 / Єрмоленко Володимир Михайлович ; Національний аграрний ун-т України. – К., 2007. – 379 с. – С. 55.

<sup>6</sup> Актуальні проблеми правового забезпечення продовольчої безпеки України : моногр. / О. М. Батигіна, В. М. Жушман, В. М. Корнієнко та ін. ; за ред. : В. Ю. Уркевича, М. В. Шульги ; Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». – Х. : ФОП Шевченко С. О., 2013. – 326 с. – С. 20.

<sup>7</sup> Чабаненко М. М. Система аграрного права України: методологічні засади становлення та розвитку : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.06 / М. М. Чабаненко ; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. – Х., 2016. – 43 с. – С. 6.

<sup>8</sup> Марченко С. І. Консолідація законодавства України про державну підтримку сільського господарства / С. І. Марченко // Сучасні тенденції розвитку національного законодавства України: матеріали тез Міжнародної наук.-практ. конф., присвяченої 10-річчю створення юридичного факультету НУБіП (м. Київ, 19–20 травня 2011 р.). – К. : Видавничий центр НУБіП України, 2011. – С. 357–358.

<sup>9</sup> Загальна теорія держави і права : підруч. для студентів юридичних вищих навчальних закладів / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін. ; за ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПРн України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПРн України О. В. Петришина. – Х.: Право, 2009. – 584 с. – С. 321.

<sup>10</sup> Скакун О. Ф. Теорія права і держави : підруч. / О. Ф. Скакун. – 2-ге вид. – К. : Алерта ; КНТ ; ЦУЛ, 2010. – 520 с. – С. 380.

Резюме

**Брінцов А. І. Кодифікація аграрного законодавства України: конституційний аспект.**

У статті досліджено роль Конституції України у проведенні кодифікації вітчизняного аграрного законодавства. Вибір теми зумовлений відсутністю наукових напрацювань саме у зазначеному напрямі. З огляду на перспективи проведення кодифікації аграрного законодавства в Україні окремо з'ясовано вплив Основного Закону на зміст майбутнього кодифікованого акта аграрного законодавства України та виявлено умовні недоліки самої Конституції щодо безпосереднього регулювання аграрних відносин в Україні.

**Ключові слова:** законодавство, аграрне законодавство; кодифікація; кодифікація аграрного законодавства.

Резюме

**Бринцов А. И. Кодификация аграрного законодательства Украины: конституционный аспект.**

В статье исследована роль Конституции Украины в проведении кодификации отечественного аграрного законодательства. Выбор темы обусловлен отсутствием научных разработок именно в указанном направлении. Учитывая перспективы проведения кодификации аграрного законодательства в Украине, отдельно выяснено влияние Основного Закона на содержание будущего кодифицированного акта аграрного законодательства Украины и выявлены условные недостатки самой Конституции относительно непосредственного регулирования аграрных отношений в Украине.

**Ключевые слова:** законодательство, аграрное законодательство; кодификация; кодификация аграрного законодательства.

Summary

**Brintsov A. The Codification of the Agrarian Legislation of Ukraine: Constitutional Aspect.**

The article examines the role of the Constitution of Ukraine in the codification of the agrarian legislation. The choice of the theme is due to the lack of scientific developments in this direction. Taking into account the prospects of the codification of the agrarian legislation in Ukraine, the effect of the Basic Law on the content of the future codified act of the agrarian legislation of Ukraine and the constitutional shortcomings of the Constitution itself regarding the direct regulation of agrarian relations in Ukraine were identified.

**Key words:** the legislation, agrarian legislation; the codification; the codification of the agrarian legislation.

УДК 349.6

**І. М. ДМИТРЕНКО**

*Ігор Миколайович Дмитренко, асистент кафедри Національного університету біоресурсів і природокористування України*

**ЩОДО ПИТАННЯ СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ БІОБЕЗПЕКА  
ТА ВЕТЕРИНАРНА БЕЗПЕКА В СИСТЕМІ ПРАВА УКРАЇНИ**

На сучасному етапі розвитку проблеми забезпечення ветеринарно-санітарного благополуччя є вкрай актуальними для України. Прояви епізоотій хвороб тварин наносять непоправну шкоду сільському господарству. Крім того, такі хвороби та інфекції, як сибірська виразка, сказ, трихінельоз, бруцельоз є небезпечними і для людини. Отже, питання правового регулювання зазначеної сфери суспільних відносин мають значний рівень актуальності на сьогодні.

Передумови юридичного дослідження таких суспільних відносин з позицій права містяться у працях відомих вчених у галузі екологічного і аграрного права В. І. Андрейцева, Г. І. Балюк, В. М. Єрмоленка, Н. Р. Малишевої, С. І. Марченко, Т. О. Коваленко, М. В. Краснової, О. Ю. Піддубного, І. І. Каракаша, М. В. Шульги та інших.

**Мета** статті – дослідити проблематику у сфері ветеринарно-санітарного благополуччя, дати визначення поняттю «ветеринарна безпека», встановити співвідношення понять «біобезпека» та «ветеринарна безпека» і визначити їх місце в системі права України.

Попри те, що наразі забезпечення ветеринарної безпеки є вкрай актуальним для суспільства, такого поняття чинним законодавством не передбачено. Крім того, його не виведено і в юридичній та ветеринарній науках. Для того, щоб сформулювати вказане поняття, варто проаналізувати низку визначень, що нерозривно з ним пов'язані. Для цього ми проаналізуємо такі поняття: «санітарне та епідемічне благополуччя», «безпечні умови для людини», «середовище життєдіяльності людини», «фактори середовища життєдіяльності», «епізоотологія», «ветеринарно-санітарне та епізоотичне благополуччя», «фактори середовища життєдіяльності», «безпечні умови для людини», «ветеринарна медицина», «безпечність об'єктів ветеринарно-санітарного контролю та нагляду», «епізоотологія».

Згідно із Законом України «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення» від 24 лютого 1994 р.<sup>1</sup> безпечними умовами для людини вважається стан середовища життєдіяльності, при яко-

му відсутня небезпека шкідливого впливу його факторів на людину, а небезпечним фактором є будь-який хімічний, фізичний, біологічний чинник, речовина, матеріал або продукт, що впливає або за певних умов може негативно впливати на здоров'я людини. Середовищем життєдіяльності людини є сукупність об'єктів, явищ і факторів навколишнього середовища (природного і штучно створеного), що безпосередньо оточують людину і визначають умови її проживання, харчування, праці, відпочинку, навчання, виховання тощо. Факторами ж середовища життєдіяльності вважаються будь-які біологічні (вірусні, пріонні, бактеріальні, паразитарні, генетично модифіковані організми, продукти біотехнології тощо), хімічні (органічні й неорганічні, природні та синтетичні), фізичні (шум, вібрація, ультразвук, інфразвук, теплове, іонізуюче, неіонізуюче та інші види випромінювання), соціальні (харчування, водопостачання, умови побуту, праці, відпочинку, навчання, виховання тощо) та інші фактори, що впливають або можуть впливати на здоров'я людини чи на здоров'я майбутніх поколінь. Цим же Законом визначено, що санітарне та епідемічне благополуччя населення – це стан здоров'я населення та середовища життєдіяльності людини, при якому показники захворюваності перебувають на усталеному рівні для даної території, умови проживання сприятливі для населення, а параметри факторів середовища життєдіяльності знаходяться в межах, визначених санітарними нормами.

Варто розглянути й Закон України «Про ветеринарну медицину» від 25 червня 1992 р.<sup>2</sup>, згідно з яким ветеринарна медицина – це галузь науки та практичних знань про фізіологію і хвороби тварин, їх профілактику, діагностику та лікування, визначення безпечності продуктів тваринного, а на агропродовольчих ринках – і рослинного походження; діяльність, спрямована на збереження здоров'я і продуктивності тварин, запобігання їхнім хворобам та на захист людей від зоонозів і пріонних хвороб. Безпечністю об'єктів ветеринарно-санітарного контролю та нагляду є забезпечення того, що об'єкти ветеринарно-санітарного контролю та нагляду не спричинять шкоди здоров'ю людей і тварин, якщо вони вирощені, виготовлені та/або використані за призначенням. Безпечність забезпечується дотриманням вимог, встановлених цим законом, іншими ветеринарно-санітарними заходами та/або технічними регламентами. Ветеринарно-санітарним та епізоотичним благополуччям є забезпечення захисту життя і здоров'я людей та тварин від ризиків, пов'язаних з хворобами тварин, включаючи зоонози, а також створення оптимальних умов життя тварин, що запобігають хворобам і шкідливому впливу факторів довкілля на їх здоров'я та продуктивність.

Епізоотологія – (від грецького *epi* – над + *zoon* – тварина + *logos* – вчення) – наукова дисципліна, яка вивчає причини, умови, закономірності виникнення, розповсюдження, згасання заразних хвороб тварин; розробляє, ґрунтуючись на цьому, заходи профілактики і боротьби. Вона належить до наук, аналогічних за суттю до популяцій інших великих систематичних груп, зокрема до ряду, що містить епіфітотіологію – для світу рослин і епідеміологію – для людини<sup>3</sup>.

Таким чином, за аналогією до розглянутих тверджень ми дійшли висновку, що ветеринарна безпека – це стан захищеності життя і здоров'я людей та тварин, за якого відсутні ризик, пов'язаний з хворобами тварин та зоонозами, а також шкідливий вплив вірусних, пріонних, бактеріальних і паразитарних організмів.

Для визначення місця ветеринарної безпеки в системі права України вважаємо за доцільне розглянути такі поняття: «ветеринарне право», «тваринний світ», «біологічна безпека».

Згідно ж із Законом України «Про тваринний світ» від 13 грудня 2001 р.<sup>4</sup> тваринний світ вважається одним із компонентів навколишнього природного середовища, національним багатством України, джерелом духовного та естетичного збагачення і виховання людей, об'єктом наукових досліджень, а також важливою базою для одержання промислової і лікарської сировини, харчових продуктів та інших матеріальних цінностей. Стаття 36 цього ж закону передбачає комплексний підхід до вивчення стану, розроблення й здійснення заходів щодо охорони та поліпшення екологічних систем, в яких перебуває і складовою частиною яких є тваринний світ.

Питання правового забезпечення ветеринарної безпеки є надзвичайно важливим, адже зоонози за свого розвитку мають небезпечні екологічні і соціальні наслідки<sup>5</sup>. Загальновідомим є факт, що такі хвороби тварин, як сибірська виразка, сказ, трихінельоз і бруцельоз є небезпечними і для людини.

Важливим є й твердження, що тваринний світ за своїми біологічними та екологічними ознаками – це складова навколишнього природного середовища, зокрема біологічного різноманіття<sup>6</sup>.

За своїм характером ветеринарне право є складовою частиною (інститутом) галузі аграрного права. У навчальній аграрно-правовій літературі правові питання ветеринарно-санітарного та епізоотичного благополуччя розглядаються в контексті правового регулювання тваринництва у сільському господарстві України<sup>7</sup>. Це цілком логічно, адже тваринництво, як найобсяговіша сфера зайнятості ветеринарних працівників, належить саме до аграрного виробництва, що є предметом аграрного права. Однак така належність досить умовна, адже крім сільськогосподарських ветеринари лікують і домашніх та диких тварин. За цією ознакою ветеринарне право перетинається з природоресурсним правом, оскільки дикі та домашні тварини являють собою природний тваринний ресурс, який є одним із компонентів навколишнього природного середовища, національним багатством України. Водночас ветеринари разом з лікарями санітарної медицини запобігають поширенню епідемій заразних хвороб, якими хворіють не тільки тварини, а й люди. Ці відносини належать вже до галузі екологічного права<sup>8</sup>.

З огляду на зазначене можна дійти висновку, що віднесення поняття «ветеринарна безпека» до галузі екологічного права є цілком логічним і послідовним.

У сфері екологічного права, на нашу думку, ветеринарну безпеку слід вважати частиною біобезпеки, адже відповідно до Закону України «Про систему біобезпеки при створенні, випробуванні, транспортуванні та

використанні генетично модифікованих організмів» від 31 травня 2007 р. біологічна безпека – це стан середовища життєдіяльності людини, при якому відсутній негативний вплив його чинників (біологічних, хімічних, фізичних) на біологічну структуру і функцію людської особи в теперішньому і майбутніх поколіннях, а також відсутній незворотній негативний вплив на біологічні об'єкти природного середовища (біосферу) та сільськогосподарські рослини і тварини<sup>9</sup>. А за нашим визначенням біобезпека – це стан захищеності біологічних об'єктів природного середовища від негативного впливу біологічних, хімічних, фізичних чинників, здатних вплинути на структуру та функцію живих організмів в теперішньому і майбутньому поколіннях<sup>10</sup>.

Отже, з огляду на зазначене можна констатувати, що ветеринарна безпека є складовою біологічної безпеки, яка, в свою чергу, є складовою екологічної безпеки як інституту екологічного права.

<sup>1</sup> Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення: Закон України від 24 лютого 1994 р. № 4005-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 27. – Ст. 218.

<sup>2</sup> Про ветеринарну медицину : Закон України від 25 червня 1992 р. № 2499-ХІІ // Відомості Верховної ради України. – 1992. – № 36. – Ст. 531.

<sup>3</sup> Загальна епізоотологія / Б. М. Ярчук, П. І. Вербицький, В. П. Литвин та ін.; за ред. Б. М. Ярчука, Л. Є. Корнієнка. – Біла Церква, 2002. – 656 с. – С. 7.

<sup>4</sup> Про тваринний світ: Закон України від 13 грудня 2001 р. № 2894-ІІІ // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 14. – Ст. 97.

<sup>5</sup> Загальна епізоотологія. – Вказана праця. – С. 3.

<sup>6</sup> Правові форми екологічного контролю : навч. посіб. / М. В. Краснова, Е. В. Позняк, Т. П. Коваленко та ін. (за ред. М. В. Красної). – К.: Алерта, 2012. – 760 с. – С. 455.

<sup>7</sup> Правове регулювання господарської діяльності в агропромисловому комплексі України: навч. посіб. / Т. О. Коваленко, С. І. Марченко. – К.: Юрінком Інтер, 2015. – 296 с. – С. 139–158.

<sup>8</sup> Ветеринарне право : підруч. / за ред. В. М. Єрмоленка. – К.: НУБіП України, 2015. – 300 с. – С. 37–38.

<sup>9</sup> Про державну систему біобезпеки при створенні, випробуванні, транспортуванні та використанні генетично-модифікованих організмів: Закон України від 31 травня 2007 р. № 1103 // Голос України. – 2007. – № 108. – 21 червня. – С. 20–21.

<sup>10</sup> Вісник Запорізького національного університету: зб. наук. праць. – Запоріжжя: Запорізький національний університет, 2016. – № 2. – 146 с. – С. 140. – (Серія «Юридичні науки»).

### Резюме

**Дмитренко І. М. Щодо питання співвідношення понять біобезпека та ветеринарна безпека в системі права України.**

У статті досліджено проблематику у сфері ветеринарно-санітарного благополуччя. Розглянуто такі поняття: санітарне та епідемічне благополуччя, безпечні умови для людини, середовище життєдіяльності людини, фактори середовища життєдіяльності, епізоотологія, ветеринарно-санітарне та епізоотичне благополуччя, фактори середовища життєдіяльності, безпечні умови для людини, ветеринарна медицина, безпечність об'єктів ветеринарно-санітарного контролю та нагляду, епізоотологія. Визначено, що ветеринарна безпека – це стан захищеності життя і здоров'я людей та тварин, за якого відсутній ризик, пов'язаний з хворобами тварин та зоонозами а також шкідливий вплив вірусних, пріонних, бактеріальних і паразитарних організмів. Встановлено співвідношення понять «біобезпека» та «ветеринарна безпека», досліджено їх місце в системі права України.

**Ключові слова:** біобезпека, ветеринарна безпека, ветеринарно-санітарне та епізоотичне благополуччя, санітарно-епідемічне благополуччя, зоонози.

### Резюме

**Дмитренко І. М. К вопросу соотношения понятий биобезопасность и ветеринарная безопасность в системе права Украины.**

В статье исследована проблематика в сфере ветеринарно-санитарного благополучия. Рассмотрены такие понятия: санитарное и эпидемическое благополучие, безопасные условия для человека, среда жизнедеятельности человека, факторы среды жизнедеятельности, эпизоотология, ветеринарно-санитарное и эпизоотическое благополучие, факторы среды жизнедеятельности, безопасные условия для человека, ветеринарная медицина, безопасность объектов ветеринарно-санитарного контроля и надзора, эпизоотология. Определено, что ветеринарная безопасность – это состояние защищенности жизни и здоровья людей и животных, при котором отсутствует риск, связанный с болезнями животных и зоонозами, а также вредное воздействие вирусных, прионных, бактериальных и паразитарных организмов. Установлено соотношение понятий «биобезопасность» и «ветеринарная безопасность», исследовано их место в системе права Украины.

**Ключевые слова:** биобезопасность, ветеринарная безопасность, ветеринарно-санитарная и эпизоотическая безопасность, санитарно-эпидемическое благополучие, зоонозы.

### Summary

**Dmytrenko I. The aspects of relationship between the concepts biosafety and veterinary safety in the legal system of Ukraine.**

During writing this article our task was to examine the issues of veterinary and sanitary welfare, define the concept of «veterinary safety», establish the correlation of the concepts «biosafety» and «veterinary safety» and determine their place in the law system of Ukraine.

We analyzed a number of definitions that are inextricably linked with it: «sanitary and epidemic well-being», «safe conditions for a person», «environment of human life», «factors of the environment of life», «epizootology», «veterinary-sanitary and epizootic well-being», «factors of the environment of life», «safe conditions for a person», «veterinary medicine», «safety of veterinary and sanitary objects of control and supervision», «veterinary law», «animal world», «biological safety».

We concluded that veterinary safety is a state of protection of life and health of people and animals in which there is no risk connected with animal diseases and zoonosis and there is no harmful effects of viral, prion, bacterial and parasitic organisms.

**Key words:** biosafety, veterinary safety, veterinary-sanitary and epizootic well-being, sanitary-epidemic well-being, zoonoses.

УДК 349.42

**В. В. ДУДАРЕНКО**

*Віктор Валерійович Дударенко, аспірант юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## **АГРОХОЛДИНГИ У МЕХАНІЗМІ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРОДОВОЛЬЧОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ**

Належне функціонування та сталий розвиток агропромислового комплексу України має бути гарантією продовольчої безпеки нашої країни. У механізмі правового забезпечення продовольчої безпеки важлива роль належить суб'єктам аграрного підприємництва, діяльність яких спрямована на виробництво, переробку й реалізацію сільськогосподарської продукції та сировини. Одними із таких суб'єктів є відносно нові суб'єкти агробізнесу – агрохолдинги. Вони здійснюють диверсифікацію процесу виробництва, зберігання, переробки та реалізації сільськогосподарської продукції, що істотним чином впливає на механізм забезпечення продовольчої безпеки не лише того регіону, в якому вони реалізують свою виробничо-господарську діяльність, а й держави в цілому.

В аграрно-правовій науці України питання, пов'язані із правовим забезпеченням продовольчої безпеки, досліджували С. І. Бугера, М. В. Гребенюк, А. В. Духневич, В. М. Єрмоленко, К. А. Кондратьєва, Т. В. Курман, С. О. Лушпаєв, В. В. Панченко, С. М. Романко, А. М. Статівка, О. М. Туєва, В. Ю. Уркевич та інші вчені. Водночас особливості правового становища агрохолдингів у механізмі правового забезпечення продовольчої безпеки України в доктрині аграрного права не отримали належного опрацювання.

**Метою даної статті** є дослідження правових аспектів забезпечення продовольчої безпеки України та з'ясування ролі агрохолдингів як особливих суб'єктів аграрних правовідносин у структурі її забезпечення.

Важливою складовою національної безпеки України є продовольча безпека держави. Відповідно до Конституції України від 26 червня 1996 р. кожен має право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, що включає достатнє харчування, одяг, житло (ст. 48); кожному гарантується право вільного доступу до інформації ... про якість харчових продуктів (ст. 50).

Діяльність держави із забезпечення продовольчої безпеки спрямована на вирішення проблеми продовольчого забезпечення. Ця проблема вперше гостро постала у результаті зернової кризи 1972–1973 рр., внаслідок якої ООН ввела поняття «продовольча безпека» у міжнародну практику<sup>1</sup>. Спочатку поняття продовольчої безпеки у міжнародно-правовому значенні розглядалося Генеральною Асамблеєю ООН як збереження стабільності на ринках продовольчих товарів при доступності базових продуктів харчування для всіх країн світу<sup>2</sup>.

Розвиток поглядів стосовно продовольчої безпеки сприяв тому, що у 2001 р. у доповіді Продовольчої та сільськогосподарської організації ООН (далі – ФАО ООН) під заголовком «Стан продовольчої незабезпеченості у світі – 2001» було наведено визначення поняття «продовольча безпека», яке можна вважати офіційним визначенням, імплементованим тією чи іншою мірою більшістю розвинених країн світу. Згідно з позицією ФАО ООН під продовольчою безпекою розуміється ситуація, яка виникає, коли всі люди в будь-який час мають фізичний, соціальний та економічний доступ до достатньої кількості безпечних і поживних продуктів, які відповідають їх потребам і вподобанням в області харчування для активного і здорового життя<sup>3</sup>.

У законодавстві України визначення поняття «продовольча безпека» вперше з'явилося лише в 2004 р. у зв'язку із прийняттям Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України» від 24 червня 2004 року<sup>4</sup>. Відповідно до цього Закону продовольча безпека розглядається як захищеність життєвих інтересів людини, яка виражається у гарантуванні державою безперешкодного економічного доступу людини до продуктів харчування з метою підтримання її звичайної життєвої діяльності.

Постановою Кабінету Міністрів України «Деякі питання продовольчої безпеки» від 5 грудня 2007 р.<sup>5</sup> не було надано визначення поняття «продовольча безпека», проте було затверджено «Методику визначення основних індикаторів продовольчої безпеки». Основними індикаторами продовольчої безпеки виступають: добова енергетична цінність раціону; забезпечення раціону людини основними видами продуктів; достатність запасів зерна у державних ресурсах; економічна доступність продуктів харчування; диференціація вартості харчування за соціальними групами; ємність внутрішнього ринку окремих продуктів; продовольча незалежність за окремим продуктом. Водночас згідно з наказом Міністерства економічного розвитку та торгівлі України «Про затвердження Методичних рекомендацій щодо розрахунку рівня економічної безпеки України»

від 29 жовтня 2013 р. за № 1277<sup>6</sup> під продовольчою безпекою розуміється стан виробництва продуктів харчування в країні, що здатний повною мірою забезпечити потреби кожного члена суспільства в продовольстві належної якості за умови його збалансованості та доступності для кожного члена суспільства. Як бачимо, незважаючи на наявність нормативно-правових актів, які містять нормативне визначення поняття «продовольча безпека», такі акти чітко не визначають правового механізму забезпечення продовольчої безпеки.

Лише у «Стратегії національної безпеки України», що затверджена Указом Президента України «Про стратегію національної безпеки України» від 12 лютого 2007 р.<sup>7</sup>, передбачено, що ключовими завданнями у сфері забезпечення продовольчої безпеки України є: врегулювання земельних відносин і раціональне землекористування, формування ринку земель сільськогосподарського призначення; юридичне і технічне оформлення права власності та користування землею; забезпечення гарантій захисту прав власників земельних часток (паїв); розвиток аграрного ринку; створення умов для розкриття потенціалу аграрного сектору для забезпечення потреб населення України в доступному, якісному і безпечному продовольстві; утвердження України як важливого експортера аграрної продукції; захист внутрішнього ринку від постачання неякісної та небезпечної продовольчої продукції. Проте вже 26 травня 2015 р. Указом Президента України про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 6 травня 2015 р. «Про Стратегію національної безпеки України»<sup>8</sup>, в якій відсутня будь-яка інформація про продовольчу безпеку та шляхи її організаційно-правового забезпечення.

Поняття «продовольча безпека» та організаційно-правові механізми її забезпечення активно досліджуються в науці аграрного права України. В цілому продовольча безпека розглядається саме у контексті можливості держави гарантувати задоволення попиту в продовольстві на рівні, що забезпечує нормальний фізіологічний та інтелектуальний рівень життєдіяльності населення<sup>9</sup>. Так, на думку В. І. Курила та О. І. Гойчук, продовольчою безпекою є гарантована здатність держави на принципах самозабезпечення основними харчовими продуктами за їх економічної і фізичної доступності незалежно від впливу зовнішніх і внутрішніх чинників задовольняти потреби населення в особі кожного громадянина продуктами харчування в необхідному обсязі, асортименті та якості на рівні, що забезпечує його здоров'я та інтелектуальний розвиток<sup>10</sup>.

У свою чергу, колектив авторів під керівництвом І. Р. Михасюка пропонує дефініцію продовольчої безпеки, відповідно до якої «продовольча безпека передбачає забезпечення населення країни високоякісними продуктами харчування, гарантоване достатнє харчування... Продовольча безпека залежить від стану національного агропромислового комплексу та його підтримки державою, земельного законодавства, форм власності і господарювання, а також платоспроможності населення. Вона обумовлює як стабільність, так і якість генофонду нації...»<sup>11</sup>.

Аналізуючи проблематику поняття продовольчої безпеки, С. О. Лушпаєв дійшов висновку, що останньою є стан розвитку суспільних відносин, за якого сукупність правових, соціально-політичних, економічних, науково-технічних, організаційних, інформаційних та інших заходів спрямована на забезпечення фізичної та економічної доступності населення до продуктів харчування, що є безпечними для життя та здоров'я, запобігання та подолання надзвичайних продовольчих ситуацій<sup>12</sup>.

Варто погодитися з тим, що, з одного боку, продовольча проблема полягає у нестачі продуктів харчування внаслідок недостатнього розвитку агропромислового виробництва. Дефіцит продовольства може виникнути через несприятливі природно-кліматичні умови або негативні соціально-економічні події (вузьке розуміння). Він також може настати у зв'язку з наявністю цілого комплексу економіко-політичних, соціально-демографічних проблем, що викликає труднощі у виробництві, розподілі, обміні та споживанні продуктів харчування, нестача яких призводить до недоїдання, голоду чи епідемій, соціально-політичної нестабільності в суспільстві тощо (широке розуміння)<sup>13</sup>.

Аналіз наведених дефініцій поняття «продовольча безпека» дає підстави зробити висновок, що вони мають певні відмінності (розуміння як «стану захищеності», «забезпечення населення продуктами харчування» тощо), проте в основі наукових підходів до визначення поняття «продовольча безпека» є прагнення до створення таких умов для населення країни, за яких кожній людині буде не тільки декларовано право, а й забезпечено реальну можливість з боку держави доступу до необхідної кількості та якості продуктів харчування, достатніх для сталого й ефективного розвитку. При цьому, як наголошують В. І. Власов та В. П. Саблук, на рівні країни варто застосовувати два взаємопов'язані поняття – «продовольча безпека людини» та «продовольча безпека країни», причому перше поняття необхідно трактувати як відповідальність держави за забезпечення кожного громадянина необхідними енергетично-елементними складовими щоденного раціону харчування відповідно до віку, фізичного навантаження та стану здоров'я<sup>14</sup>.

Саме за рахунок високого потенціалу агропромислового комплексу можна задовольнити власною сільськогосподарською продукцією потреби населення. При цьому держава має зайняти гідне місце на зовнішніх ринках сільськогосподарської продукції й тим самим забезпечити як внутрішню, так і зовнішню продовольчу безпеку. Разом із тим в Україні стримуючим фактором продовольчої безпеки є високий рівень бідності населення, що є причиною виробництва недобросовісними виробниками сільськогосподарської продукції невисокої якості, а інколи взагалі неякісної й небезпечної.

Таким чином, правове забезпечення продовольчої безпеки є врегульованою нормами аграрного права системою взаємопов'язаних заходів, які охоплюють весь агропромисловий комплекс. Функція держави у процесі забезпечення продовольчої безпеки має зводитися до створення сприятливих умов для розвитку ринкового механізму господарювання на землі, виваженому контролю за використанням природних ресурсів в

агропромислового комплексу, підтримці економічних інтересів національних товаровиробників, формуючи таким чином продовольчі запаси на випадок непередбачуваних продовольчих ситуацій. Рівень розвитку агропромислового комплексу держави виступає фактичним гарантом продовольчої безпеки країни в цілому та окремої людини зокрема. Крім цього, забезпечення належного рівня продовольчої безпеки можливе за умови оптимального співвідношення між продукцією, виробленою в Україні, та імпортованою.

Починаючи з 2014 р. тяжке соціальне та економічне становище України, обумовлене також складною ситуацією на сході країни, стало причиною поступового зменшення кількості сільськогосподарських земель, які перебувають у користуванні агрохолдингів. У даний час частка агрохолдингів у загальному землекористуванні сільськогосподарських підприємств становить 26,7 відсотка від загальної кількості сільськогосподарських земель та у сукупності становить близько 5,6 мільйона гектарів<sup>15</sup>.

Зазначена частка агрохолдингів у структурі суб'єктів агробізнесу обумовлена цілою низкою об'єктивних причин, серед яких: низька здатність малих та середніх агроваристів до акумуляції фінансових ресурсів та перерозподілу отриманих доходів; слабкість банківської системи, яка в сучасних умовах не спроможна повною мірою забезпечити аграрних виробників доступними кредитними ресурсами під час весняно-осінніх польових робіт. Наприклад, у 2015 р. сукупний обсяг виробництва валової продукції ТОП-50 компаній (89,7 відсотків усього виробленого агрохолдингами) становив 49,87 млрд грн. Ключовими напрямками виробничо-господарської діяльності агрохолдингів залишається вирощування зернових культур, які займають 58,2 відсотка у структурі всіх посівних площ. Так, за підсумками 2015 р. топ-10 найбільших агрокомпаній зібрали 10,83 млн тон зерна – 58 відсотків виробництва в агрохолдингах, або 17 відсотків усього по Україні<sup>16</sup>.

У 2016 р. урожай зернових досяг рекордного показника в 66 млн тонн, у тому числі пшениці – 26 млн тон (8 місце в світі). Україна була визнана найбільшим експортером соняшникової олії (56,4 % світового ринку) і третім за величиною експортером ячменю (18,5 %). Ще по дев'яти іншим позиціям аграрного експорту Україна увійшла в десятку найбільших експортерів у світі<sup>17</sup>.

У забезпеченні продовольчої безпеки країни у сегменті тваринницької продукції агрохолдинги також відіграють важливу роль, адже щодо виробництва окремих різновидів тваринницької сировини (м'ясо птиці, яйця тощо) вони є одними з провідних сільськогосподарських товаровиробників. За результатами 2015 р. виробництво валової продукції тваринництва в агрохолдингах досягло 20,69 млрд грн, що становило 28,1 відсотка виробництва в агрохолдингах та в цілому досягло приблизно 62 відсотки всього обсягу виробленої суб'єктами агробізнесу тваринницької продукції<sup>18</sup>.

Незважаючи на істотні успіхи агропромислового комплексу України протягом останніх років, що мало б гарантувати належний рівень продовольчої безпеки держави, дивним вбачається та обставина, що в глобальному рейтингу продовольчої безпеки Україна посіла лише 63 місце з 112, поступившись навіть місцем таким країнам, як Венесуела (60) і В'єтнам (57)<sup>19</sup>. Така обставина свідчить про те, що продовольча безпека досягається не лише шляхом виробництва достатньої кількості харчових продуктів. Адже такі продукти мають відповідати належному рівню якості та безпечності, який має забезпечити задоволення фізіологічних потреб людини та створення належних умов для нормального функціонування людського організму. Крім того, кількість та якість харчових продуктів має бути представлена у відповідному асортименті. Тобто, людина повинна мати змогу обрати той чи інший продукт харчування серед взаємозамінних товарів. Наприклад, поряд з таким молочним продуктом, як молоко, має бути забезпечена можливість доступу до сирних продуктів, сметани, йогуртів тощо, котрі також багаті на лактозу та інші корисні складові.

Як відомо, з фізіологічної точки зору рекомендовано, щоб третина добової кількості калорій (із 3,5 тис. ккал) мала тваринне походження і приблизно 2/3 – рослинне. Щодо України, то останнім часом 1/5 всіх отриманих калорій мають тваринне походження, тоді як решта 4/5 – рослинне<sup>20</sup>. Низький відсоток споживання продуктів тваринного походження, фактично примусове вегетаріанство є результатами того, що одиниця цінності (ккал) продуктів тваринного походження коштує в 5–10 разів дорожче, ніж продуктів рослинного походження. Приведення такої ситуації до фізіологічно визначених показників доволі не просте завдання, оскільки має здійснюватися за допомогою комплексу взаємопов'язаних заходів, спрямованих на збільшення виробництва м'ясо-молочних продуктів, зниження їх собівартості з одночасним збільшенням купівельної спроможності населення. При цьому продукти харчування мають відповідати критеріям безпечності та якості.

Прийнятий Верховною Радою України Закон України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів» в редакції від 15 вересня 2014 р.<sup>21</sup> спрямований на введення в Україні європейської моделі системи гарантування безпеки та якості продуктів харчування. Зокрема, він ґрунтується на процедурах НАССР (система аналізу ризиків та контролю (регулювання) у критичних точках) – системі для ідентифікації, оцінки, аналізу та контролю ризиків, що є важливими для безпечності харчових продуктів. Процедури НАССР забезпечують науково обґрунтований, раціональний і систематичний підхід до ідентифікації продукції, оцінювання та контролю ризиків, які можуть виникнути під час виробництва, перероблення, зберігання та використання харчових продуктів. Дана система мінімізує ризики, які створюються небезпечними біологічними, хімічними та фізичними факторами<sup>22</sup>. Наприклад, на всіх молокозаводах, бійнях та інших підприємствах, де виробляють харчові продукти, до складу яких входять необроблені інгредієнти тваринного походження, НАССР мав бути запроваджений у 2017 році. Виробники соків та цукерок повинні впровадити у технологічний процес зазначену систему безпеки до 2018 р., а власники всіх малих суб'єктів агробізнесу – до 2019 року.

На сьогодні система управління безпечністю харчових продуктів на принципах НАССР визнана самою надійною системою в світі, яка запобігає виробництву небезпечних харчових продуктів. Належне впровадження цієї системи у процес виробництва, переробки та зберігання харчових продуктів сприятиме захищеності національного споживача та підвищенню рівня продовольчої безпеки України. За даними Міністерства аграрної політики та продовольства України, в державі впроваджена система управління якістю та безпечністю харчових продуктів на 574 підприємствах харчової та переробної промисловості<sup>23</sup>. Також розпочато роботу щодо впровадження цієї системи ще на 97 агропідприємствах, що в цілому становить 22 відсотки від загальної кількості агротовариств.

Таким чином, доволі незначна кількість суб'єктів агробізнесу може гарантувати належний рівень безпеки вироблених ними харчових продуктів, які відповідатимуть європейським критеріям. І питання тут, як вбачається, не у небажанні агровиробників до впровадження передової системи управління якістю виробленої сільськогосподарської продукції, а у можливості того чи іншого сільськогосподарського товаровиробника впровадити таку систему у власному виробництві. Це пояснюється доволі істотними витратами на процес виробництва, адже досягнення тих чи інших якісних показників харчових продуктів неможливо досягти за допомогою застарілих технологій, обладнання, яке у багатьох суб'єктах агробізнесу давно відпрацювало свій амортизаційний строк. Все це гальмує впровадження новітніх технологій та інновацій у процес виробництва, переробки та зберігання сільськогосподарської продукції, у зв'язку з чим відповідати критеріям якості можуть лише ті харчові продукти, які були вироблені великими агровиробниками, зокрема агрохолдингами.

Основною метою агрохолдингів є отримання максимально можливих прибутків при одночасній мінімізації витратної частини, тому вони орієнтовані переважно на вирощування високорентабельних культур рослинного походження, серед яких кукурудза, соняшник, ріпак, соя. Використовуючи переважно орендну форму землекористування, агрохолдинги швидко стали лідерами з виробництва сільськогосподарської продукції. Так, найбільшими агрохолдинговими структурами є «UkrLandFarming» (605 тис. га), Kernel (602,5 тис. га), NCH Capital (430 тис. га), ПАТ «Миронівський хлібопродукт» (370 тис. га), Астарга-Київ (250 тис. га) та ін.<sup>24</sup>.

Агрохолдинги суттєво впливають на підвищення рівня продовольчої безпеки країни, і не лише за рахунок значної кількості сільськогосподарських угідь, які перебувають у їх користуванні. Переваги агрохолдингів серед інших суб'єктів агробізнесу полягають у тому, що вони здатні залучити значні кредитні ресурси від провідних банківських установ не тільки України, а й закордонних, у т.ч. Світового банку, Європейського банку реконструкції та розвитку. При цьому відсоткові ставки, які застосовуються у практиці іноземного кредитування, є значно нижчими від вітчизняних. Крім того, агрохолдинги здатні залучити іноземний капітал за допомогою випуску боргових цінних паперів (як правило, облігацій), котирування акцій на біржах (Лондонська та Варшавська біржі) за допомогою процедури лістингу. Указані фінансові операції в силу організаційно-правової форми просто недоступні для фермерських та інших сімейних господарств.

На думку деяких дослідників, агрохолдинги уже нині «поглинули» або взяли під контроль понад 6 000 сільськогосподарських підприємств традиційного типу<sup>25</sup>. Використовуючи тактику злиття та поглинання, українські агрохолдинги швидко вийшли на міжнародні аграрні ринки, а невеликі та середні сільськогосподарські товаровиробники прагнуть стати частиною структури агрохолдингу, що забезпечить їм доступ до дешевих міжнародних інвестицій.

Агрохолдинги, які здійснюють виробничо-господарську діяльність переважно на селі, використовують дешеву робочу силу, що забезпечує мінімізацію фонду заробітної плати. Розвиткові агрохолдингової моделі аграрного господарювання сприяє також той факт, що орендна плата за земельні ділянки в Україні в 5–10 разів нижча, порівняно з такими країнами, як Великобританія, Німеччина, Швеція та ін.<sup>26</sup>.

Маючи можливість залучати дешеві кредитні ресурси, використовуючи значні земельні масиви за порівняно невелику ціну, агрохолдинги отримують високі прибутки. Високі ж прибутки виступають гарантією можливості оновлення технологічного парку підконтрольних товариств (закупівля новітньою техніки, впровадження новітніх технологій тощо).

Все зазначене вище у комплексі сприяє підвищенню якості виробленої сільськогосподарської продукції та її конкурентоспроможності не тільки на внутрішньому, проте і на зовнішньому ринку. Наприклад, за останні роки врожайність озимої пшениці в агрохолдингах була на 10–15 відсотків вищою порівняно з «традиційними» сільськогосподарськими підприємствами<sup>27</sup>. У сфері тваринництва лише 15 відсотків агрохолдингів залучені до виробництва продуктів тваринного походження. Продуктивність корів у агрохолдингах є вищою порівняно з іншими товаровиробниками на 21 відсоток, а середньодобовий приріст великої рогатої худоби на вирощуванні й відгодівлі – на 20 відсотків. Молоко і молокопродукти агрохолдинги реалізують переважно на зовнішньому ринку, а м'ясопродукти – на внутрішньому<sup>28</sup>.

Поряд зі здавалося б позитивними аспектами агрохолдингів у системі забезпечення продовольчої безпеки України існує чимало й негативних аспектів. Так, якщо проаналізувати проблематику бенефіціарства, то можна зробити висновок, що значна кількість великих агропромислових формувань є підконтрольними товариствами іноземних компаній. Наприклад, агрохолдинг ТОВ «Баришівська зернова компанія», який розташований у Баришівському районі Київської області, є дочірнім підприємством шведської компанії «BZK Grain Alliance AB», що є мажоритарним учасником цього агрохолдингу. ТОВ «Баришівська зернова компанія» спеціалізується на вирощуванні зернових, олійних культур та молочному тваринництві; товариство також виробляє кормові добавки, надає послуги з приймання, первинної обробки та зберігання зерна, оскільки



до його складу входить чотири елеватори<sup>29</sup>. Агрохолдинг ПАТ «Комплекс «Агромарс», що знаходиться у с. Гаврилівка Вишгородського району Київської області, має своїм мажоритарним акціонером датську аграрну інвестиційну корпорацію ApS. Зазначений агрохолдинг випускає продукцію під відомими торговими марками «Гаврилівські курчата» та «Ясенвіт». Бенефіціаром агрохолдингу ТОВ «Українська молочна компанія» є шведська агрокомпанія «ДеЛеваль»<sup>30</sup>.

Отже, підбиваючи підсумки проведеного дослідження, можна зробити висновок, що в цілому агрохолдинги є потужними виробниками сільськогосподарської продукції, здатними швидко реагувати на кон'юнктурні зміни ринку харчових продуктів не лише України, а й світу загалом. Спрямованість агрохолдингів на замкнений цикл виробництва дає їм суттєву перевагу порівняно з іншими сільськогосподарськими товаровиробниками, оскільки нівелює наявність «проміжних ланок» у процесі виробництва, зокрема посередників. Усе це в кінцевому підсумку сприяє зменшенню собівартості одиниці вирощеної/виробленої сільськогосподарської продукції для кінцевого споживача. При цьому якість виробленої сільськогосподарської продукції, як правило, є вищою, оскільки агрохолдинги володіють значним капіталом, що забезпечує можливість для вдосконалення технологічного процесу виробництва за рахунок використання новітніх технологій.

Разом із тим, як суб'єкти права орендного сільськогосподарського землекористування, агрохолдинги доволі часто порушують вимоги сівозмін, оскільки вони вирощують переважно високорентабельні та ґрунтовиснажуючі культури (кукурудзу, сою, соняшник). У свою чергу, деградація ґрунтів веде до поступової втрати Україною основного національного багатства – землі, охорона якої має бути основним завданням держави. Крім того, агрохолдинги є переважно експортноорієнтованими сільгоспвиробниками. Відповідно, виснажуючи ґрунти України, вони експортують власно вирощену сільськогосподарську продукцію на зовнішній ринок. Внаслідок цього Україна, маючи кожного року значні врожаї, займає позицію у другій половині сотні країн за рівнем забезпечення національної продовольчої безпеки.

<sup>1</sup> Шутаєва О. О. Продовольча безпека як соціально-економічна категорія, її зміст та основні напрямки забезпечення в умовах глобалізації / О. О. Шутаєва, Н. А. Тропанець // Вчені записки Таврійського національного університету ім. В. І. Вернадського. – 2010. – Т. 23. – № 1. – С. 174–185. – С. 177. – (Серія «Економіка і управління»).

<sup>2</sup> Всеобщая декларация о ликвидации голода и недоедания 1974 г. Доклад Всемирной продовольственной конференции (Рим, 5–16 ноября 1974 г.) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.un.org/russian/document/declarat/hunger.htm>

<sup>3</sup> The State of Food Insecurity in the World 2001. Rome : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.fao.org/docrep/003/Y1500E/Y1500E00.HTM>

<sup>4</sup> Про державну підтримку сільського господарства : Закон України від 24 червня 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 49. – Ст. 527.

<sup>5</sup> Деякі питання продовольчої безпеки: постанова Кабінету Міністрів України від 5 грудня 2007 р. № 1379 // Офіційний вісник України. – 2007. – № 93. – Ст. 3405.

<sup>6</sup> Про затвердження методики розрахунку рівня економічної безпеки України : наказ Міністерства економіки України від 2 березня 2007 р. № 60 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.uazakon.com/documents/date\\_6s/pg\\_gewqwi/](http://www.uazakon.com/documents/date_6s/pg_gewqwi/)

<sup>7</sup> Про стратегію національної безпеки України : Указ Президента України від 12 лютого 2007 р. № 105 // Офіційний вісник України. – 2007. – № 11. – Ст. 389.

<sup>8</sup> Про стратегію національної безпеки України : Указ Президента України від 26 травня 2015 р. № 287/2015 // Офіційний вісник України. – 2015. – № 43. – Ст. 1353.

<sup>9</sup> Сеперович Н. Продовольча безпека в Україні: стан, проблеми, шляхи вирішення / Н. Сеперович, О. Шевцов // Актуальні питання аграрної політики. – 2002. – С. 254–300.

<sup>10</sup> Гойчук О. І. Продовольча безпека та необхідність її правового забезпечення / О. І. Гойчук, В. І. Курило // Адвокат. – 2006. – № 3. – С. 3–5. – С. 4.

<sup>11</sup> Михасюк І. Державне регулювання економіки : підруч. / за ред. І. Р. Михасюка. – К. : Атіка, Ельга-Н, 2000. – 529 с.

<sup>12</sup> Лушпаєв С. О. Деякі аспекти поняття продовольчої безпеки України / С. О. Лушпаєв // Часопис Київського університету права. – 2011. – № 2. – С. 211–214. – С. 213.

<sup>13</sup> Мартинюк С. Продовольча проблема / С. Мартинюк // Економічна енциклопедія. – К. : Вид. центр «Академія», Тернопіль: АНГ. – 2002. – Т. 3. – С. 112–113. – С. 112.

<sup>14</sup> Власов В. І. Методичні підходи щодо оцінки продовольчої безпеки країни / В. І. Власов, В. П. Саблук, М. А. Лисак // Економіка АПК. – 2009. – № 8. – С. 43–45.

<sup>15</sup> Ярошенко О. Агрохолдинги в цифрах / О. Ярошенко // Україна молода. – 2015. – Вип. № 121 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.umoloda.kiev.ua/number/2708/160/94848/>

<sup>16</sup> Там само.

<sup>17</sup> Кухар М. Почему продовольственная безопасность Украины достигла уровня Венесуэлы и как можно ее восстановить? / М. Кухар : [Электронный ресурс] : – Режим доступа : <http://imfgroup.com.ua/ru/2017/04/06/ukrainefoodsecurity/>

<sup>18</sup> Ярошенко О. Вказана праця.

<sup>19</sup> Кухар М. Вказана праця.

<sup>20</sup> Кузняк Б. Я. Роль агроформувань у задоволенні споживчого попиту населення та забезпеченні продовольчої безпеки країни / Б. Я. Кузняк // Економіка і регіон : наук. вісн. ПолтНТУ. – 2016. – Вип. 3. – С. 73–79. – С. 74.

<sup>21</sup> Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів : Закон України в редакції від 15 вересня 2014 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 41–42. – Ст. 2024.

<sup>22</sup> Слива Ю. В. Сучасний стан розвитку міжнародної і національної нормативних баз щодо системи управління безпечністю харчових продуктів / Ю. В. Слива, Т. Г. Швець // Наукові доповіді НУБіП України. – 2013. – № 42 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://nbuv.gov.ua/jpdf/Nd\\_2013\\_6\\_11.pdf](http://nbuv.gov.ua/jpdf/Nd_2013_6_11.pdf)

<sup>23</sup> Міністерство аграрної політики : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://minagro.gov.ua/uk/node/14539>

<sup>24</sup> Топ 100 латифундистів України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://latifundist.com/rating/top100#147>

<sup>25</sup> Лупенко Ю. О. Агрохолдинги в Україні та посилення соціальної спрямованості їх діяльності / Ю. О. Лупенко, М. Ф. Кропивко // Економіка АПК. – 2013. – № 7. – С. 5–21. – С. 7–8.

<sup>26</sup> Карпенко О. На чільному місці людина / О. Карпенко // Сільські вісті. – 2012. – 26 квітня.

<sup>27</sup> Кузняк Б. Я. Вказана праця.

<sup>28</sup> Лупенко Ю. О. Вказана праця.

<sup>29</sup> Агрохолдинги України // Канадсько-Український зерновий проект : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.cugp.com.ua/links/21.html>

<sup>30</sup> Дем'яненко С. І. Агрохолдинги в Україні: добре чи погано?: Серія консультативних робіт / С. І. Дем'яненко. – К.: Німецько-Український Аграрний Діалог; Інститут економічних досліджень та політичних консультацій, 2008. – С. 8–10.

#### Резюме

##### **Дударенко В. В. Агрохолдинги у механізмі правового забезпечення продовольчої безпеки України.**

У статті на підставі нормативного та доктринального підходів розкрито сутність правової категорії «продовольча безпека», а також роль агрохолдингів у структурі забезпечення продовольчої безпеки України як особливих суб'єктів аграрних правовідносин.

**Ключові слова:** аграрний холдинг, продовольча безпека, аграрні правовідносини, аграрне право, суб'єкти аграрного права, сільськогосподарські товаровиробники.

#### Резюме

##### **Дударенко В. В. Агрохолдинги в механизме правового обеспечения продовольственной безопасности Украины.**

В статье на основании нормативного и доктринального подходов раскрыта сущность правовой категории «продовольственная безопасность», а также роль агрохолдингов в структуре обеспечения продовольственной безопасности Украины как особенных субъектов аграрных правоотношений.

**Ключевые слова:** аграрный холдинг, продовольственная безопасность, аграрные правоотношения, аграрное право, субъекты аграрного права, сельскохозяйственные товаропроизводители.

#### Summary

##### **Dudarenko V. The agricultural holdings in the mechanism of legal provision of food safety of Ukraine.**

In the article on the basis of normative and doctrinal approaches the essence of the legal category «food safety» is revealed, as well as the role of agricultural holdings in the structure of food security of Ukraine as special subjects of agricultural legal relations.

**Key words:** agricultural holding, food safety, agrarian legal relations, agrarian law, subjects of agrarian law, agricultural commodity producers.

УДК 349.42

#### **В. О. МЕЛЬНИК**

*Вікторія Олександрівна Мельник, асистент кафедри Національного університету біоресурсів і природокористування України*

### **ОРГАНІЧНЕ ВИРОБНИЦТВО СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОЇ ПРОДУКЦІЇ В УКРАЇНІ**

Питання органічного виробництва регулюється нормативними актами про сільськогосподарське виробництво, зокрема щодо продовольчого забезпечення, виробництва та збуту сільськогосподарської продукції, а також охорони навколишнього природного середовища, земельних, лісових і водних ресурсів. У цілому проблема екологізації сільськогосподарського виробництва є актуальною для всіх розвинутих держав. Оформлена в концепцію органічного виробництва, вона втілює ідею здорового способу життя та здорового харчування. Тематику науково-практичних досліджень у цій сфері визначають практичні проблеми, зумовлені станом агропромислового виробництва та завданнями, що ним розв'язується. Тому метою цієї статті є визначення поняття органічного виробництва та аналіз стану розвитку законодавства про органічне виробництво в Україні.

У досліджуваній сфері суспільних відносин відбувається взаємодія екологічного та аграрного законодавства. Зокрема, Державна цільова програма розвитку українського села на період до 2015 року (про ОРГАНІК), затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 19 вересня 2007 р. № 1158 (далі – Програма розвитку села до 2015 року)<sup>1</sup>, передбачила низку заходів щодо формування *агроекологічного іміджу України*. А ст. 5 Закону України «Про виробництво та обіг органічної сільськогосподарської продукції та сировини» від 3 вересня 2013 р. № 425-VII<sup>2</sup> визначає відповідні основні напрями державної політики у сфері роз-

вितку органічного виробництва. Як слушно зазначено в юридичній літературі<sup>3</sup>, розвиток органічного сільськогосподарського виробництва – один із способів реалізації стратегії сталого розвитку у сільському господарстві.

Правове регулювання органічного виробництва сільськогосподарської продукції є комплексним та спрямоване насамперед на організацію виробничого процесу з метою отримання особливого виду сільськогосподарської продукції. З огляду на специфічність правової природи органічного виробництва правове забезпечення органічного виробництва сільськогосподарської продукції є підгалуззю аграрного права. На підтвердження цієї точки зору можна згадати слова О. Л. Мініної щодо продовольчої безпеки, яка також є головним чинником в органічному виробництві: «Основною галуззю законодавства, безпосередньо пов'язаною із забезпеченням продовольчої безпеки, все ж є аграрне законодавство, оскільки саме сільське господарство забезпечує державу продовольством, отже, від рівня його розвитку залежить стан продовольчої безпеки»<sup>4</sup>. При цьому, враховуючи зміни в аграрному виробництві та економіці, слід підкреслити важливість спільного і паралельного вивчення аграрно-екологічних проблем.

Правове регулювання органічного виробництва в Україні охоплює питання, пов'язані зі здоров'ям та безпекою людей, охороною прав споживачів та охороною навколишнього середовища. Одним із основних завдань органічного фермерства є виробництво екологічно чистої продукції. З огляду на зміст понять «екологічне сільськогосподарське виробництво» та «органічне виробництво» можна зробити висновок про їх тождність.

В юридичній наці *екологічне сільське господарство* розглядається, як організація виробництва екологічно чистої сільськогосподарської продукції з використанням переважно натуральних, природних технологій вирощування рослин та тварин<sup>5</sup>. Деякі вчені розуміють екологічне сільське господарство як сільськогосподарське виробництво, здійснюване за певних умов. Так, під екологічним сільським господарством пропонується розуміти виробництво сільськогосподарської продукції зі значним скороченням, а інколи і з повною відмовою від використання промислових мінеральних добрив та хімічних засобів захисту рослин при максимальному використанні біологічних факторів підвищення родючості, що не мають негативного впливу на природу, з максимальним залученням внутрішніх ресурсів<sup>6</sup>.

У цілому екологічне сільськогосподарське виробництво охоплює весь безперервний технологічний цикл від виробництва до реалізації продукції. Правовому регулюванню підлягають суспільні відносини та відповідальність кожного, хто залучений до цього виду сільськогосподарського виробництва і охоплює весь технологічний цикл – виробництво, транспортування, переробку, зберігання та розподіл продукції. З огляду на такі основні положення сільськогосподарського виробництва у ст. 4 Закону України «Про виробництво та обіг органічної сільськогосподарської продукції та сировини» були визначені принципи органічного виробництва, зберігання, перевезення та реалізації органічної продукції (сировини), які спрямовані на екологізацію сільськогосподарського виробництва в Україні.

Наприклад, у ч. 1 ст. 1 Закону України «Про виробництво та обіг органічної сільськогосподарської продукції та сировини» *виробництво органічної продукції (сировини)* визначається як: виробнича діяльність фізичних або юридичних осіб (у тому числі з вирощування та переробки), де під час такого виробництва виключається застосування хімічних добрив, пестицидів, генетично модифікованих організмів (ГМО), консервантів тощо, та на всіх етапах виробництва (вирощування, переробки) застосовуються методи, принципи та правила, визначені цим Законом для отримання натуральної (екологічно чистої) продукції, а також збереження та відновлення природних ресурсів. Законодавство Європейського Союзу також акцентує увагу на важливому соціальному значенні органічного сільськогосподарського виробництва, зокрема відповідно до постанови Ради (ЄС) № 834/2007 від 28 червня 2007 р. стосовно органічного виробництва і маркування органічних продуктів, та скасування постанови (ЄЕС) № 2092/91<sup>7</sup> органічне виробництво – це цілісна система господарювання та виробництва харчових продуктів, яка поєднує в собі найкращі практики з огляду на збереження довкілля, рівень біологічного розмаїття, збереження природних ресурсів, застосування високих стандартів належного утримання (добробуту) тварин та метод виробництва, який відповідає певним вимогам до продуктів, виготовлених з використанням речовин та процесів природного походження.

У Законі України «Про виробництво та обіг органічної сільськогосподарської продукції та сировини» *органічна продукція* визначена як продукція, отримана в результаті сертифікованого виробництва відповідно до вимог вищезазначеного Закону. При цьому цей Закон не надає визначення поняття сертифікованого виробництва.

Екологічно чиста продукція має відповідати встановленим вимогам щодо безпеки, тобто терміном «екологічний продукт» маркуються продукти, вироблені з натуральної виробничої сировини. Продукція, вироблена з дотриманням цих вимог та стандартів, є екологічно безпечною щодо її безпеки для споживача з мінімальним забрудненням довкілля і максимальним забезпеченням раціонального природокористування. З метою виділення певних екологічних релевантних якостей продуктів були розроблені екологічні позначення для такої продукції (екознаки). Чинне законодавство України встановило свою систему екомаркування. Вживання слів «екологічний» та «біологічний» стали вважатися такими, що вводять в оману споживача, а їх застосування забороняється на українському ринку сільськогосподарської продукції ч. 7–8 ст. 29 Закону України «Про виробництво та обіг органічної сільськогосподарської продукції та сировини».

На жаль, слід констатувати недостатньо чітке розуміння, що являє собою екологічно чиста продукція, поняття якої неможливо охопити єдиним поняттям та загальними підходами щодо всіх видів продукції, яка

випускається у сільському господарстві. Так, в юридичній літературі розмежують поняття «безпечна продукція» і «екологічно чиста продукція»: «Безпечна продукція повинна відповідати встановленим екологічним вимогам та показникам, що закріплені у медико-біологічних нормативах, стандартах, технічних умовах, та не являють небезпеку для життя та здоров'я людей. У такій продукції токсичні речовини можуть міститися у гранично допустимих для людини концентраціях. Екологічно чистою є продукція, що відповідає вимогам закону, тобто володіє живильною цінністю, зміцнює здоров'я та разом із тим не надає канцерогенного, мутагенного чи іншого несприятливого впливу на організм людини в результаті її споживання. Правовий статус екологічно чистої продукції визначається відповідними санітарними та ветеринарними нормами, іншими вимогами безпеки, що встановлюються державними стандартами, технічними умовами, та іншими нормативними актами та правилами»<sup>8</sup>. Коли говорять про екологічно чисті продукти, мають на увазі в основному продукти харчування. Органічна продукція є особливим видом сільськогосподарської продукції. Як зазначає С. І. Марченко, у чинному законодавстві закріплено особливий правовий режим сільськогосподарської продукції як такої, що «виконує функцію забезпечення нормального функціонування організму людини, збереження його здоров'я» та є «товаром, що має вагомe значення в життєдіяльності в Україні»<sup>9</sup>.

У ст. 1 Закону України «Про безпечність та якість харчових продуктів» визначено, що безпечний харчовий продукт це – харчовий продукт, який не створює шкідливого впливу на здоров'я людини безпосередньо чи опосередковано за умов його виробництва та обігу з дотриманням вимог санітарних заходів та споживання (використання) за призначенням<sup>10</sup>. Таким чином, безпечність тут пов'язується зі здоров'ям людини, а вплив сільськогосподарського виробництва на стан навколишнього середовища залишається поза увагою законодавця.

Стандарти органічного виробництва сільськогосподарської продукції є не просто стандартами органічного виробництва, а стандартами у сфері захисту прав людини на харчування та гідний рівень життя. При цьому слід зазначити, що зростаючий попит на органічну продукцію становить певну загрозу для фармацевтичної та хімічної індустрії. Адже зі зниженням попиту на пестициди, ветеринарні ліки та генетично модифіковані продукти буде знижуватися прибуток компаній з фармацевтичної та хімічної індустрії. Цілком логічно, що представники цих галузей економіки чинитимуть перешкоди для розвитку органічного фермерства в Україні.

Органічне виробництво сільськогосподарської продукції є також інструментом стратегічного управління ринком, спрямованим на розвиток конкурентоспроможного екологічного сільського господарства. У зв'язку з цим необхідно застосовувати комплексний підхід до аграрної реформи в частині розвитку органічного виробництва в Україні.

З огляду на викладене вище можна зробити висновок, що екологічне сільське господарство слід розглядати як виробничий процес, що забезпечує вирощування екологічно чистої продукції рослинного та тваринного походження. Чинне законодавство України в цілому врегульовує питання щодо органічного виробництва, але окремі аспекти залишилися поза увагою законодавця (наприклад, відсутнє визначення поняття сертифікованого виробництва, у Законі України «Про безпечність та якість харчових продуктів» ігнорується вплив сільськогосподарського виробництва на стан довкілля) та не повною мірою враховано особливості даного виробництва. Так, однією з особливостей сільськогосподарського виробництва органічної продукції є те, що вимоги щодо її виробництва не застосовуються та й не можуть застосовуватися у великих масштабах. Додатково слід звернути увагу на переваги органічного виробництва, які повинні бути стимулом для розвитку вітчизняного законодавства, а саме: те, що таке виробництво сприяє збереженню традиційного способу життя сільського населення, природних історичних ландшафтів та навколишнього природного середовища. Тобто, метод органічного виробництва відіграє подвійну соціальну роль: з одного боку, забезпечує специфічний ринок, який відповідає потребам споживача у органічній продукції, а з другого, – забезпечує загальне благо, сприяючи захисту довкілля, належному утриманню тварин, а також розвитку сільської місцевості<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> Державна цільова програма розвитку українського села на період до 2015 року про ОРГАНІК, затверджена постановою Кабінету Міністрів України № 1158 від 19 вересня 2007 року // Офіційний вісник України. – 2007. – № 73. – С. 7. – Ст. 2715, код акту 41044/2007. – (Зі змін.).

<sup>2</sup> Про виробництво та обіг органічної сільськогосподарської продукції та сировини: Закон України від 3 вересня 2013 р. № 425-VII // Урядовий кур'єр. – 2013. – № 190. – (Зі змін.).

<sup>3</sup> Марченко С. І. Правові питання державної підтримки органічного сільськогосподарського виробництва / С. І. Марченко // Правові засади ведення органічного землеробства: зб. матеріалів міжнародної наук.-практ. конференції (29–30 вересня 2017 р.) / за ред. М. В. Шульги. – Х. : Доміно, 2017. – 246 с. – С. 164.

<sup>4</sup> Минина Е. Л. Правовое обеспечение продовольственной безопасности / Е. Л. Минина // Правовое обеспечение развития сельского хозяйства в России / отв. ред. С. А. Боголюбов. – М., Юрист, 2005. – С. 49–50.

<sup>5</sup> Минина Е. Л. «Экологическое сельское хозяйство»: проблемы становления и правового регулирования / Е. Л. Минина // Международно-правовое и национальное регулирование экологической сферы общества: сб. статей / сост. Ю. С. Шемшученко, С. А. Боголюбов. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, 2011. – С. 231.

<sup>6</sup> Прокудина Н. В. Экологическое сельское хозяйство в Европейском Союзе: правовой аспект / Н. В. Прокудина ; Международный фонд Культуры Мира, Ком. Совета Федерации Федер. Собр. Рос. Федерации по аграр.-производств. политике и рыбохоз. комплексу. – М., 2010. – 52 с. – С. 12.

<sup>7</sup> Постанова Ради (ЄС) № 834/2007 від 28 червня 2007 року стосовно органічного виробництва і маркування органічних продуктів, та скасування Постанови (ЄС) № 2092/91 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://organicstandard.com.ua/files/standards/ua/ec/EU%20Reg\\_834\\_2007%20Organic%20Production\\_UA.pdf](http://organicstandard.com.ua/files/standards/ua/ec/EU%20Reg_834_2007%20Organic%20Production_UA.pdf)

<sup>8</sup> Ярандайкин Р. С. Организационно-правовые проблемы производства и реализации экологически чистой сельскохозяйственной продукции: дисс. ... докт. юрид. наук: спец. 12.00.06 / Р. С. Ярандайкин. – М.: Московская государственная юридическая академия, 1999. – 349 с. – С. 15.

<sup>9</sup> Марченко С. І. Організаційно-правові питання товарного сільськогосподарського виробництва в Україні : моногр. / С. І. Марченко. – К. : ВГЛ «Обрії», 2010. – 200 с. – С. 82.

<sup>10</sup> Про безпечність та якість харчових продуктів : Закон України від 23.12.1997 р. № 771/97-ВР // Урядовий кур'єр. – 1998. – 24 січня. – (Зі змін.).

<sup>11</sup> Постанова Ради (ЄС) № 834/2007 від 28 червня 2007 року стосовно органічного виробництва і маркування органічних продуктів, та скасування Постанови (ЄС) № 2092/91 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://organicstandard.com.ua/files/standards/ua/ec/EU%20Reg\\_834\\_2007%20Organic%20Production\\_UA.pdf](http://organicstandard.com.ua/files/standards/ua/ec/EU%20Reg_834_2007%20Organic%20Production_UA.pdf)

#### Резюме

##### **Мельник В. О. Органічне виробництво сільськогосподарської продукції в Україні.**

Стаття присвячена дослідженню питання правового регулювання органічного виробництва сільськогосподарської продукції в Україні. Автор аналізує положення чинного законодавства України щодо визначення поняття органічного виробництва та складових даного процесу з урахуванням теоретичних положень науки аграрного право. У результаті було виявлено та викладено особливості правового регулювання органічного виробництва сільськогосподарської продукції та тенденції розвитку суспільних відносин в даній сфері.

**Ключові слова:** сільськогосподарська продукція, сільськогосподарське виробництво, органічне виробництво, продовольча безпека, екологічна безпека.

#### Резюме

##### **Мельник В. А. Органическое производство сельскохозяйственной продукции в Украине.**

Статья посвящена исследованию вопроса правового регулирования органического производства сельскохозяйственной продукции в Украине. Автор анализирует положения действующего законодательства Украины относительно определения понятия органического производства и составляющих данного процесса с учетом теоретических положений науки аграрного право. В результате были обнаружены и изложены особенности правового регулирования органического производства сельскохозяйственной продукции и тенденции развития общественных отношений в данной сфере.

**Ключевые слова:** сельскохозяйственная продукция, сельскохозяйственное производство, органическое производство, продовольственная безопасность, экологическая безопасность.

#### Summary

##### **Melnyk V. Organic production of agricultural products in Ukraine.**

Issues about legal regulation of organic farming in Ukraine are investigated in the article. The author analyzes provisions of Ukrainian legislation about organic farming, and its components taking into account theoretical provisions of agricultural law science. As a result, the peculiarities of legal regulation of organic farming and the tendencies of public relations' development are revealed and represented in the given case.

**Key words:** agricultural products, agricultural production, organic farming, food safety, environmental safety.

УДК 342.25

**П. Д. БІЛЕНЧУК, Л. В. БОРИСОВА**

*Петро Дмитрович Біленчук, кандидат юридичних наук, доцент, професор Київського університету права НАН України*

*Лариса Володимирівна Борисова, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Національного університету цивільного захисту*

## СТРАТЕГІЯ МІЖНАРОДНОЇ ТА РЕГІОНАЛЬНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ ІЗ ЗАПОБІГАННЯ КІБЕРЗЛОЧИННОСТІ

Аналізуючи та оцінюючи небезпеку протиправних діянь для світового співтовариства як відображення об'єктивної дійсності та міжнародної практики боротьби із злочинами, вчені дійшли висновку, що кількість діянь, які сприймаються міжнародною спільнотою злочинами, збільшилася. У 20-х рр. ХХ ст. частина юристів-міжнародників<sup>1</sup> виступала за прийняття міжнародного кодексу, де були б перелічені найбільш серйозні порушення міжнародного права і встановлені санкції за діяння, що мають ознаки міжнародної суспільної загрози з їхнім поділом на дві групи: міжнародні злочини і правопорушення міжнародного характеру, стосовно яких має місце конфлікт національних юрисдикцій або складно визначити територіальну юрисдикцію певних держав<sup>2</sup>.

Глобальний кримінальний світ, як і вся світова спільнота, здійснює свою еволюцію і на цьому процесі позначаються такі чинники: технологічні; політичні; економічні; внутрішні, що формують злочинний світ. Адольф Кетле в своїй праці «Соціальная система и законы ею управляющие» визначив: «Число преступлений зависит не только от нравственности личностей и социальных условий, при которых они находятся, но также и от законов, которые должны бы совершенно гармонизировать с нравами и потребностями народов. Отсутствие этой гармонии всего чаще порождает общественные беспорядки»<sup>3</sup>.

Таким чином, в умовах новітніх технологій в усіх сферах життя людини і постійно наростаючої взаємозалежності членів міжнародного співтовариства «практично всі злочини, які передбачаються загальним кримінальним правом, мають міжнародну направленість»<sup>4</sup>, зовнішні риси і змістовні ознаки яких не можуть бути вичерпаними – уточнюється їхня система, вдосконалюються і розвиваються правові норми. Різним аспектам кіберзлочинності приділялася увага в наукових працях вітчизняних і зарубіжних вчених: Ю. М. Батуріна, В. Б. Вехова, А. Б. Венгерова, В. О. Голубева, М. В. Гуцалюка, І. З. Карася, В. В. Крилова, В. Ю. Рогозіна, М. Г. Шурухнова, Р. С. Белкіна, В. О. Коновалової, В. С. Кузьмічова, В. К. Лисиченка, Є. Д. Лук'яничова, О. Є. Манохи, Г. А. Матусовського, В. О. Образцова, М. В. Салтевського та інших.

**Метою** статті є потреба у подальшому поглибленому дослідженні міжнародної та регіональної юрисдикції інформаційного права кіберзлочинності для посилення ефективності боротьби з протиправними діями в сфері інформаційних технологій. Злочини міжнародного характеру, до яких належать діяння, що «посягають на інтереси декількох держав, які вчиняються особами (групами осіб) не у зв'язку з політикою будь-якої держави»<sup>5</sup>, а всупереч законодавству і правопорядку своєї держави заради досягнення власних протиправних цілей, також являють собою міжнародну суспільну загрозу. Стан охорони національних кордонів і рамки юрисдикції вивчаються зловмисниками з метою приховування доказів та уникнення розслідування й судового переслідування. Відповідно, можна говорити про транснаціональну злочинність<sup>6</sup>, що відображено в документах ООН.

Юридичним підґрунтям відповідальності за злочини міжнародного характеру є «міжнародні конвенції по боротьбі із конкретними видами злочинів і прийняті у відповідності з ними національні норми кримінального права»<sup>7</sup>. Укладаючи міжнародні конвенції, держави світу вирішують наступні завдання<sup>8</sup>: узгоджують кваліфікації злочинів, які становлять міжнародну суспільну небезпеку; домовляються про включення у національне кримінальне законодавство норм щодо відповідальності за такі діяння і відповідного ступеня тяж-

кості їхнього покарання; встановлюють юрисдикції над злочинами і можливими злочинцями (підозрюваними); взаємодіють у процесі здійснення кримінального переслідування, враховуючи надання правової допомоги.

У 90-х рр. минулого століття у зв'язку із зростанням занепокоєння з приводу транснаціональної організованої злочинності було проведено цілу низку міжнародних нарад, на яких розглядалися можливі рішення цієї проблеми. Поступово склався значний комплекс багатосторонніх міжнародних конвенцій, кожна з яких присвячена певному виду злочинів<sup>9</sup>. Відповідно міжнародної спільноти глобальному кримінальному світу стала міжнародна угода ООН, а саме Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності (резолуція 55/25 Генеральної Асамблеї від 15 листопада 2000 р.), яка має допомогти державам у вирішенні спільної проблеми і відповідно до якої ці документи не застосовуються щодо правопорушень, які не належать до організованої злочинності, розглядаючи як виняток тільки окремі області – особливо корупцію і комп'ютерні правопорушення, що вчиняються окремими особами і стали проблемою, яка потребує більшої міжнародної уваги. Конвенція застосовується у тих випадках, коли «відповідний злочин повинен мати «транснаціональний характер». Як правило, такими є злочини, які плануються чи вчиняються в кількох державах, або вчиняються в одній державі, а мають істотні наслідки в іншій»<sup>10</sup>.

Даючи визначення держави, цитують Конвенцію про права і обов'язки держав, яка прийнята на VII Міжнародній конференції американських країн у 1933 р. в Монтевідео<sup>11</sup>. Держава характеризується об'єктивно притаманною їй політико-юридичною властивістю – суверенітетом, тому «кожна держава зобов'язана поважати суверенітет інших учасників системи, тобто їхнє право в межах власної території здійснювати законодавчу, виконавчу, адміністративну й судову владу без будь-якого втручання з боку інших держав»<sup>12</sup>. Принцип «загальної юрисдикції» застосовується для вузької категорії діянь, за вчинення яких законодавчо передбачається переслідування державами, які поділяють цей принцип, незалежно від місця вчинення таких злочинів та їхнього впливу на державу, в якій здійснюється юрисдикція. Існування різних принципів, більшість із яких заперечують один одного, приводить до думки, що проблеми юрисдикції не нові в сучасному міжнародному праві. Інтернет і комп'ютерні системи тільки розширюють спектр потенціальних проблем. Слід звернути увагу на очевидне протиріччя «глобалізації» та «безмежності» Інтернет принципам юрисдикції, а це вносить певні зміни в концепції здійснення юрисдикції.

Юридична рівність держав не означає їхньої фактичної рівності, що й враховується в реальних міжнародних відносинах<sup>13</sup>. У міжнародному праві існує декілька традиційних юридичних норм. У більшості суперечливих випадків рішення, як правило, приймається на користь «територіального» принципу (основа для здійснення свого законодавства) або відповідно до міжнародних угод. Сьогодні може виникнути ситуація, коли спроба однієї сторони визначити правила екстра-територіальної юрисдикції іншої сторони сприймається як посягання на державний суверенітет.

У тих державах світу, де діє принцип верховенства права і поважають законність, Інтернет – тільки функція глобальної телекомунікаційної революції. Науково-технічний прогрес поставив перед людством серйозні проблеми і встановив колосальну відповідальність за використання отриманої могутності: «розвиток техніки несе необмежені можливості для добра і зла»<sup>14</sup>. Кібернетика стала фактором кризи, сприяючи другій промисловій революції: проблеми, які ставляться сучасними технологіями, можуть вирішуватися за допомогою тих самих технологій. Відповідно, поняття територіальності стає фундаментальним у формуванні концепції «кіберправа», «кібербезпеки», «кіберкриміналістики». Експерти в галузі інформатики зазначають: «інформаційне суспільство» не має політичних, соціальних та економічних кордонів<sup>15</sup>. Транснаціональний характер кіберзлочинності дає змогу вважати, що розробка загальної політики з ключових питань повинна бути частиною будь-якої стратегії в боротьбі зі злочинністю. Така концепція має важливе значення для запобігання виникненню «інформаційних сховищ», у тому числі й у рамках тих правових систем, де кіберзлочини не є кримінально карними. Принцип державного суверенітету залишається нездоланною перешкодою. Боротьба з кіберзлочинністю в сучасних умовах ускладнюється з таких причин: відкриті структури телекомунікаційних мереж дають користувачам таке правове середовище, яке оптимально відповідає їхнім цілям, тобто користувачі можуть вибирати держави, в яких певні дії, вчинені в електронному середовищі, не спричиняють кримінальної відповідальності порівняно з їхнім внутрішнім правом; для розслідування злочинів, що мають місце в електронному середовищі, потрібен спеціальний досвід і знання, належні процедури розслідування й юридичні повноваження, якими правоохоронні органи відповідних держав можуть не володіти; у той же час слідчі дії правоохоронних органів у цілому повинні обмежуватися територією власної держави, а це означає, що для боротьби зі злочинами у відкритих телекомунікаційних мережах необхідно активізувати міжнародне співробітництво.

Комітет експертів із кіберзлочинів (Committee of Experts on Crime in Cyber-Space), який був організований за рішенням Ради Європи в 1996 р., у вересні 2001 р. надав для затвердження Комітету міністрів остаточну – двадцять восьму версію Конвенції щодо комп'ютерних правопорушень, в якій досить чітко визначені види комп'ютерної злочинності та шляхи взаємодії урядів щодо боротьби з комп'ютерними правопорушеннями<sup>16</sup>.

Складним є завдання визначення сфери дії, розповсюдження та збитків від кіберзлочинів, які вчиняються в інформаційному просторі. Вивчення цих проблем дало змогу зробити висновок, що «кінцевою метою кожного комп'ютерного злочину є отримання інформації, яка зберігається, передається, обробляється на комп'ютері в будь-якому вигляді (закодована або ні) та вміщує дані про сфери людської діяльності»<sup>17</sup>.

Розробка загальної політики по протидії кіберзлочинності стала одним із напрямів діяльності Програми ООН. Метою керівного документа із запобігання злочинам, пов'язаним із використанням комп'ютерів і боротьбою з правопорушеннями в сфері інформаційних технологій, опублікованого ООН, є узгодження як матеріального, так і процесуального права, а також міжнародне співробітництво в боротьбі зі злочинністю, пов'язаною з використанням комп'ютерів. У зв'язку з цим увага світової спільноти акцентується на таких аспектах<sup>18</sup>: сприяння розробці правотворчими органами стандартів для забезпечення надійності і безпеки телекомунікацій та технологій обробки даних; розробка інформаційних і телекомунікаційних систем, здатних виявляти зловживання в мережах, відслідковувати осіб, які вчиняють такі зловживання й збирати відповідні докази.

Як підкреслює англійський криміналіст М. А. Уілмер, «злочинці та працівники органів кримінальної юстиції ведуть між собою постійну боротьбу за інформацію»<sup>19</sup>. У ряді держав світу підготовлено керівні правові нормативні документи, що вміщують технічні та процесуальні інструкції стосовно напрямів проведення розслідування, а це допомагає скоротити обсяг втрачених доказів і забезпечити їхню доступність використання в суді. У відомчих структур Інтерполу створено декілька робочих груп експертів зі злочинності, пов'язаної з інформаційними технологіями, які займаються розробкою конкретних засобів програмного забезпечення з метою виявлення визначених злочинів у Інтернет. Міжнародна Торгова Палата (ICC) організувала спеціальний відділ для захисту 7000 компаній в усьому світі від комп'ютерних злочинів. Крім визначення методів здійснення атак відділ надає спеціальну інформацію про захист від атак. Розвивається спеціальна база даних про кримінальні дії в інформаційному просторі та налагоджується співробітництво між правоохоронними органами і недержавними організаціями. У Рекомендаціях Ради Європи (R(89)9, R(95)13) підкреслюється необхідність створення в рамках національних правоохоронних органів спеціалізованих підрозділів з проблем кіберзлочинності. Такі підрозділи необхідно забезпечити законами, нормативними актами, укомплектувати професійними кадрами високого рівня, оснастити відповідним обладнанням і засобами програмного забезпечення.

Із урахуванням існуючих сьогодні в світі міжнародних масштабів телекомунікаційних мереж менш ймовірним стає те, що всі елементи кіберзлочинності будуть обмежені територією однієї держави. Залежно від відношень між заінтересованими державами, характеру відповідної інформації та інших факторів може виникнути потреба в розробці повноважень і процедур у міжнародних угодах<sup>20</sup>. У сучасному міжнародному праві сьогодні існує поняття саме обов'язку держав співпрацювати один з одним та ООН. У міжнародну практику ввійшов принцип співробітництва держав: «по-перше, підтримувати мир і безпеку можна лише шляхом співробітництва в різних сферах міжнародного життя; по-друге, сучасні проблеми настільки ускладнилися, що поодиночі вирішувати їх вже практично неможливо»<sup>21</sup>.

Здійснення згідно зі статтями Європейської Конвенції про взаємну допомогу в кримінальних справах між державами-членами Європейського Союзу<sup>22</sup> спільних дій при розслідуванні транснаціональних кіберзлочинів ускладнюються з таких причин: традиційні форми співпраці передбачають письмові клопотання про надання правової допомоги, а це пов'язано з втратою часу у випадку розслідування кіберзлочинів, що спричиняє втрату доказів внаслідок знищення «історичних даних»<sup>23</sup>; виявлення, закріплення, вилучення «історичних даних», збережених за допомогою комп'ютерних мереж є можливим стосовно двох держав (держави місця знаходження потерпілої особи і держави, в якій перебуває злочинець). Якщо комп'ютерне повідомлення проходить через три і більше держав, то надання правової допомоги може затягнутися на тривалий час, у результаті чого існує значна ймовірність зміни чи знищення «історичних даних»; законами одних держав проводиться розмежування між пошуком і перехопленням даних у процесі їхньої передачі та пошуком даних, що зберігаються, в той час як у правових системах інших держав чітке розмежування відсутнє.

Входження України до Європейського співтовариства та підписання нашою державою 23 листопада 2001 р. Європейської Конвенції про кіберзлочинність, в якій визначено конкретні шляхи взаємодії урядів щодо боротьби з цим явищем, сприяло розробці концепції реформування взаємодії правоохоронних органів України з правоохоронними органами зарубіжних країн.

Аналіз основних міжнародних документів правового регулювання інформаційних технологій дав змогу зробити висновок, що для ефективної діяльності щодо розслідування транснаціональних комп'ютерних злочинів необхідно: *здійснити* уніфікацію кримінального й кримінально-процесуального законодавств кожної держави за вчинення кіберзлочинів; *усунути* норми «подвійного права»; *удосконалити* протокол офіційної правової допомоги для ефективного розслідування злочинів і вирішення проблеми оперативного отримання із-за кордону вилучених та збережених на час надання правової допомоги комп'ютерної інформації в документованому виді для використання як доказу; *передбачити* канал зв'язку для забезпечення обслуговування невідкладних запитів у будь-який проміжок часу в усіх часових поясах з метою удосконалення системи слідчих і оперативно-розшукових заходів, особливо стосовно кримінальних справ, які зачіпають інтереси декількох держав; *запровадити* системи ідентифікації для сприяння пошуку комп'ютерного злочинця за декілька секунд з метою отримання незаперечних доказів його злочинної діяльності; *забезпечити* обмін адресами операторів мережі/постачальників послуг мережі.

<sup>1</sup> Наприклад, професор Пелла, організатор і керівник уніфікаційного руху, наполягав на віднесенні піратства і підробки грошей і т.п. до «міжнародних злочинів».



- <sup>2</sup> Трайнин А. Н. Защита мира и борьба с преступлениями против человечества / А. Н. Трайнин. – М.: Акад. наук СССР, 1956. – С. 13.
- <sup>3</sup> Кетле А. Социальная система и законы ею управляющие / А. Кетле; с фр. пер. князь Л. Н. Шаховской. – С.-Петербург, 1886. – С. 218.
- <sup>4</sup> Международное уголовное право. учебн. пособ. / под общ. ред. В. Н. Кудрявцева. 2-е изд. перераб. и доп. – М.: Наука, 1999. – С. 217.
- <sup>5</sup> Международное право: учеб. для вузов / Г. В. Игнатенко, В. Я. Суворова, И. О. Туинов и др.; под ред. Г. В. Игнатенко. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Высш. шк., 1995. – С. 160.
- <sup>6</sup> Там само. – С. 116.
- <sup>7</sup> Там само. – С. 160.
- <sup>8</sup> Там само. – С. 284.
- <sup>9</sup> До них належать Всесвітня конференція на рівні міністрів по транснаціональній організованій злочинності, яка відбулася у Неаполі, Італія, 21–23 листопада 1994 р. (документ А/49/748); Регіональний семінар на рівні міністрів по заходам у зв'язку з Політичною декларацією і Глобальним планом дій проти організованої транснаціональної злочинності, що відбувся у Буенос-Айресі 27–30 листопада 1995 р. (документ E/CN.15/1996/2/ Add.1); Регіональний семінар на рівні міністрів держав Африки по організованій транснаціональній злочинності та корупції, що проходив у Дакарі 21–23 липня 1997 р. (документ E/CN.15/1998/6/Add.1); Регіональний семінар на рівні міністрів країн Азії по організованій транснаціональній злочинності та корупції, який відбувся у Мілані 23–25 березня 1998 р. (документ E/CN/151998/6/Add.2) та ін.
- <sup>10</sup> Див.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www/odccp.org/palermo/convmain.html>
- <sup>11</sup> Туском Жан. Міжнародне право: підруч. / Жан Туском; пер. з франц. – К.: АртЕк, 1998. – С. 45–46.
- <sup>12</sup> Международное право: учеб. / отв. ред. Ю. М. Колосов, В. И. Кузнецов. (Диплом. акад. МИД РФ, МГИ МО МИД РФ). – М.: Международные отношения, 1996. – С. 28.
- <sup>13</sup> Там само. – С. 30.
- <sup>14</sup> Винер Н. Кибернетика или управление и связь в животном и машине / Н. Винер; пер. с англ. / предисл. Г. Н. Поварова. 2-е изд. – М.: Совет. радио, 1968. – С. 76.
- <sup>15</sup> Breivik P. S. "Education for the information age", D.W. Farmer and T.F. Mech, eds., New Directions for Higher Education, № 78, summer 1992.
- <sup>16</sup> Гуцалюк М. В. Кримінальний кодекс та комп'ютерна злочинність / М. В. Гуцалюк // Новий Кримінальний кодекс України: Питання застосування і вивчення: Матер. міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 25–26 жовтня 2001 р.) / редкол.: В. В. Сташис (голов. ред.) та ін. – К. – Х.: Юрінком Інтер, 2002. – С. 163–166.
- <sup>17</sup> Черних А. В. Обеспечение безопасности автоматизированных информационных систем (уголовно-правовые аспекты) / А. В. Черних // Советское государство и право. – М., 1990. – № 6. – С. 118.
- <sup>18</sup> Преступления, связанные с использованием компьютерной сети. Справочный документ для семинара-практикума по использованию компьютерной сети / Десятый Конгресс Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями. – Документ ООН А/CONF/187/10. – С. 18.
- <sup>19</sup> Уилмер М. А. Преступность и теория информации / М. А. Уилмер; пер. с англ. – М., 1973. – С. 10.
- <sup>20</sup> Преступления, связанные с использованием компьютерной сети. Справочный документ для семинара-практикума по использованию компьютерной сети / Десятый Конгресс Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями. – Документ ООН А/CONF/187/10. – С. 16.
- <sup>21</sup> Туском Жан. Міжнародне право: підруч. / Жан Туском; пер. з франц. – К.: АртЕк, 1998. – С. 69.
- <sup>22</sup> Акт Ради від 29 травня 2000 р. про введення в дію Конвенції про взаємну допомогу в кримінальних справах між державами-членами Європейського Союзу відповідно до ст. 34 Договору про Європейський Союз (2000/С 197/01).
- <sup>23</sup> У спеціальній літературі й міжнародних документах відомості про проходження інформації іменуються як «історичні дані», «дані про потоки» або «дані про потоки інформації» і вказують на джерело, призначення, шлях або маршрут, час, дату, розмір, тривалість чи тип мережевого сервісу.

#### Резюме

**Біленчук П. Д., Борисова Л. В. Основи міжнародної та регіональної юрисдикції інформаційного права кіберзлочинності.**

У даній статті здійснено аналіз основних міжнародних документів правового регулювання інформаційних технологій. Зроблено висновок, що кінцевою метою кожного кіберзлочину є отримання інформації, яка зберігається, передається, обробляється на комп'ютері в будь-якому вигляді (закодована або ні) та вміщує дані про сфери людської діяльності. Запропоновані шляхи для ефективної діяльності щодо розслідування транснаціональних кіберзлочинів.

**Ключові слова:** транснаціональні злочини, кіберзлочинність, телекомунікаційні мережі, розслідування транснаціональних кіберзлочинів.

#### Резюме

**Біленчук П. Д., Борисова Л. В. Основы международной и региональной юрисдикции информационного права киберпреступности.**

В данной статье проведен анализ основных международных документов правового регулирования информационных технологий. Сделан вывод, что конечной целью каждого компьютерного преступления является получение информации, которая хранится, передаётся, обрабатывается на компьютере в любом виде (кодированная или нет) и содержит данные о сферах человеческой деятельности. Предложены пути эффективной деятельности по расследованию транснациональных компьютерных преступлений.

**Ключевые слова:** транснациональные преступления, киберпреступность, телекоммуникационные сети, расследование транснациональных компьютерных преступлений.

Summary

*Bilenchuk P., Borysova L. Fundamentals of international and regional jurisdiction of the information law of cybercrime.*

This article analyzes the main international documents of the legal regulation of information technologies and concludes that the ultimate goal of each computer crime is to obtain information that is stored, transmitted, processed on a computer in any form (coded or not) and contains data on spheres of human activity, ways of effective activity on investigation of transnational computer crimes are offered.

**Key words:** transnational crimes, cybercrime, telecommunication networks, investigation of transnational computer crimes.

УДК 344.13

**І. Р. СЕРКЕВИЧ**

*Ірина Ростиславівна Серкевич, кандидат юридичних наук, доцент Львівського державного університету внутрішніх справ*

## ПОНЯТТЯ ПОСАДОВОЇ ОСОБИ І ОСОБЛИВОСТІ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОСАДОВІ ЗЛОЧИНИ: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

Регламентация кримінальної відповідальності посадових осіб за злочини, скоєні з використанням свого посадового становища, актуальна не тільки для України, а й для більшості зарубіжних країн. Багато питань, що стосуються визначення правового статусу спеціального суб'єкта посадових злочинів і його законодавчого закріплення в зарубіжному кримінальному праві вирішено не завжди послідовно. До того ж зростання рівня злочинності, особливо корупції, серед державних службовців багатьох країн змушує їхні законодавчі органи шукати шляхи підвищення ефективності кримінально-правових засобів боротьби з такими злочинами.

У зв'язку із цим і в теоретичному сенсі, і з позицій правозастосування становить інтерес порівняльно-правовий аналіз законодавства зарубіжних країн у контексті основних питань досліджуваної теми, насамперед тих, які стосуються поняття посадової особи.

Перш ніж здійснювати такий аналіз, слід звернути увагу на різноманітність застосовуваних у національному і зарубіжному праві термінів на позначення спеціальних суб'єктів. Зокрема, у нормах кримінального права і в кримінально-правовій доктрині України традиційно використовують термін «посадова особа». У більшості ж правових систем зарубіжних країн і, відповідно, в теорії кримінального права та суміжних галузей права (адміністративного, кримінально-процесуального, кримінально-виконавчого) як синонім терміна «посадова особа» використовують термін «чиновник».

Окрім того, у кримінальному законодавстві багатьох зарубіжних країн, особливо тих, де склалася романо-германська (континентальна) система права, на позначення суб'єктів отримання хабара та інших злочинів, скоєних з використанням свого посадового становища, нерідко використовують також терміни «державна посадова особа» або «публічний службовець»<sup>1</sup>.

Така різноманітність використовуваних термінів на позначення спеціальних суб'єктів при визначенні підстав і меж їх відповідальності за аналізовані злочини, на наш погляд, підтверджує необхідність теоретичного аналізу цієї проблеми у межах порівняльно-правового дослідження.

Не вдаючись до докладного аналізу всього різноманіття проблем, пов'язаних з правовою регламентацією відповідальності посадових осіб у нормах зарубіжного законодавства, оскільки ця тема цілком заслуговує самостійного дослідження, вважаємо за доцільне розглянути найтипівші підходи до визначення поняття посадової особи в національному законодавстві зарубіжних країн.

Так, згідно з Кримінальним кодексом Японії (ст. 7) під державною посадовою особою розуміється урядовий, муніципальний чиновник чи депутат, або член комітету, або інші службовці, які виконують публічні обов'язки відповідно до законодавства<sup>2</sup>. Цей термін охоплює державних службовців, публічних службовців, членів корпорацій, комітетів та інших осіб, які відповідно до закону або постанови відають публічними справами<sup>3</sup>.

У Примірному кримінальному кодексі США, що є офіційним проектом, підготовленим Інститутом американського права, і має рекомендаційне значення при розробці кримінальних кодексів окремих штатів, зазначено, що «публічний службовець» – це «будь-яка посадова особа або службовець держави, включаючи законодавців і суддів, і будь-яка особа, яка бере участь у здійсненні державної функції в якості присяжного засідателя, радника або консультанта або в будь-якому іншому статусі»<sup>4</sup>.

Поняття «публічний службовець» як спеціальний суб'єкт посадових злочинів використовується також у кримінальному законодавстві Франції, Данії, Австрії та багатьох інших країн.

У доктрині і законодавстві Великобританії інститут державної служби, на відміну від інших країн, де зазвичай у самій назві цього інституту використано поняття «публічної» (public, offentliches) або «державної» (state, staat) служби, визначається поняттям «громадянська служба» (civil service).

Так склалося історично: чиновник в англійському праві асоціюється з поняттям «цивільний слуга Крони» на протипагу її «військовим слугам». Відповідальність посадових осіб за службові зловживання, зокрема й за посадові злочини, у Великобританії регламентується не в кодифікованих кримінально-правових нормах (чи не з урахуванням єдиних кодексів), а на основі судових прецедентів, тобто індивідуальних судових рішень у конкретних справах<sup>5</sup>.

У ФРН наявність чиновництва як особливої групи людей, пов'язаних з державною службою, ґрунтується на положеннях п. 4 і 5 ст. 33 Основного закону ФРН, у якій йдеться про осіб державної служби, пов'язаних «узлами публічно-правових відносин служби і вірності». Їм, на відміну від звичайних службовців, доручається «здійснення владних повноважень». «Право державної служби повинно регулюватися з урахуванням традиційних принципів, що стосуються статусу професійних чиновників». Ці конституційні положення більш розгорнуто сформульовано в законах про чиновників. Найважливіший з них – Федеральний закон про чиновників, який прийнятий 1953 р. і діє донині в редакції 1985 року. У цьому законі наведено загальне визначення статусу чиновників, сформульовано принципи їх призначення, просування по службі, визначено права й обов'язки, умови, яким повинен відповідати чиновник.

У кримінальному законодавстві Франції проблемі боротьби зі злочинами посадових осіб приділено значну увагу. Кримінальний кодекс Франції, що прийнятий 1992 р. і набув чинності 1994 р., складається з чотирьох книг. У книзі 4 «Злочини і проступки проти нації, держави і громадського спокою», у розділі 3 «Зазіхання на здійснення державної влади», міститься спеціальна глава 2 «Про зазіхання на державне управління, скоєні публічними посадовими особами»<sup>6</sup>.

У КК Франції немає загального визначення державної посадової особи. У статтях відповідної глави в ролі суб'єкта злочинів згадано різні категорії осіб, а саме: 1) представник державної влади; 2) особа, яка виконує завдання органів державного апарату; 3) особа, обрана громадським мандатом; 4) публічна посадова особа; 5) представник або службовець державної установи; 6) працівник економічного суспільства змішаного типу, у якому держава або державна організація володіє понад 50 % капіталу; 7) працівник націоналізованого підприємства; 8) керуючий або службовець державного підприємства; 9) службовець органів місцевого самоврядування; 10) державний бухгалтер та ін.<sup>7</sup>

Суб'єктом посадових злочинів у КК ФРН виступають посадові особи, а також «особи, спеціально уповноважені на виконання публічних обов'язків». У § 11 його загальної частини посадову особу визначено через державно-правові відносини за посадою або виконання завдань державного управління в органі влади чи іншій установі або ж за їх дорученням. Спеціально уповноваженим на виконання публічних обов'язків вважається той, хто, не будучи посадовою особою, у суспільстві або іншому об'єднанні, на підприємстві або фірмі, які виконують завдання державного управління за орган влади або інший заклад, – зайнятий або виконує для них якусь роботу і на основі закону формально зобов'язаний сумлінно виконувати свої обов'язки<sup>8</sup>.

У Кримінальному кодексі Італії посадова особа визначається як особа, яка виконує законодавчі, судові або адміністративні державні функції. Під державною розуміється функція, яка регламентована нормами публічного права і постановами влади, характеризується формуванням та вираженням волі публічної адміністрації і пов'язана з владними й завірними повноваженнями. Окрім посадових осіб, суб'єктами службових злочинів виступають особи, які виконують службу суспільної необхідності (приватні особи, які займаються адвокатською діяльністю або діяльністю у сфері санітарії, мають будь-яку іншу професію, що вимагає спеціального дозволу держави).

КК Італії містить такі види посадових злочинів: привласнення, хабарництво, підкуп, підбурювання до вчинення підкупу, зловживання службовим становищем, використання винаходів і відкриттів, які стали відомими по службі, використання службової таємниці, підбурювання до нехтування і знущання над установами, законами та нормативними актами влади, відмова від виконання службових обов'язків тощо<sup>9</sup>.

У Кримінальному кодексі Іспанії відповідальність посадових осіб передбачена в підрозділі 1 «Про посадові злочини державних службовців та інших» розділу XIX «Злочини проти державної влади». У цьому розділі спеціальним суб'єктом злочину нарівні з посадовою особою виступає і державний службовець. Так, у ст. 404 КК Іспанії зазначено, що посадова особа або державний службовець за ухвалення несправедливого рішення в адміністративній справі піддаються кримінальному покаранню<sup>10</sup>.

У кримінальному праві Швейцарії немає законодавчого визначення поняття посадової особи. У ролі суб'єктів службових злочинів вказано чиновників, членів виборного органу, осіб, які покликані здійснювати судову владу, третейських суддів, офіційно призначених експертів, письмових та усних перекладачів, осіб, які мають право публічно засвідчувати документи, лікарів, зокрема стоматологів, ветеринарів, акушерів, духівників, адвокатів, захисників, нотаріусів, ревізорів, аптекарів, чиновників поштових і телекомунікаційних служб<sup>11</sup>.

Вказані особи виступають суб'єктами злочинів, передбачених у статтях розділу 18 «Злочинні діяння проти службових і професійних обов'язків» Кримінального кодексу Швейцарії. У цьому розділі передбачено такі види посадових злочинів: зловживання службовим становищем (ст. 312), неправомірне стягнення зборів (ст. 313), неправильне виконання службових обов'язків (ст. 314), одержання хабара (ст. 315), прийняття подарунків (ст. 316), підробка документів за посадою (ст. 317), помилкове лікарське свідоцтво (ст. 318), допущення втечі (ст. 319), порушення службової таємниці (ст. ст. 320–321), порушення обов'язку надавати довідки засобом масової інформації (ст. 322)<sup>12</sup>.

Немає визначення посадової особи і у Зводі законів США. Суб'єктами посадових злочинів тут виступають: а) публічні посадові особи, до яких належать члени Конгресу США, члени постійних комісій, служ-

бовці, наймані працівники або особи, що діють від імені Сполучених Штатів, департаментів, представництв, органів виконавчої влади, наділені офіційними функціями або на підставі повноважень, а також присяжні; б) особи, обрані для виконання обов'язків державної посадової особи, відібрані як кандидати чи призначені, якщо вони повідомлені офіційно про майбутній відбір або призначення; в) спеціальні урядові службовці (чиновники або службовці федеральних законодавчого або виконавчого органів, будь-якого незалежного органу США, які працюють за винагороду або без неї не менше як 130 днів у році)<sup>13</sup>.

У кримінальному кодексі штату Нью-Йорк посадові злочини наведено в розділі «Злочини проти публічного управління». У цьому розділі передбачена відповідальність посадових осіб за неправомірну дію, під якою розуміють протиправну поведінку державного (муніципального) службовця з наміром отримати вигоду, або позбавити інших вигоди, або завдати шкоди іншим, використовуючи свої посадові обов'язки і здійснюючи незаконні дії при виконанні цих обов'язків. Передбачена відповідальність і за ухилення від виконання з таким же наміром обов'язків, прямо покладених на публічну посадову особу згідно із законом або очевидно властивих його посаді<sup>14</sup>.

Отже, порівняльно-правове дослідження засвідчує, що проблема законодавчого закріплення поняття посадової особи в різних країнах вирішується неоднозначно, а іноді й суперечливо. Для вдосконалення чинного кримінального законодавства України, на наше переконання, важливо врахувати позитивний досвід розвинених країн. Це стосується, зокрема, побудови санкцій кримінально-правових норм, які встановлюють відповідальність за злочини, вчинені посадовими особами з використанням свого службового становища. Наприклад, зважаючи на специфіку суспільно небезпечної поведінки посадових осіб, у санкціях відповідних кримінально-правових норм передбачити як основне і додаткове покарання позбавлення права обіймати певні посади або займатися службовою діяльністю в системі державної і муніципального управління.

Окрім того, враховуючи позитивний зарубіжний досвід правової регламентації цього виду покарання за посадові злочини (наприклад, у КК Іспанії), варто істотно збільшити його максимальні терміни, а за тяжкі й особливо тяжкі злочини передбачити в КК України новий вид цього покарання – довічне позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю, внісши його і в систему покарань, передбачену в Загальній частині КК України.

<sup>1</sup> Запобігання і протидія проявам корупції як елемент модернізації системи державної служби / Івано-Франківський центр науки, інновацій та інформатизації. – Івано-Франківськ, 2012. – С. 99.

<sup>2</sup> Уголовное право буржуазных стран. Общая часть : сборник законодательных актов / под ред. А. Н. Игнатова и И. Д. Козочкина. – М., 1990. – С. 295.

<sup>3</sup> Современное зарубежное уголовное право. Т. 1 : Аргентина. Дания. Япония. Югославия / пер. с нем. С. Л. Либбермана ; под ред. и с предисл. А. А. Пионтковского. – М. : Изд-во иностр. лит., 1957. – С. 311.

<sup>4</sup> Савченко А. В. Кримінальне законодавство України та федеральне кримінальне законодавство Сполучених Штатів Америки: комплексне порівняльно-правове дослідження : монографія / А. В. Савченко. – К. : КНТ, 2007. – С. 117–120.

<sup>5</sup> Малиновский А. А. Уголовное право зарубежных государств / А. А. Малиновский. – М., 1998. – С. 87.

<sup>6</sup> Новый Уголовный кодекс Франции / науч. ред. Н. Ф. Кузнецов, Э. Ф. Побегайло. – М., 1993. – С. 163–171.

<sup>7</sup> Ответственность за должностные преступления в зарубежных странах / Ф. М. Решетников, М. А. Игнатова, А. А. Меньших, Т. В. Апарова ; отв. ред. Ф. М. Решетников. – М. : Юрид. лит., 1994. – С. 44.

<sup>8</sup> Уголовный кодекс ФРГ / науч. ред. Н. Ф. Кузнецова и Ф. М. Решетникова. – М., 1996. – С. 14.

<sup>9</sup> Уголовный кодекс Италии / науч. ред. А. И. Коробеева. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2003. – С. 79.

<sup>10</sup> Уголовный кодекс Испании / под ред. Н. Ф. Кузнецовой и Ф. М. Решетникова. – М., 1998. – С. 126.

<sup>11</sup> Конституційне право зарубіжних країн : навч. посіб. / М. С. Горшеньова, К. О. Закоморна, В. О. Ріяка та ін. ; за заг. ред. В. О. Ріяки. – 2-ге вид., допов. і переробл. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – С. 48.

<sup>12</sup> Уголовный кодекс Швейцарии / науч. ред. Н. Ф. Кузнецова. – М., 2000. – С. 102–106.

<sup>13</sup> Ответственность за должностные преступления в зарубежных странах / Ф. М. Решетников, М. А. Игнатова, А. А. Меньших, Т. В. Апарова ; отв. ред. Ф. М. Решетников. – М. : Юрид. лит., 1994. – С. 62–63.

<sup>14</sup> Там само. – С. 70.

## Резюме

### **Серкевич І. Р. Поняття посадової особи і особливості відповідальності за посадові злочини: зарубіжний досвід.**

Із використанням порівняльно-правового методу досліджено поняття посадової особи і особливості відповідальності за посадові злочини в зарубіжних країнах (Франція, Німеччина, США, Італія). Враховуючи позитивний досвід цих держав, запропоновано у санкціях відповідних кримінально-правових норм передбачити як основне і додаткове покарання позбавлення права обіймати певні посади або займатися службовою діяльністю в системі державного і муніципального управління. Наголошено на збільшенні максимального терміну покарання за посадові злочини, а за тяжкі й особливо тяжкі злочини передбачити в КК України новий вид цього покарання – довічне позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю, внісши його і в систему покарань, передбачену в Загальній частині КК України.

**Ключові слова:** посадова особа, посадові злочини, покарання, кримінальна відповідальність, службова діяльність.

## Резюме

### **Серкевич И. Р. Понятие должностного лица и особенности ответственности за должностные преступления: зарубежный опыт.**

С использованием сравнительно-правового метода исследовано понятие должностного лица и особенности ответственности за должностные преступления в зарубежных странах (Франция, Германия, США, Италия). Учитывая положительный

опыт этих государств, предложено в санкциях соответствующих уголовно-правовых норм предусмотреть в качестве основного и дополнительного наказания лишение права занимать определенные должности или заниматься служебной деятельностью в системе государственного и муниципального управления. Акцентируется на увеличении максимального срока наказания за должностные преступления, а за тяжкие и особо тяжкие преступления предусмотреть в УК Украины новый вид этого наказания – пожизненное лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, внеся его и в систему наказаний, предусмотренную в Общей части УК Украины.

**Ключевые слова:** должностное лицо, должностные преступления, наказание, уголовная ответственность, служебная деятельность.

### Summary

**Serkevych I. The concept of an official and the peculiarities of responsibility for crimes committed by the officials: foreign experience.**

The concept of an official and the peculiarities of responsibility for crimes committed by the officials in foreign countries (France, Germany, USA, Italy) are researched using the comparative legal method. Taking into account the positive experience of these states, it was proposed to provide as a general and additional punishment – deprivation of the right to occupy certain offices or be engaged in the official functions in the system of state and municipal government – as a sanction to the relevant criminal law provisions. It is emphasized on the increasing of the maximum term of punishment for the crimes committed by the officials, and to foresee a new type of punishment for serious and especially grave crimes in the General Part of the Criminal Code of Ukraine – lifetime deprivation of the right to occupy certain offices or be engaged in certain activities.

**Key words:** official, crimes committed by the officials, punishment, criminal responsibility, official activity.

УДК 343.92 (477.7)

### С. О. ФІЛІППОВ

*Станіслав Олександрович Філіппов, кандидат психологічних наук, доцент, підполковник юстиції, доцент Національної академії Державної прикордонної служби України імені Богдана Хмельницького*

## ВПЛИВ ПОЛІТИЧНИХ ЧИННИКІВ НА ТРАНСКОРДОННУ ЗЛОЧИННІСТЬ

Питання про характер взаємозв'язку злочинності та політики не є новим. У науці обґрунтовано предмет політичної кримінології, до цих питань виявляють інтерес також спеціалісти в галузі міжнародного права та політології. Водночас наукою досі не виявлено загальних закономірностей взаємозв'язку політики та транскордонної злочинності. Разом із тим динаміка, різноманітність проявів та регіональні відмінності цього виду злочинності, на наш погляд, іноді прямо обумовлені особливостями політичних режимів або впливом політики в економічній, міжнаціональній, культурній сферах у відповідних країнах.

Наявність взаємовпливу політики та злочинності не ставиться під сумнів та належним чином обґрунтовано в авторитетних дослідженнях українських (Богдан Головкін, Наталія Зелінська, Юрій Орлов, Наталія Орловська, Ганна Маляр, Василь Шакун) та зарубіжних (Яків Гилинський, Іван Клейменов, Nikos Passas, Louise I. Shelley) вчених. Зокрема, ними досліджено явище криміногенності політики, під яким розуміється її властивість відтворювати політичну злочинність та фактори детермінації загальної злочинності (політичні криміногенні фактори)<sup>1</sup>. Окремий напрям досліджень стосується політизації злочинності, яка за визначенням Наталії Зелінської, полягає у підвищенні ролі злочинних співтовариств у житті суспільства, зростання їх політичного впливу<sup>2</sup>. У зв'язку з даними явищами згадується криміногенний потенціал, тобто рівень прихованої можливості особистісного і соціального масового порушення моральних заборон і правових (у тому числі кримінально-правових) норм. Довготривалий, складний, наполегливий процес протидії всіх соціальних систем держави тим явищам, які створюють криміногенний потенціал у суспільстві за Володимиром Голіною – кримінологічна політика<sup>3</sup>.

Низкою кримінологічних досліджень доведено, що як антикримінальність, так і криміногенність можуть бути іманентними властивостями політики. Водночас наявною прогалиною у сучасних дослідженнях є несформованість розуміння ролі політичних чинників (факторів) у детермінації транскордонної злочинності.

Виходячи з вищевикладеного, **мета** даної статті, полягає у тому, щоб сформувати розуміння взаємообумовленості політичних криміногенних чинників та рівня соціодинаміки держави та довести їх детермінуючий зв'язок з транскордонною злочинністю.

На наш погляд, зміст *політичного концепту транскордонної злочинності* полягає у тому, що транскордонна злочинність виступає як багатопланове, інтегративне утворення, що має логічно відокремлюване ядро (у виді сукупності, множинності злочинів), має територіальний та якісний вимір, пов'язаний з явищем *транскордонності* та різноманітні пласти, що обумовлені як соціокультурними, економічними, так і полі-

тичними детермінантами. При цьому *транскордонність* ми розглядаємо як сукупність ознак певного явища (що виходить за межі однієї держави), яка характеризує зв'язок між різними частинами цього явища, розділеного державними кордонами суміжних держав.

Насамперед з'ясуємо питання про те, який саме вплив чинить політика на транскордонну злочинність, оскільки наявність цього впливу аргументовано та доведено в наукових джерелах<sup>4</sup>. Особливо важливим це є з точки зору детермінізму<sup>5</sup>.

Цей вплив далеко не завжди є конструктивним з точки зору ефективності протидії злочинності, іноді – просто деструктивний, але суб'єкти політики завжди розуміють важливість наявності такого впливу саме у прикордонній сфері. Наприклад, у преамбулі Стратегії національної безпеки США, підписаній Президентом Трампом 18 грудня 2017 р. зазначено: «...ми відстоюємо наші кордони... Прозорі кордони та недотримання імміграційного законодавства створили безліч вразливостей»<sup>6</sup>. Уже перша стаття документа має назву «Безпечні кордони та території США».

Певний якісний стан розвитку суспільства, урахувавши цей вплив на його кримінальність (в її кількісних та якісних проявах) охоплюється науковим концептом «соціальний криміналізм». Юрій Орлов зазначає, що соціальний криміналізм не є функціонально нормальним параметром суспільного устрою, якістю соціодинаміки<sup>7</sup>. Виходячи з аналізу наукових джерел, політичними чинниками, що здійснюють вплив на рівень соціального криміналізму в прикордонному просторі найчастіше є:

1) по відношенню до метасистемних глобальних кримінальних явищ – обумовлені глобалізацією (наприклад, зменшення монополії національних держав у міжнародних відносинах та політичних процесах) та пов'язані з глокалізацією (збільшення ролі транскордонних процесів, що впливають на внутрішню та зовнішню політику держав),

2) за чутливими сферами, що впливають на транскордонні процеси: політика в економічній, релігійній, міжнаціональній, гендерній інших сферах.

Термін «глобалізація», який набув поширення після застосування його в 1983 р. у статті американського економіста Theodore Levitt в «Harvard Business Review», активно використовується у кримінології, у тому числі в дослідженнях явища транскордонності. Водночас глобалізація і регіональна інтеграція перебувають у досить суперечливій взаємодії, що спонукало англійського соціолога Roland Robertson до розробки поняття «глокалізація». Глокалізація – це процес приєднання локальних спільнот і територій до розгалуженої глобальної мережі світової політики і економіки<sup>8</sup>. Адміністративні кордони в цьому сенсі поступово поступаються місцем природним, соціально-економічним і соціально-культурним кордонам регіонів. Особливо це характерно для тих випадків, де кордони проведені без урахування саме цих факторів. Як поняття, глокалізація, на наш погляд, є складовою частиною дискурсу транскордонності та охоплює інтегративний конструкт «транскордонного», «трансрегіонального» й «транскультурного». Феномен глокалізації отримав ґрунтовне висвітлення в колективній монографії «Багатолика глобалізація. Культурне розмаїття в сучасному світі» під редакцією американських вчених Peter Berger і Samuel Huntington<sup>9</sup>.

Повертаючись до політичного або релігійного підґрунтя загальнокримінальних транскордонних злочинів, згадаймо дуже влучний вираз Nikos Passas: «За аналогією з думкою про те, що хімічна зброя є ядерною зброєю бідних країн, транскордонна злочинність живить прагнення до незалежності, автономії і самовизначення»<sup>10</sup>. Очевидно, що це далеко не найпоширеніший політичний чинник у системі детермінант транскордонних злочинів, але, можливо, саме той, яким найчастіше нехтують у кримінології. Дійсно, це дуже незручний чинник, оскільки на одне і те саме транскордонне явище погляди в суміжних державах можуть бути полярними.

Продемонструємо дію політичних факторів на показовому прикладі комплексної транскордонної проблеми на кордоні М'янми та Бангладеш. Мусульманський етнос рохінджа (Ruáingga /ruájŋga), лінгвістично споріднений з народами Індії та Бангладеш, чисельністю до 1,3 млн чол. компактно проживає у М'янми у штаті Ракхайн. Органи влади М'янми вважають рохінджа нелегальними мігрантами з Бангладеш, куди намагаються їх вислати. Їм відмовляють у громадянстві, законом обмежують їх право народжувати більше двох дітей. Багато біженців рохінджа, маючи досить недружні стосунки з буддистською громадою, перебувають в Індонезії, Малайзії, Таїланді. Але ряд країн Південно-Східної Азії, в тому числі мусульманських, відмовляється приймати цих біженців, зокрема перешкоджаючи руху суден з мігрантами на морських шляхах. У жовтні 2016 р. десятки людей атакували три м'янманських прикордонні пункти пропуску, в результаті чого загинуло дев'ять прикордонників. Після цього в штат Ракхайн на заході М'янми були введені війська і почалися репресії, що супроводжуються масовими насильницькими злочинами із сотнями жертв<sup>11</sup>. Виходячи з повідомлень уповноваженого комісара ООН, прикордонні території уздовж річки Наф, крім того, є місцем організації переправлення худоби, наркотиків, продовольчих товарів контрабандним шляхом. За даними ООН з М'янми в Бангладеш до грудня 2017 р. прибуло 626 тис. мусульман рохінджа. Причому понад 36 тис. дітей прибуло без супроводу дорослих<sup>12</sup>.

Інший кордон Бангладеш – з Індією також є надзвичайно проблемним. Організація нелегального переправлення бангладешців в Індію є організованим бізнесом, налагодженим вздовж чотиритисячного державного кордону. Корені масовості проблем у всіх зазначених державах – в особливостях визначення постколоніальних державних кордонів за релігійною та національною ознакою. Очевидно, що погляди суміжних держав на підходи до вирішення цих проблем є кардинально протилежними.

Окремим важливим питанням є вплив політики в гендерній сфері на соціальну криміналізацію. Відомо, що в наведеному нами прикладі масовими є насильницькі статеві злочини щодо жінок-біженців рохінджа з

боку співробітників органів безпеки М'янми, на що звертається увага в доповіді спецдоповідача Генасамблеї ООН про стан у сфері прав людини у М'янмі<sup>13</sup>. Інший бік цієї проблеми – недопущення радикалізації жінок, протидія їх залучення до діяльності FTF (іноземних бойовиків-терористів), протидія жіночому суїцидальному тероризму – female suicide terrorism (FST) тощо. Найвідомішим актом FST, вчиненим в Індії, є вбивство в 1991 р. прем'єр-міністра Раджива Ганді смертницею з організації «Тигри визволення Таміл-Іламу»<sup>14</sup>.

Аналіз наукових джерел (праці Louise I. Shelley, Івана Клейменова, Юрія Орлова) та наші попередні дослідження дають змогу зробити наступні припущення. Ефективність протидії транскордонній злочинності залежить від здатності охороняти свої кордони на високому технологічному рівні, який передбачає гармонійний баланс у забезпеченні бар'єрності та контактності державного кордону. Даного рівня можна досягти за умови належним чином побудованої політики, від якої залежать фінансові ресурси, недопущення регіональних конфліктів, відповідний рівень побудови міждержавних відносин у прикордонній сфері, мінімізація корупції, недопущення інтеграції злочинності та влади, недопущення криміналізації суспільної свідомості<sup>15</sup>. Водночас характеристикою, яка може певним чином свідчити про спроможності держави побудувати таку політику у сфері протидії транскордонній злочинності, є рівень соціодинаміки держави, під якою розуміємо зміну характеристик соціуму у часі та просторі.

Повертаючись до вищезгаданої Стратегії національної безпеки США від 18 грудня 2017 р. зауважимо, що в статті документа, яка містить аналіз умов розвитку транснаціональних злочинних організацій, зазначено: «...вони процвітають в умовах слабкості держави». Отже, актуалізується кримінологічне важливе питання аналізу соціодинаміки держав. Для цього доцільно застосовувати декілька індексів, основним з яких є Індекс соціального прогресу.

Індекс соціального прогресу (ІСП, The Social Progress Index) – це інтегрований показник дослідження The Social Progress Imperative, який вимірює досягнення країн світу з точки зору суспільного добробуту та соціального прогресу. Розроблено його в 2013 р. під керівництвом Michael E. Porter (Гарвардський університет). Індекс не включає показники економічного розвитку країн світу, а призначений для оцінки соціального розвитку в тій чи іншій країні. При визначенні успіхів тієї чи іншої країни в галузі соціального розвитку враховуються понад 50 показників, об'єднаних у три основні групи:

- 1) основні потреби людини;
- 2) основи благополуччя людини;
- 3) можливості розвитку людини.

З даних трьох груп нами виокремлено два показники, що є найбільш інформативними в кримінологічному розумінні та найбільш пов'язані з детермінаційним комплексом транскордонної злочинності. Це *рівень особистої безпеки та рівень особистих і громадянських свобод*.

Ми провели порівняльний аналіз показників ІСП для трьох країн, на прикладі яких нами вище ілюструвалася теза про характер впливу політичних чинників на транскордонну злочинність. Результати порівняння показників Індeksu соціального прогресу<sup>16</sup> для М'янми, Бангладеш та Індії за останні чотири роки показано у табл. 1.

Таблиця 1

**Порівняння показників  
Індeksu соціального прогресу (The Social Progress Index)  
для М'янми, Бангладеш та Індії**

Показник	Рік	Країна		
		М'янма	Бангладеш	Індія
інтегральний показник у балах; місце	2014	50,99/100; 102/128	51,75/100;100/128	55,88/100; 93/128
	2015	51,62/100;101/128	52,43/100;98/128	56,58/100;93/128
	2016	53,51/100;98/128	53,49/100;99/128	57,48/100; 94/128
	2017	55,69/100;96/128	54,84/100;97/128	58,39/100; 93/128
особиста безпека, показник у балах; місце	2014	67,81/100; 71/128	65,08/100; 84/128	59,46/100;104/128
	2015	69,64/100; 66/128	68,87/100; 75/128	59,48/100; 102/128
	2016	65,88/100; 79/128	70,05/100; 62/128	60,32/100; 100/128
	2017	65,88/100; 77/128	70,05/100; 62/128	60,35/100; 100/128
особисті права, показник у балах; місце	2014	28,58/100; 116/128	41,5/100; 103/128	70,69/100; 48/128
	2015	27,07/100; 118/128	39,5/100; 102/128	72,30/100;45/128
	2016	29,63/100; 110/128	38,05/100;104/128	72,30/100;43/128
	2017	31,21/100; 109/128	37,53/100; 103/128	72,30/100;43/128

Суттєве кримінологічне значення має також ще один індекс – Індекс недієздатності держав (ІНД). The Fragile States Index, має три індикатори, що є найбільш інформативними для вивчення тенденцій злочинності в рамках нашого дослідження та національних систем протидії злочинності: устрій безпеки, законність, біженці та вимушені переселенці.

На наш погляд, ці індекси (The Social Progress Index та The Fragile States Index) у сукупності з аналізом соціодинаміки, емпіричними даними, що характеризують кількісні та якісні показники транскордонної зло-

чинності, можуть застосовуватися з метою як оцінки тенденцій розвитку криминологічної ситуації, так і криминологічного прогнозування.

Дані показників Індeksu недієздатності держав The Fragile States Index<sup>17</sup> для М'янми, Бангладеш та Індії наведено нами у *табл. 2*.

Таблиця 2

**Порівняння показників Індeksu недієздатності держав  
The Fragile States Index для М'янми, Бангладеш та Індії**

Показник	Рік	Країна		
		М'янма	Бангладеш	Індія
інтегральний показник у балах; місце	2014	94,3/120; 24/178	92,8/120; 29/178	76,9/120; 81/178
	2015	94,7/120; 27/178	91,8/120; 32/178	79,3/120; 69/178
	2016	96,3/120; 26/178	90,7/120; 36/178	76,6/120; 70/178
	2017	95,7/120; 35/178	89,1/120; 39/178	77,9/120; 72/178

З метою оцінки позитивного чи негативного впливу політичних чинників на тенденції розвитку криминологічної ситуації мінімально необхідними є: 1) встановлення тенденції за індикаторами ІСП та ІНД за останні декілька років; 2) встановлення різниці між ІНД та ІСП.

Середньоарифметичні значення за чотири роки за двома індексами та різниця між ними наведено у *табл. 3*.

Таблиця 3

**Різниця між основними показниками  
ІСП (The Social Progress Index) та ІНД (The Fragile States Index)  
для М'янми, Бангладеш та Індії**

Показник	Рік	Країна		
		М'янма	Бангладеш	Індія
<b>The Social Progress Index</b>				
с/а значення інтегрального показника у балах; місце	2014–2017	52,95/100; 99/128	53,12/100; 98/128	57,08/100; 93/128
<b>The Fragile States Index</b>				
с/а значення інтегрального показника у балах; місце	2014–2017	95,25/120; 28/178	91,1/120; 34/178	77,67/120; 73/178
Різниця (Р) між ІНД та ІСП	2014–2017	-42,3	-37,98	-20,59

Як бачимо, порівняння показників The Social Progress Index та The Fragile States Index за чотири роки для трьох обраних країн з наявними проблемами у сфері прикордонної безпеки свідчать про наступне. М'янма та Бангладеш, маючи несуттєву різницю у показниках ІСП, продемонстрували тенденцію до незначного покращення за даним індексом, що могло б свідчити про незначне покращення стану соціодинаміки у цих країнах. Але водночас за важливим показником особистої безпеки М'янма демонструє помітний регрес, у той час як Бангладеш – сталий прогрес. Індія демонструє стабільність за даним індексом, не дуже відрізняючись за середніми показниками від двох країн-сусідів.

Ситуація змінюється за показниками ІНД. Картина виглядає не дуже інформативною, якщо врахувати, що при порівнянні між країнами Індія має набагато вищі показники, хоча і єдиною з країн демонструє тренд до погіршення за цим індексом. Однак урахувавши, що більш важливим для нас є встановлення різниці (Р) між показниками ІНД та ІСП, можемо констатувати, що найбільш високими криминогенними ризиками характеризується М'янма, найменшими – Індія. Прогноз криминогенної ситуації таким чином для Індії є найкращим з трьох країн, для М'янми – найгіршим.

Резюмуючи, робимо такі **висновки**. У контексті концепції транскордонної взаємодії слід розглядати й ідею про міжнародне співробітництво країн-сусідів у питаннях протидії транскордонній злочинності та планувати відповідні заходи, спрямовані на урахування політичних чинників. Необхідно проводити дослідження процесів глокалізації та їх впливу на міжнародне співробітництво у зазначеній сфері. Недооціненою, на наш погляд, у механізмі запобігання транскордонній злочинності є роль інституту прикордонних представників.

Слід більше використовувати можливість спільного створення взаємодіючими правоохоронними органами суміжних держав профілів відповідних транскордонних ризиків, періодичного їх уточнення і виділення цих ризиків в пріоритет оперативно-службової діяльності незалежно від зміни політичної ситуації в будь-якій з інших країн. По суті, це є елементом криминологічного прогнозування, іншим елементом якого є порівняльні дослідження з використанням загальнодоступних індексів, таких як The Social Progress Index, The Fragile States Index, The WJP Rule of Law Index.

У профілюванні криминогенних ризиків слід врахувати такі аспекти впливу політичних чинників на транскордонну злочинність, які, на наш погляд, можуть бути **найважливішими аспектами подальших досліджень**: – використання політичними режимами транскордонної злочинності для ескалації проблем у середині недружніх держав,



- зворотній вплив транскордонної злочинності на діяльність політичних еліт через корупційні механізми;
- зовнішньополітична діяльність держави з метою досягнення геополітичних, регіональних цілей з одночасною підтримкою зарубіжних політичних сил, що пов'язані зі злочинністю;
- створення політичними режимами організованих транскордонних злочинних структур;
- використання законних механізмів через політичне лобювання для легалізації результатів незаконної діяльності;
- транскордонна злочинність здатна здійснювати активну діяльність у прикордонних просторах суміжних держав.

<sup>1</sup> Орлов Ю. В. Політико-кримінологічна теорія злочинності: моногр. / Ю. В. Орлов. – Х.: Дісаплюс, 2016. – 656 с. – С. 68.

<sup>2</sup> Зелинская Н. А. Политические преступления в системе международной преступности: моногр. / Н. А. Зелинская. – Одесса: Фенікс, 2003. – 400 с. – С. 94.

<sup>3</sup> Голіна В. В. Запобігання злочинності (теорія і практика): навч. посіб. / В. В. Голіна. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2011. – 120 с. – С. 11.

<sup>4</sup> Политический режим и преступность: проблемы политической криминологии / Д. А. Шестаков, Н. Кристи, Я. Гишинский и др. под ред. В. Н. Бурлакова, Ю. П. Волкова, В. П. Сальникова. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – 356 с.

<sup>5</sup> Головкин Б. М. Загальна характеристика детермінантів злочинності в Україні / Б. М. Головкин // Форум права. – 2014. – № 1. – С. 106.

<sup>6</sup> National Security Strategy of the United States of America. 2017. 56 p. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://nssarchive.us/national-security-strategy-2017/>

<sup>7</sup> Орлов Ю. В. Політичний антикриміналізм як доктринальна складова криминологічної політики / Ю. В. Орлов // Прикарпатський юридичний вісник. – 2015. – № 3 (9). – С. 279.

<sup>8</sup> Robertson R. Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity. / Featherstone M., Lash S., Robertson R. – London: Global Modernities, 1995. – P. 25–44.

<sup>9</sup> Многоликая глобализация. Культурное разнообразие в современном мире / под ред. П. Бергера, С. Хантингтона. – М.: Аспект Пресс, 2004. – 379 с.

<sup>10</sup> Passas N. Cross-border crime and the interface between legal and illegal actors. Security Journal. 2003. vol. 16(1), pp. 19–38. – P. 9.

<sup>11</sup> Центр новостей ООН. В ООН возмущены зверствами в провинции Ракхайн на севере Мьянмы : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.un.org/russian/news/story.asp?NewsID=27411#.WkAScdKRqUk>

<sup>12</sup> Центр новостей ООН. Гуманитарный доступ в штат Ракхайн по-прежнему ограничен : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.un.org/russian/news/story.asp?NewsID=29061&Kw1=%D0%A0%D0%B0%D0%BA%D1%85%D0%B0%D0%B9%D0%BD#.WkASfNKRqU>

<sup>13</sup> Доклад Специального докладчика Генассамблеи ООН по вопросу о положении в области прав человека в Мьянме. 17 марта 2017 г. П. 56–57 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/HRC/34/67&Lang=R>

<sup>14</sup> Філіппов С. О. Гендерні тенденції транскордонного тероризму / С. О. Філіппов // Вісник Національної академії Державної прикордонної служби України. – 2017. – № 1. – 14 с. – (Серія «Юридичні науки») : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis\\_nbuv/cgiirbis\\_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE\\_FILE\\_DOWNLOAD=1&Image\\_file\\_name=PDF/vnadrcurn\\_2017\\_1\\_15.pdf](http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/vnadrcurn_2017_1_15.pdf)

<sup>15</sup> Филиппов С. А. Обыватель и трансграничная преступность / С. А. Филиппов // Правова держава. – 2017. – № 28. – С. 111.

<sup>16</sup> The Social Progress Index : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.socialprogressindex.com/?tab=3&code=IND&compare=IND&compare=BGD&compare=MMR&prop=SPI>

<sup>17</sup> The Fragile States Index : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://fundforpeace.org>

## Резюме

### **Філіппов С. О. Вплив політичних чинників на транскордонну злочинність.**

У статті охарактеризована політична природа оціночних індексів The Social Progress Index, The Fragile States Index, The WJP Rule of Law Index. Висловлено думку про те, що дані індекси придатні для оцінки тенденцій розвитку транскордонної криминологічної ситуації в країнах, які мають спільний кордон.

У контексті дискурсу транскордонності розглядається глокалізація. Під транскордонністю в найбільш загальному сенсі розуміється сукупність ознак певного явища (що виходить за межі однієї держави), що характеризує зв'язок між різними частинами даного явища, розділеного кордонами суміжних держав.

**Ключові слова:** транскордонна злочинність, соціодинаміка, соціальний криміналізм, глокалізація, криміналізація соціальних процесів, безпека в прикордонній сфері.

## Резюме

### **Филиппов С. А. Влияние политических факторов на трансграничную преступность.**

В статье охарактеризована политическая природа оценочных индексов The Social Progress Index, The Fragile States Index, The WJP Rule of Law Index. Высказано суждение о том, что данные индексы применительно к странам, разделённым общей границей, пригодны для оценки тенденций развития криминологической ситуации.

В контексте дискурса трансграничности рассматривается глокализация. Под трансграничностью в наиболее общем смысле понимается совокупность признаков определённого явления (выходящего за пределы одного государства), характеризующего связь между различными частями данного явления, разделённого границами смежных государств.

**Ключевые слова:** трансграничная преступность, социодинамика, социальный криминализм, глокализация, криминализация социальных процессов, безопасность в пограничной сфере.

Summary

**Filippov S. Influence of political factors on cross-border crime.**

The article characterizes the political nature of appraisal indices used by a variety of international institutions, such as The Social Progress Index, The Fragile States Index, The WJP Rule of Law Index. It is suggested that these indices can be used to assess trends in a criminological situation development.

As a phenomenon, glocalisation is considered in the context of the discourse of cross-border nature. The notion of cross-border nature in the most general sense is understood as a body of signs of a certain phenomenon (going beyond one state), which characterizes the connection between different parts of this phenomenon, separated by borders of adjacent states.

**Key words:** cross-border crime, sociodynamics, social criminalism, glocalisation, criminalization of social processes, security in the border guard sphere.

УДК 343.9:343.711

**С. В. ПАНОВА**

*Світлана Василівна Панова, аспірант Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності ім. академіка В. В. Сташиса НАПрН України*

**СТАН ДОСЛІДЖЕННЯ КРАДІЖОК, ПОЄДНАНИХ З ПРОНИКНЕННЯМ У ЖИТЛО**

Проблема дослідження крадіжок, поєднаних з проникненням у житло, і заходів їх запобігання була й залишається в центрі уваги як правової демократичної держави, так і криминологічної науки. Важливість дослідження цієї проблеми постійно актуалізується, адже злочини вказаної категорії завдають серйозної шкоди не тільки окремій особі або сім'ї потерпілих, а й суспільству, його матеріальному добробуту. Крадіжки, поєднані з проникненням у житло громадян, посягають водночас і на право власності, і на право на недоторканність житла чи іншого володіння. Такі злочини, що характеризуються значною поширеністю, є особливо актуальними для населення, оскільки приносять власникам постійну заклопотаність і гостре занепокоєння за своє майно. В умовах економічної нестабільності та соціальної незахищеності потерпілим українцям складно відновити втрачену в результаті таких злочинних посягань власність<sup>1</sup>.

Аналіз статистичної інформації показує, що злочини майнової спрямованості становлять приблизно 60–65 % від загальної кількості всіх облікованих злочинів. Зокрема, динаміка квартирних крадіжок постійно зростає. Так, у 2014 р. обліковано 18 992 квартирних крадіжок, у 2015 р. – 21 379, у 2016 р. – 27 204. У цій роботі криминологічне поняття «квартирні крадіжки» застосовуємо як синонім категорії «крадіжки, поєднані з проникненням у житло».

Наведені статистичні дані доводять, що сучасний стан крадіжок, поєднаних з проникненням у житло, особистість злочинця-крадія, детермінаційний комплекс вчинення таких крадіжок досліджені криминологією не в повному обсязі. Сучасна система запобігання крадіжкам, поєднаним з проникненням у житло, також вимагає подальших наукових досліджень і вдосконалення.

Загальнотеоретичні і прикладні проблеми запобігання майновим злочинам привертала увагу багатьох учених. Значний внесок у вирішення проблеми протидії загальнокримінальній корисливій злочинності і крадіжок, поєднаних з проникненням у житло, зробили як вітчизняні учені, зокрема, О. М. Бандурка, В. С. Батиргарєєва, В. І. Борисов, А. В. Брижак, В. В. Гладкий, В. В. Голіна, Б. М. Головкін, Л. М. Давиденко, І. М. Даньшин, Т. А. Денисова, С. Ф. Денисов, О. М. Джу́жа, А. П. Закалюк, А. Ф. Зелінський, В. О. Кузнецов, О. Г. Кулик, М. І. Панов, В. В. Сташис, В. Я. Тацій, О. І. Чулкова та інші, так і зарубіжні фахівці – Г. А. Аванесов, Ю. М. Антонян, М. М. Бабаєв, М. М. Баранов, Ю. І. Битко, Ю. В. Бишевський, О. І. Гуров, А. І. Долгова, С. Ф. Єгоров, С. М. Іншаков, І. І. Карпець, С. В. Каширський, В. М. Кудрявцев, В. В. Лунєєв та ін.

У 2015 р. А. В. Брижак була захищена кандидатська дисертація на тему «Криминологічні засади діяльності ОВС щодо запобігання крадіжкам, поєднаним з проникненням у житло»<sup>2</sup>.

У цілому вивчення існування злочинів проти власності має давню історію, адже такі злочини зустрічались і в первісному суспільстві, в епоху античності і Середні віки, у Новий і Новітній час. Так, наприклад, у первісному суспільстві крадіжка була основним злочином проти власності. І зустрічались крадіжки майна доволі часто. В епоху античності крадіжки почали диференціювати на відкриті, неаявні й приховані. І відповідальність за їх вчинення за Законами XII таблиць відрізнялась суворістю. Наприклад, будь-яка людина мала право безкарно вбити нічного крадія на місці злочину. У Середні віки почали виокремлювати крадіжки майна зі зломом (у тому числі шляхом пошкодження стіни у будинку). У Новий і Новітній час інститут власності в усіх країнах світу посилено розвивався, виникали нові види правовідносин, пов'язані з володінням і

користуванням майном. У Великобританії кримінальна відповідальність за злочини проти власності регламентувалася Законом про крадіжку 1968 р., Законом про злочинне заподіяння шкоди майну 1971 р. і Законом про крадіжку 1978 року. Так, з появою Закону про крадіжку 1968 р. особа почала визнаватись винною у вчиненні крадіжки, поєднаної з проникненням у житло (burglary) у тих випадках, якщо вона проникала або входила в будь-яку будівлю або іншим чином порушувала недоторканність будівлі з метою вчинення крадіжки<sup>3</sup>.

У радянський період було проведено низку кримінологічних досліджень, присвячених квартирним крадіжкам. Так, М. М. Баранов у роботах «Розслідування крадіжок особистого майна» (1977 р.)<sup>4</sup>, «Характеристика крадіжок особистого майна» (1980 р.)<sup>5</sup>, О. І. Гуров у роботах «Про деякі питання вивчення кримінального професіоналізму» (1987 р.)<sup>6</sup>, «Професійна злочинність: минуле і сучасність» (1990 р.)<sup>7</sup>, Ю. І. Битко у роботі «Квартирні крадіжки і деякі заходи їх попередження» (1989 р.)<sup>8</sup> надавали кримінологічну характеристику квартирним крадіжкам (використовуючи статистичні дані МВС СРСР), визначали місце, період року, час доби. Також були запропоновані окремі заходи запобігання квартирним крадіжкам.

Дослідження М. М. Баранова було зосереджене на встановленні місця й часу вчинення крадіжок, способах і засобах їх вчинення. Вченим було доведено, що на дії злочинця впливають наступні фактори: характер об'єкта, з якого вчиняється крадіжка; розташування і облаштування об'єктів, з яких відбувається викрадення майна (вікна, вуличне і внутрішнє освітлення, замки, місця зберігання цінностей); стан охорони особистого майна самими власниками, міліцією, охоронцями кооперативів, черговими; наявність співучасників; характер знаряддя злочину, наявність або відсутність засобів пересування; обізнаність про розташування замків, входів і виходів, місця зберігання цінностей; наявність або відсутність «злодійського досвіду», вік злочинця. Всі ці фактори впливають на характер дій, необхідних для вчинення крадіжки, вибір злочинцем способу вчинення крадіжки. Також зазначені фактори змушують злочинця пристосовуватись до умов вчинення крадіжки<sup>9</sup>.

Ю. І. Битко наводить аналіз динаміки квартирних крадіжок, регіональні особливості динаміки таких крадіжок у період з 1966 по 1985 рр. і звертає увагу на стійку тенденцію до зростання квартирних крадіжок. Автор наголошував, що для профілактики квартирних крадіжок, правильного розподілу сил міліції, громадських формувань, організації рейдів важливе значення має вивчення питання про час їх вчинення протягом доби, встановлення найбільш «критичних» днів тижня і часу доби. За даними Ю. І. Битко, у період із 9 до 17 години вчиняється 52,2 % квартирних крадіжок, з 17 до 1 ночі – 41,9 %, а з 1 ночі до 9 ранку – 5,9 %<sup>10</sup>.

У сучасний період проблема дослідження квартирних крадіжок також залишається у центрі уваги багатьох дослідників, зокрема й зарубіжних. Так, у 2004 р. С. Ф. Єгоровим була захищена кандидатська дисертація на тему «Квартирні крадіжки: кримінологічна характеристика і попередження». Автором надано соціально-правову характеристику квартирним крадіжкам, проаналізовано стан, структуру, динаміку і наслідки таких крадіжок. Значну увагу приділено характеристиці квартирних крадігів і механізму злочинної поведінки. При характеристиці квартирних крадігів автором наголошувалось на важливості вивчення їх віку (найпоширенішою є група крадігів у віці від 18 до 25 років, найменш поширеною – понад 50 років), вказувалось, що рівень освіти крадігів є значно нижчим середнього рівня освіти в цілому у населення, часто у них відсутня родина. Надавалась характеристика заходів попередження квартирних крадіжок<sup>11</sup>. У 2006 р. О. С. Ширяєвим підготовлено кандидатську дисертацію на тему «Кримінологічна характеристика сучасних крадіжок і їх попередження»<sup>12</sup>, а у 2009 р. В. О. Казюліним – кандидатську дисертацію на тему «Попередження квартирних крадіжок у містах-мегаполісах»<sup>13</sup>.

Слід також назвати роботу С. В. Каширського «Квартирні крадіжки і їх попередження» (2009 р.). Так, С. В. Каширський надає кримінологічну характеристику особистості крадія, досліджує детермінацію квартирних крадіжок і заходи їх попередження. Автор наголошує, що сучасні дослідження квартирних крадіжок підтверджують нову тенденцію до зменшення залежності вчинення квартирної крадіжки від пори року, дня тижня, часу доби. Це зумовлено високим рівнем професіоналізму й організованості злочинців, збільшенням кількості квартирних крадіжок, які вчиняють раніше судимі за аналогічні злочини, використанням різноманітних технічних засобів, що полегшують незаконне проникнення до житла<sup>14</sup>.

Проблема злочинів проти власності у незалежній Україні була у центрі уваги багатьох кримінологів. Але і в Українській РСР комплексне кримінологічне дослідження квартирних крадіжок вперше було проведено ще у 80-х рр. минулого століття у Київському філіалі ВНДІ МВС під керівництвом В. О. Кузнецова. Його повні результати через режимні обмеження того часу відкритим друком не публікувалися, крім даних щодо дослідження особи квартирного злодія<sup>15,16</sup>.

Окремі дані кримінологічного аналізу квартирних крадіжок знаходимо у праці О. М. Литвака «Злочинність, її причини та профілактика» (1997 р.). Автор, зокрема, зазначає, що крадіжки завжди були найпоширенішим засобом щодо «мирного» корисливого заволодіння чужим майном. Зростанню кількості крадіжок із квартир сприяло будівництво у містах великих житлових масивів (мікрорайонів) – своєрідних міських спалень, звідки більшість населення вдень виїжджає на роботу, навчання та в інших справах, а будинки пустіють. Мало хто з жителів дешевих будинків у мікрорайонах користується охоронною електронною сигналізацією, зважаючи на її високу ціну. Вчений наголошує, що сприяє квартирним крадіжкам і вікітима поведінка потерпілих: їх легковажність, надмірна довірливість, ігнорування елементарних правил самозахисту. Слід відзначити також атмосферу відчуження, що панує серед мешканців сучасних багатоповерхових будинків. Більшість роками не знає сусідів навіть в обличчя. Засоби ж вчинення квартирних крадіжок лишаються ті самі: виламування дверей та вікон, розбирання стелі й підлоги, використання спеціальних злодійських інс-

трументів. Але технічна революція дещо вплинула і на озброєння злодіїв. З'явилися спеціальні віджимні пристрої, з допомогою яких зривають із завесів сталі двері, електронні засоби підслуховування тощо<sup>17</sup>.

А. Ф. Зелінським і М. Й. Коржанським у 1998 р. опубліковано монографічне дослідження «Корислива злочинна діяльність». Крадіжки зазначені вчені відносили до основних видів корисливої злочинної діяльності й пояснювали, що найбільш розповсюдженими є крадіжки з квартир. Вони скоюються переважно у містах, частіше у районах новобудов. Використовуються слабину дверей і віконних рам, надається перевага примітивним і стандартним замкам та іншим сприятливим умовам: незакриті квартирки, залишений ключ у дверях тощо. Більшість крадіжок скоюється у час з 10 до 16 години. Більше половини припадає на літні місяці. Способи квартирних крадіжок за останні 20 років оновилися мало. Але з роками помітно змінився перелік викрадених предметів. Якщо в перші післявоєнні роки із будинків, квартир виносили найчастіше одяг і харчі, а з двору – свійську худобу і птицю, то у вісімдесятих роках – коштовності: вироби з дорогоцінних металів, гроші, цінні папери, твори мистецтва, старовинні ікони, електронну апаратуру. Вчені зазначали, що це свідчить не тільки про зростання достатку осіб, потерпілих від крадіжок, а й про зміни корисливої мотивації злодіїв<sup>18</sup>.

Визнаючи усталені форми злочинності, І. М. Даньшин підкреслював, що традиційними для професійної злочинності є кишенькові та квартирні крадіжки. У роботі «Усталені форми злочинності» (2002 р.) вчений наводить характеристику середовища професійних злочинців, їх субкультуру. Звертається увага, що раніше професійні злочинці найчастіше скоювали конкретні злочини поодинці, сподіваючись на власні сили й уміння. Професіонали «нової хвилі» надають перевагу діям у складі групи з чітким розподілом ролей<sup>19</sup>.

У Курсі сучасної української криминології (Книга 2, 2007 р.) А. П. Закалюк значну увагу приділяє злочинам проти права власності громадян, детально аналізує розділ VI Особливої частини КК, юридичні ознаки майна як предмета злочинів проти власності, поняття користі. Автор підкреслює, що в Україні, як і в багатьох інших країнах, саме поширеність крадіжок головним чином визначає рівень загальної злочинності, а проблема крадіжок із квартир та інших помешкань громадян залишається чи не найгострішою серед тих, що визначають ненадійність та небезпеку умов побуту сучасного українського суспільства. Так, А. П. Закалюк підкреслює, що через зuboжіння значної частини населення, падіння його купівельної спроможності квартири нерідко перетворюються на місце, де є мінімальний обсяг речей першої необхідності: одягу, взуття, побутового забезпечення. Викрадення останніх часто ставить сім'ю у безвихідь, позбавляє засобів існування. Тому реальне соціальне значення збитків, завданих крадіжкою, часто є незрівнянно вищим номінальної вартості вкраденого. Разом із удосконаленням технічних засобів охорони квартир зростають озброєність та навички злодіїв у подоланні цих засобів, дистанційному стеженні та підслуховуванні мешканців квартир, особливо якщо йдеться про помешкання, насичені валютою, вартісними коштовностями, антикваріатом, картинами тощо<sup>20</sup>.

Досліджуючи динаміку кількості крадіжок з квартир, О. Г. Кулик у роботі «Злочинність в Україні на початку XXI століття» (2013 р.) зазначає, що динаміка крадіжок з квартир у цілому збігалася з динамікою чисельності всіх крадіжок, хоча були й певні відмінності. Після різкого зростання у 2003 р. до 66 040 (+34,1 % до рівня попереднього року) їх чисельність у 2004–2008 рр. скоротилася у 2,6 рази і дорівнювала 25293. У 2009 р. чисельність квартирних крадіжок збільшилась відразу на 34,4 % і становила 34 000. У наступному році зростання припинилось і кількість цих злочинів зменшилась на 3,6 %. У 2011 р. скорочення було більш суттєвим (-23,9 %), а кількість крадіжок з квартир дорівнювала 24930. Частка цих посягань серед усіх крадіжок становила у середньому за 2002–2008 рр. 25,4 %, у наступні три роки зменшилась до 9,0 %. Автор стверджує, що зростання чисельності корисливих посягань, постійне урізноманітнення форм і способів їх вчинення та відносне зменшення кількості злочинів насильницького та корисливо-насильницького характеру є основними тенденціями процесу трансформації злочинності в країні<sup>21</sup>.

Значний науковий внесок у розвиток вивчення корисливої та корисливо-насильницької злочинності в Україні зробив Б. М. Головін. Так, ряд його робіт присвячено зазначеній тематиці: наукові статті «Крадіжка як найтипівіший злочин неповнолітніх» (2004 р.)<sup>22</sup>, «Особистість неповнолітнього злочинця: криминологічний портрет (на матеріалах м. Харкова)» (2006 р.)<sup>23</sup>, «Криминологічні засоби забезпечення безпеки від корисливо-насильницької злочинності та її проявів» (2011 р.)<sup>24</sup>, «Криминологічний аналіз злочинів проти власності» (2013 р.)<sup>25</sup>, «Види злочинності» (2015 р.)<sup>26</sup>, «Як стають жертвами злочинів» (2017 р.)<sup>27</sup> і монографія «Корислива насильницька злочинність в Україні: феномен, детермінація, запобігання» (2011 р.)<sup>28</sup>. Вчений підтверджує, що злочини проти власності, пов'язані з незаконним обертанням чужого майна на користь винного чи інших осіб, належать до корисливої злочинності й становлять основний масив так званої загальнокримінальної злочинності в Україні. За масштабами і темпами поширення в суспільстві вони традиційно посідають перше місце (понад 60 %) у структурі всієї злочинності, а тому значною мірою визначають криминогенну ситуацію в державі в цілому, демонструють стан майнової й особистої безпеки в ній. Крадіжки є найбільш масовим злочинами, що вчиняються в Україні. Вони становлять близько 1/2 від кількості всіх зареєстрованих злочинів, а у структурі злочинів проти власності їх частка досягає понад 70 %. Авторем встановлено, що за місцем посягання (у порядку розповсюдженості) переважають крадіжки з проникненням до житла (квартири, приватні будинки, дачі, гуртожитки, будинки відпочинку). За складом вилученого майна при крадіжках з проникненням до житла перше місце посідають грошові кошти та золотовалютні цінності; друге місце – вироби із чорних та кольорових металів і рідкоземельних елементів; третє – товарно-матеріальні цінності й готова продукція споживчого призначення; четверте – продукти харчування, спиртні напої, худоба; п'яте – особисті носильні речі та предмети домашньої обстановки (мобільні телефони, одяг і взуття, оргтех-

ніка, аудіо-, відеотехніка тощо). За способом вчинення найбільш поширеними є проникнення до житла, іншого приміщення чи сховища через двері, вікна, балкони, горища, із межових приміщень шляхом: а) вільного доступу; б) відмикання чи злому замків і запірних пристроїв; в) пошкодження дверей і коробок, зрізання петель, вибивання вікон, розбирання чи проламування стін, стелі тощо. Розподіл крадіжок за сезонними коливаннями і часом вчинення дає змогу стверджувати, що вони порівняно частіше вчиняються в період відпусток, у робочі дні та напередодні свят. Традиційним для крадіжок залишається вечірньо-нічний час доби. Дещо менше поширені вони вранці та вдень<sup>29</sup>.

У результаті проведеного Б. М. Головкіним віктимологічного Інтернет-опитування понад 3002 осіб (2015 р.) було засвідчено доволі стереотипні уявлення громадян про кримінальні загрози і визначення їх джерел. Люди найбільш бояться насильницьких злочинів (64 %), хоча насправді зазнають корисливих злочинних посягань (понад 60 %). Так, громадяни відповіли, що найбільш захищеними від злочинних посягань вони почуваються у власному житлі і на роботі. Але з огляду на погіршення ситуації із масовим поширенням крадіжок із житла та інших приміщень зазначені судження виглядають сумнівними. Невміння своєчасно і правильно визначити джерела й види кримінальних загроз суттєво посилює уразливість понад 60 % громадян перед злочинними посяганнями, демонструє їхню неспроможність уникати небезпечних ситуацій та неготовність захищатись від злочинців<sup>30</sup>.

У 2015 р. А. В. Брижак видано монографію «Кримінологічні засади діяльності ОВС щодо запобігання крадіжкам, поєднаним з проникненням в житло». І фактично на даний час це єдине спеціалізоване кримінологічне дослідження, що висвітлює комплекс проблем теоретичного і практичного характеру, пов'язаних із діяльністю органів внутрішніх справ щодо запобігання крадіжкам, поєднаним з проникненням у житло в Україні. Автором надається кримінологічна характеристика та характеристика детермінантів крадіжок, поєднаних з проникненням в житло. До основних напрямів запобігання цим злочинам ОВС А. В. Брижак відносить наступні: 1) розвиток системи комунікації з населенням з метою поширення кримінологічної інформації, в тому числі й віктимологічного характеру, правової пропаганди; 2) виявлення осіб з антисуспільною спрямованістю та застосування індивідуальних заходів ранньої і безпосередньої профілактики; 3) активізація співпраці з представниками громадськості та органами пробації; 4) налагодження та підтримання постійного зв'язку з навчальними закладами, організація спільного моніторингу девіантогенності середовища учнівської молоді<sup>31</sup>.

Наведений аналіз стану дослідження крадіжок, поєднаних з проникненням у житло і статистичні дані доводять підвищену актуальність окресленої нами проблеми. На даний час невирішеними для кримінологічної науки залишаються питання сучасних тенденцій і особливостей вчинення крадіжок, поєднаних з проникненням у житло, типології злочинців та її значення для запобіжної діяльності, детермінаційного комплексу відтворення у суспільстві крадіжок, поєднаних із проникненням у житло, ролі конкретної життєвої ситуації і віктимної поведінки потерпілого у механізмі вчинення таких крадіжок. Дослідити сучасний стан квартирних крадіжок в Україні і усунути зазначені прогалини покликане наше дослідження.

<sup>1</sup> Назаренко А. М. Кримінологічний аналіз сучасного стану квартирних крадіжок в Україні / А. М. Назаренко // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 3. – С. 239–245. – С. 239–240.

<sup>2</sup> Брижак А. В. Кримінологічні засади діяльності ОВС щодо запобігання крадіжкам, поєднаним з проникненням в житло : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / А. В. Брижак ; Харків. нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2015. – 16 с.

<sup>3</sup> Антонян Ю. М. Преступность в истории человечества: моногр. / Ю. М. Антонян, О. Ю. Звизжова. – М. : Норма: ИНФРА-М, 2012. – 208 с. – С. 41, 42, 91, 92, 96, 136, 189, 191.

<sup>4</sup> Баранов Н. Н. Расследование краж личного имущества / Н. Н. Баранов ; ВНИИ МВД СССР. – М. : ВНИИ МВД СССР, 1977. – 92 с.

<sup>5</sup> Баранов Н. Н. Характеристика краж личного имущества / Н. Н. Баранов. – М. : ВНИИ МВД СССР, 1980. – Вып. 4. – 60 с.

<sup>6</sup> Гуров А. И. О некоторых вопросах изучения криминального профессионализма / А. И. Гуров // Советское государство и право. – 1987. – № 5. – С. 82–86.

<sup>7</sup> Гуров А. И. Профессиональная преступность: прошлое и современность : моногр. / А. И. Гуров. – М. : Юрид. лит., 1990. – 304 с.

<sup>8</sup> Бытко Ю. И. Квартирные кражи и некоторые меры их предупреждения / Ю. И. Бытко ; под ред. К. Ф. Тихонова. – Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1989. – 103 с.

<sup>9</sup> Баранов Н. Н. Характеристика краж личного имущества / Н. Н. Баранов. – М. : ВНИИ МВД СССР, 1980. – Вып. 4. – 60 с. – С. 13–15.

<sup>10</sup> Бытко Ю. И. Вказана праця. – С. 8, 10, 14, 15, 99.

<sup>11</sup> Егоров С. Ф. Квартирные кражи: криминалогическая характеристика и предупреждение : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / С. Ф. Егоров; Омская академия МВД России. – Омск, 2004. – 21 с. – С. 12, 16, 18.

<sup>12</sup> Ширяев А. С. Криминалогическая характеристика современных краж и их предупреждение: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 / А. С. Ширяев; Ростов. юр. ин-т МВД РФ. – Ростов-на-Дону, 2006. – 209 с.

<sup>13</sup> Казюлин В. А. Предупреждение квартирных краж в городах-мегаполисах: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 / В. А. Казюлин; Всерос. науч.-исслед. ин-т МВД РФ. – М., 2009. – 197 с.

<sup>14</sup> Каширский С. В. Квартирные кражи и их предупреждение: моногр. / С. В. Каширский. – М. : Юрлитинформ, 2009. – 216 с. – С. 32.

<sup>15</sup> Кузнецов В. А. Личность квартирного вора / В. А. Кузнецов // Проблемы изучения личности правонарушителя : Сб. науч. ст. / ВНИИ МВД СССР. – М. : ВНИИ МВД СССР, 1984. – С. 88–95.

- <sup>16</sup> Закалюк А. П. Курс сучасної української кримінології : у 3 кн. / А. П. Закалюк. – К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2007. – Кн. 2: Кримінологічна характеристика та запобігання вчиненню окремих видів злочинів. – 712 с. – С. 75–76.
- <sup>17</sup> Литвак О. М. Злочинність, її причини та профілактика / О. М. Литвак. – К. : Україна, 1997. – 167 с. – С. 38–39.
- <sup>18</sup> Зелінський А. Ф. Корислива злочинна діяльність : моногр. / А. Ф. Зелінський, М. Й. Коржанський. – К. : Генеза, 1998. – 144 с. – С. 84.
- <sup>19</sup> Даньшин І. М. Усталені форми злочинності (кримінологічний нарис) / І. М. Даньшин. – Х. : Акта, 2002. – 110 с. – С. 15, 18, 23.
- <sup>20</sup> Закалюк А. П. Вказана праця. – С. 77.
- <sup>21</sup> Кулик О. Г. Злочинність в Україні на початку ХХІ століття : моногр. / О. Г. Кулик ; Держ. НДІ МВС України. – К. : Юрінком Інтер, 2013. – 272 с. – С. 41–42, 79.
- <sup>22</sup> Головкін Б. М. Крадіжка як найтипівіший злочин неповнолітніх / Б. М. Головкін // Часопис Київського університету права. – 2004. – № 1. – С. 82–88.
- <sup>23</sup> Голіна В. В. Особистість неповнолітнього злочинця: кримінологічний портрет (на матеріалах м. Харкова) / В. В. Голіна, Б. М. Головкін // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2006. – № 1. – С. 42–53.
- <sup>24</sup> Головкін Б. М. Кримінологічні засоби забезпечення безпеки від корисливої насильницької злочинності та її проявів / Б. М. Головкін // Право України. – 2011. – № 1. – С. 240–246.
- <sup>25</sup> Головкін Б. М. Кримінологічний аналіз злочинів проти власності / Б. М. Головкін // Теорія і практика правознавства : електр. наук. фах. вид. Нац. ун-ту «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». – 2013. – Вип. 2 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/download/el\\_zbirnik/2.2013/33\\_1.pdf](http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/download/el_zbirnik/2.2013/33_1.pdf) – Заголовок з екрана.
- <sup>26</sup> Головкін Б. М. Види злочинності / Б. М. Головкін // Журнал східноєвропейського права. – 2015. – № 18. – С. 14–21 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://easternlaw.com.ua/wp-content/uploads/2015/08/golovkin\\_18.pdf](http://easternlaw.com.ua/wp-content/uploads/2015/08/golovkin_18.pdf)
- <sup>27</sup> Головкін Б. М. Як стають жертвами злочинів / Б. М. Головкін // Проблеми законності. – 2017. – Вип. 136. – С. 161–172.
- <sup>28</sup> Головкін Б. М. Корислива насильницька злочинність в Україні: феномен, детермінація, запобігання : моногр. / Б. М. Головкін ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х. : Право, 2011. – 432 с.
- <sup>29</sup> Головкін Б. М. Кримінологічний аналіз злочинів проти власності / Б. М. Головкін // Теорія і практика правознавства : електр. наук. фах. вид. Нац. ун-ту «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». – 2013. – Вип. 2 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/download/el\\_zbirnik/2.2013/33\\_1.pdf](http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/download/el_zbirnik/2.2013/33_1.pdf) – С. 1–5.
- <sup>30</sup> Головкін Б. М. Як стають жертвами злочинів / Б. М. Головкін // Проблеми законності. – 2017. – Вип. 136. – С. 161–172. – С. 165.
- <sup>31</sup> Брижак А. В. Кримінологічні засади діяльності ОВС щодо запобігання крадіжкам, поєднаним з проникненням в житло : моногр. / А. В. Брижак ; Чернів. юрид. ін-т Нац. ун-ту «Одес. юрид. акад.». – Чернівці : Технодрук, 2015. – 176 с. – С. 156.

#### Резюме

##### **Панова С. В. Стан дослідження крадіжок, поєднаних з проникненням у житло.**

У статті досліджено стан наукової розробки крадіжок, поєднаних з проникненням у житло. Проаналізовано наукові праці, які містять відомості про дослідження крадіжок, поєднаних з проникненням у житло, і сучасні статистичні дані. Окрему увагу приділено етапам історичного розвитку крадіжок.

**Ключові слова:** злочинність, загальнокримінальна корислива злочинність, крадіжки, поєднані з проникненням у житло, історичний розвиток, динаміка квартирних крадіжок, віктимна поведінка потерпілого.

#### Резюме

##### **Панова С. В. Состояние исследования краж, соединенная с проникновением в жилище.**

В статье исследовано состояние научной разработки краж, соединенных с проникновением в жилище. Проанализированы научные работы, содержащие сведения об исследовании краж, соединенных с проникновением в жилище, и современные статистические данные. Отдельное внимание уделено этапам исторического развития краж.

**Ключевые слова:** преступность, общеуголовная корыстная преступность, кражи, соединенные с проникновением в жилище, историческое развитие, динамика квартирных краж, виктимное поведение потерпевшего.

#### Summary

##### **Panova S. The state of the study of thefts, connected with penetration into a dwelling.**

The article studies the state of the scientific research of thefts, connected with penetration into a dwelling. The scientific works containing information on the investigation of thefts connected with penetration into a dwelling and modern statistical data are analyzed. Separate attention is paid to the stages of the historical development of thefts.

**Key words:** criminality, common criminal mercenary criminality, theft, connected with penetration into a dwelling, historical development, dynamics of apartment thefts, victim's behavior.

УДК 341.4

**О. М. ЛОЩИХІН, С. Б. ПОГРЕБНИЙ, Р. В. ЯЩЕНКО**

*Олександр Миколайович Лощихін, доктор юридичних наук, професор, професор Таврійського національного університету ім. В. І. Вернадського*

*Сергій Борисович Погребний, студент VI курсу Навчально-наукового гуманітарного інституту Таврійського національного університету ім. В. І. Вернадського*

*Роман Вікторович Ященко, студент VI курсу Навчально-наукового гуманітарного інституту Таврійського національного університету ім. В. І. Вернадського*

### **ЗАСТОСУВАННЯ ПРЕЦЕДЕНТНОЇ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ СУДАМИ УКРАЇНИ: ГАРАНТУВАННЯ ТА НАБЛИЖЕННЯ ДО ЄВРОПЕЙСЬКИХ СТАНДАРТІВ ДОТРИМАННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ**

Згідно зі ст. 3 Конституції України людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю<sup>1</sup>. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. З проголошенням України незалежною державою право кожного на судовий захист стало одним із фундаментальних прав людини, гарантованих у конституційному порядку. Закріплене в конституціях більшості розвинутих держав, воно посідає чільне місце в структурі конституційно-правового статусу людини та є необхідним фактором. Право на правосуддя відображається в основних засадах судочинства. Тому зміст цього права складається із наступних елементів: доступність правосуддя; право на апеляційне та касаційне оскарження судового рішення; незалежність і неупередженість суду; рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом; право на захист; публічність судового розгляду; розгляд справи в найкоротший строк, що передбачений законом<sup>2</sup>.

Право людини і громадянина на судовий захист належить до громадянських прав, причому містить у собі юридичну гарантію від свавілля як з боку окремих осіб, так і держави.

Юридичні гарантії – це надання державою формальної (юридичної) загальнообов'язковості умовам, які необхідні для того, щоб кожна людина могла скористатися своїми конституційними правами і свободами. Юридичні гарантії встановлюються державою в Конституції та нормах чинного законодавства. Їх метою є реальне забезпечення правовими засобами максимального здійснення, охорони й захисту конституційних прав і свобод громадян<sup>3</sup>.

Зокрема, Основним Законом передбачається низка гарантій, однією із яких є право судового захисту, що передбачено ст. 55 Конституції України, згідно з якою права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Це означає, що кожному гарантується захист прав і свобод у судовому порядку. Суд не може відмовити у правосудді, якщо громадянин України, іноземець, особа без громадянства вважають, що їх права і свободи порушені або порушуються, створено або створюються перешкоди для їх реалізації або мають місце інші ущемлення прав та свобод. Відмова суду у прийнятті позовних та інших заяв, скарг, оформлених відповідно до чинного законодавства, є порушенням права на судовий захист, яке згідно зі ст. 64 Конституції України не може бути обмежене<sup>4</sup>. Також зазначеною статтею кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Це означає, що кожен, тобто громадянин України, іноземець, особа без громадянства, має гарантоване державою право оскаржити в суді загальної юрисдикції рішення, дії чи бездіяльність будь-якого органу державної влади, органу місцевого самоврядування, посадових і службових осіб, якщо їх рішення, дія

чи бездіяльність порушують або ущемляють права і свободи зазначених осіб чи перешкоджають їх здійсненню, а тому потребують правового захисту в суді. Такі скарги підлягають безпосередньому розгляду в судах незалежно від того, що прийнятим раніше законом міг бути встановлений інший порядок їх розгляду (оскарження до органу, посадової особи вищого рівня щодо того органу і посадової особи, що прийняли рішення, вчинили дії або допустили бездіяльність). Подання скарги до органу, посадової особи вищого рівня не перешкоджає оскарженню цих рішень, дій чи бездіяльності до суду<sup>5</sup>.

Кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень та протиправних посягань, звертатися за захистом до суду та інших державних органів. Також кожен має право звернутися за захистом своїх прав до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, а після використання всіх національних засобів правового захисту – за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна.

Отже, у нашій країні права людини задекларовані основоположною цінністю. Законом від 17 липня 1997 р. в Україні було ратифіковано Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, за ст. 19 якої з метою забезпечення виконання зобов'язань за Конвенцією та протоколами до неї створюється Європейський суд з прав людини, який функціонує на постійній основі<sup>6</sup>.

У такий спосіб було визнано юрисдикцію Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) та в подальшому було прийнято Закон України від 23 лютого 2006 р. «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»<sup>7</sup>. Отже, Конвенція стала частиною національного законодавства з визначенням її пріоритетності стосовно норм вітчизняного законодавства, рішення ЄСПЛ – підлягати виконанню, а правові прецеденти, що містяться в них, – застосуванню під час здійснення правосуддя<sup>8</sup>.

Закон про виконання рішень ЄСПЛ регулює відносини, які виникають у зв'язку із зобов'язанням України з виконання рішень ЄСПЛ; необхідністю усунення причин порушення Україною Конвенції та протоколів до неї; впровадженням в українське судочинство та адміністративну практику європейських стандартів з прав людини; створенням умов для зменшення числа заяв до ЄСПЛ проти України<sup>9</sup>.

Проте протягом багатьох років в українській правовій системі імплементація норм Конвенції та застосування практики ЄСПЛ при здійсненні правосуддя запроваджувалися досить повільно, що зумовило масові порушення прав людини, а згодом і величезну кількість звернень до ЄСПЛ з боку наших громадян<sup>10</sup>. За офіційними статистичними відомостями ЄСПЛ у 2014 р. Україна посідала перше місце за кількістю поданих скарг до ЄСПЛ<sup>11</sup>.

Місце практики ЄСПЛ в Україні з прийняттям Закону набуло нормативної визначеності. Отримала нормативне закріплення не тільки обов'язковість виконання рішень Суду, постановлених проти України, а й застосування Конвенції та практики ЄСПЛ як джерел права.

По-перше, судовим прецедентом визнається практика ЄСПЛ з прав людини, а не національних судів. По-друге, судовий прецедент не займає головного місця у вищезазначеному Законі. Джерелом права визнано саму Конвенцію, та лише у випадку мовних розбіжностей і необхідності тлумачення окремих положень використовується прецедентна практика ЄСПЛ<sup>12</sup>.

Дійсно, під час розгляду справи, аргументація своєї позиції з посиланням на відповідне рішення Європейського суду з прав людини виглядає досить переконливо і часто змушує протилежну сторону, принаймні подумки, засумніватися у своїй позиції.

Однак на практиці в українському судочинстві із застосуванням, навіть обґрунтованих, посилань на рішення Європейського суду виникає низка проблем. Однією із них є забезпечення суддів опублікованим перекладом повних текстів рішень. Згідно зі ст. 18 Закону суди мають використовувати офіційний переклад рішення Суду, що надрукований у офіційному виданні, або, за відсутності перекладу, оригінальним текстом<sup>13</sup>.

Виконання вказаної функції покладається на державний орган, відповідальний за організаційно-матеріальне забезпечення судів. Сьогодні немає інформації про стан забезпечення судів, як і інших правників, офіційними перекладами рішень Суду.

Слід підкреслити, що однією із основоположних задекларованих європейських цінностей є право на власність, тобто право на мирне володіння своїм майном, визначене у ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод<sup>14</sup>.

У цій статті, зокрема, йдеться про те, що кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права.

23 січня 2007 р. Вищий господарський суд України виніс постанову за результатами розгляду касаційного подання прокурора м. Севастополя та касаційної скарги Севастопольської міської ради на постанову Київського апеляційного господарського суду від 19 вересня 2006 р. у справі № 47/83 господарського суду м. Києва за позовом прокурора м. Севастополя в інтересах держави, в особі Севастопольської міської ради до ТОВ «Реал Істейт АГ», Севастопольської міської державної адміністрації про визнання недійсним договору оренди землі. У цій справі Вищий господарський суд України (далі – ВГСУ) визнав за необхідне застосувати судову практику ЄСПЛ у національному законодавстві як інструмент функціонування Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, що є частиною національного законодавства України<sup>15</sup>. Зокрема, ВГСУ послався на рішення ЄСПЛ від 24 червня 2003 р. «Стретч проти Об'єднаного Королівства Великобританії і Північної Ірландії» (*Stretch v. United Kingdom*, 44277/98)<sup>16</sup>. Суть рішення Суду, на



думку суддів ВГСУ, в тому, що визнання недійсним договору, згідно з яким покупець отримав майно від держави, та подальше позбавлення його цього майна (на підставі того, що державний орган порушив закон при укладенні договору) є неприпустимим.

Перед цим, 1 лютого 2003 р., Вищий господарський суд України також виніс постанову у досить резонансній на той час справі Промислово-фінансового консорціуму «Придніпров'я» про визнання права власності та зобов'язання вчинити певні дії (постанова ВГСУ від 1 лютого 2007 р. у справі № 2/168)<sup>17</sup>.

У цьому процесі згадане вище рішення Суду, як аргумент, використовували адвокати одного з відповідачів. Однак ВГСУ не взяв до уваги цей аргумент, зазначивши, що «...застосування судами першої та апеляційної інстанцій ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції про захист прав і основних свобод людини та рішення ЄСПЛ від 24.06.2003 р. по справі «Стретч проти Об'єднаного Королівства» безпідставне, оскільки в цій статті Протоколу йдеться про захист прав власності саме власника, а в зазначеному Рішенні вказано про перевищення повноважень місцевою адміністрацією при позбавленні громадянина права на подовження договору оренди землі...»<sup>18</sup>.

У лютому 2010 р. Київський апеляційний господарський суд, розглядаючи справу про визнання права та переведення прав та обов'язків за договором, як джерело права також застосував рішення ЄСПЛ від 24 червня 2003 р. у справі «Стретч проти Об'єднаного Королівства»<sup>19</sup>.

Аналіз цих рішень українських судів дає змогу стверджувати, що одне й те ж саме рішення Суду піддається різній інтерпретації українськими судами. Це, в свою чергу, жодним чином не сприяє правильному та однозначному застосуванню практики Суду.

Приймаючи рішення у згаданій вище справі, Київський апеляційний господарський суд навів суть рішення у справі «Стретч проти Об'єднаного Королівства»: між позивачем і органом місцевого самоврядування було укладено договір оренди з правом його пролонгації. Після закінчення встановленого строку оренди позивач спробував скористатися своїм правом на продовження оренди, однак орган місцевого самоврядування повідомив, що попереднє рішення було прийнято з перевищенням повноважень і не надав можливості заявникові реалізувати передбачене у договорі оренди земельної ділянки його право на продовження цього договору.

При розгляді справи «Стретч проти Об'єднаного Королівства» ЄСПЛ виходив із того, що передбачене договором оренди право орендаря на продовження цього договору має економічну цінність і юридично належить орендарю (тобто, укладаючи договір оренди, орендар обгрунтовано розраховував на продовження договору оренди). У зв'язку з цим Європейський суд з прав людини дійшов висновку, що майнове право орендаря, передбачене договором оренди, є «власністю» в розумінні ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод і підлягає застосуванню при здійсненні захисту цих майнових прав.

Тобто, ЄСПЛ під час прийняття рішення виходить з позицій справедливості та гарантування власності й майнових прав, що є європейським правовим стандартом.

У 2013 р. Снігурівським районним судом Николаївської області розглянуто одну цивільну справу з постановлянням рішення, яке містить посилання на рішення Європейського суду з прав людини, а саме цивільна справа за позовом органу опіки та піклування Снігурівської районної державної адміністрації Николаївської області до Лавро М. В. про відібрання малолітньої дитини без позбавлення батьківських прав. Рішенням суду від 6 березня 2013 р. позивачу відмовлено у задоволенні позовних вимог за безпідставністю вимог (ненадання позивачем доказів на підтвердження своїх вимог). У рішенні суддя Лисенко М. Є. послався на ст. 17 Закону України від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», згідно з якою суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику суду як джерело прав. Згідно з п.п. 58–60 рішення Європейського суду з прав людини у справі «Савіні проти України» суд зауважив, що витребувана конкретна інформація у цьому зв'язку могла б допомогти визначити, чи виконали відповідні органи свій конвенційний обов'язок зі збереження єдності сім'ї і чи дослідили вони достатнім чином ефективність менш суворих альтернативних заходів перед тим, як клопотати про відібрання дітей від батьків, а національні органи обгрунтували своє рішення про відібрання дітей від батьків, ці аргументи не були достатніми для виправлення такого серйозного втручання в сімейне життя заявників<sup>20</sup>.

ЄСПЛ при прийнятті рішення виходить з європейського стандарту збереження та непорушності сім'ї, а тому вважає, що компетентні органи не виконали всі можливі дії щодо з'ясування обставин та їх достатність для розлучення батьків з дитиною.

Верховний Суд України, обгрутовуючи позицію стосовно поновлення виплати пенсії, у рішенні від 6 жовтня 2015 р. посилається на рішення ЄСПЛ у справі «Пічкур проти України» та вказує, що у цій справі право на отримання пенсії як таке стало залежним від місця проживання заявника. Це призвело до ситуації, у якій заявник, пропрацювавши багато років у своїй країні та сплативши внески до системи пенсійного забезпечення, був зовсім позбавлений права на пенсію лише на тій підставі, що він більше не проживає на території України (п. 51 цього рішення)<sup>21</sup>.

У п. 54 вказаного рішення ЄСПЛ зазначив, що наведених вище міркувань ЄСПЛ достатньо для висновку про те, що різниця в поводженні, на яку заявник скаржився, порушувала ст. 14 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р., згідно з якою користування правами та свободами, визнаними в Конвенції, має бути забезпечене без дискримінації за будь-якою ознакою – статі, раси, кольору

шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національних меншин, майнового стану, народження або за іншою ознакою у поєднанні зі ст. 1 Першого протоколу до Конвенції, якою передбачено право кожної фізичної або юридичної особи мирно володіти своїм майном та закріплено, що ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше, як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом та загальними принципами міжнародного права.

ЄСПЛ у даному випадку виходить з «духу» Конвенції щодо рівності людей незалежно від будь-яких ознак при захисті майнових прав, навіть ознаки громадянства.

Безумовно, ці приклади не дають вичерпної характеристики змісту тих норм, які передбачені Конвенцією. Однак вони у доступній формі розкривають підходи ЄСПЛ до розуміння державами-членами Конвенції своїх обов'язків із гарантування особам прав і свобод, як це передбачено ст. 1 Конвенції.

Підсумовуючи, зазначимо, що застосування Конвенції нині є демократичним виходом із тих проблем, які ще існують у законодавстві України, а також в практиці його застосування. Тому навіть якщо застосування норм Конвенції автоматично й не вплине на кількість звернень проти України до ЄСПЛ, це буде вплив опосередкований, шляхом виправлення помилок і недоліків українського законодавства.

З огляду на досвід інших країн можна прогнозувати, що при доцільному використанні Конвенції в практиці здійснення судочинства зменшиться і кількість звернень проти нашої держави до ЄСПЛ зі скаргами про порушення в Україні тих прав, що гарантуються Конвенцією. А застосування прецедентів ЄСПЛ є прикладом наближення українського правосуддя до високих демократичних стандартів у сфері гарантування прав людини європейської спільноти. Це допоможе підвищити рівень законності та дотримання принципу верховенства права на принципах справедливості та розумності.

<sup>1</sup> Конституція України: чинне законодавство станом на 10 лютого 2011 р. – К.: Алерта; ЦУЛ, 2011. – 96 с.

<sup>2</sup> Аракелян М. Забезпечення конституційного права людини на захист прав і свобод судом / М. Аракелян // Право України. – 2006. – № 3. – С. 19–21. – С. 19.

<sup>3</sup> Погорілко В. Ф. Конституційне право України: навч. видання / В. Ф. Погорілко. – К.: Наукова думка, 2003. – С. 733. – С. 208.

<sup>4</sup> Конституція України: чинне законодавство станом на 10 лютого 2011 р. – К.: Алерта; ЦУЛ, 2011. – 96 с.

<sup>5</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянки Дзюби Галини Павлівни щодо офіційного тлумачення частини другої статті 55 Конституції України та статті 248-2 Цивільного процесуального кодексу України (справа громадянки Дзюби Г. П. щодо права на оскарження в суді неправомірних дій посадової особи) від 25 листопада 1997 року № 6-зп.

<sup>6</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод // Офіційний вісник України. – 2006. – № 32. – С. 270.

<sup>7</sup> Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23 лютого 2006 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 30. – Ст. 260.

<sup>8</sup> Борисенко М. О. Вплив практики Європейського суду з прав людини на єдність правозастосування в судовій системі України / М. О. Борисенко // Часопис цивільного і кримінального судочинства. – 2016. – № 3. – С. 142–151. – С. 143.

<sup>9</sup> Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23 лютого 2006 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 30. – Ст. 260.

<sup>10</sup> Прутка Н. Імплементация норм европейского прецедентного права до правовой системы Украины в частині заборони дискримінації в Україні / Н. Прутка // Роль практики Європейського Суду з прав людини у ствердженні принципу верховенства права: матеріали круглого столу; за ред. І. Г. Оборотова. – Миколаїв, 2016. – С. 41–46. – С. 41.

<sup>11</sup> The ECHR in facts and figures 2013 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.echr.coe.int/Documents/Facts\\_Figures\\_2013\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2013_ENG.pdf)

<sup>12</sup> Дударев Д. С. Деякі проблемні питання впровадження судового прецеденту європейського суду з прав людини в Україні / Д. С. Дударев // Таврійський національний університет ім. В. І. Вернадського. – 2010. – Т. 23 (62). № 1. – С. 352. – (Серія «Юридичні науки»). – С. 133.

<sup>13</sup> Аналіз застосування судами практики положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та рішень Європейського суду з прав людини при здійсненні цивільного судочинства за 2013 рік : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://mka.court.gov.ua/sud1490/uzagalnenj/uzagal\\_sud\\_praktik/konven](http://mka.court.gov.ua/sud1490/uzagalnenj/uzagal_sud_praktik/konven)

<sup>14</sup> Там само.

<sup>15</sup> Постанова Вишого господарського суду України від 23 січня 2007 р. у справі № 47/83 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/388013>

<sup>16</sup> Стретч проти Об'єднаного Королівства Великої Британії і Північної Ірландії : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.scourt.gov.ua/.../Стретч%20проти%20Сполученого...](http://www.scourt.gov.ua/.../Стретч%20проти%20Сполученого...)

<sup>17</sup> Постанова Вишого Господарського Суду України від 1 лютого 2007 р. у справі № 2/168 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/662926>

<sup>18</sup> Аналіз застосування судами практики положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та рішень Європейського суду з прав людини при здійсненні цивільного судочинства за 2013 рік : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://mka.court.gov.ua/sud1490/uzagalnenj/uzagal\\_sud\\_praktik/konven](http://mka.court.gov.ua/sud1490/uzagalnenj/uzagal_sud_praktik/konven)

<sup>19</sup> Там само.

<sup>20</sup> Рішення Європейського суду з прав людини як джерело права : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.vaas.gov.ua/news/rishennya-yevropejskogo-sudu-z-prav-lyudini-yak-dzherelo-prava/>

<sup>21</sup> Там само.

### Резюме

**Лощихін О. М., Погребний С. Б., Яценко Р. В. Застосування прецедентної практики Європейського суду з прав людини судами України: гарантування та наближення до європейських стандартів дотримання прав людини.**

У статті обґрунтована практика судів України щодо застосування прецедентів Європейського суду з прав людини при вирішенні господарських, цивільних та інших видів справ. Актуалізується питання доцільності та необхідності використання у правозастосовній практиці українських судів судових прецедентів Європейського суду з прав людини, особливо у випадках, коли чинне законодавство не містить норм, які повною мірою регламентують предмет спору або ж коли норми чинного законодавства не відповідають духу та нормам Конвенції щодо тлумачення того чи іншого права та свободи.

При обґрунтуванні можливості використання судових прецедентів судами України дослідники аналізують конституційні вихідні положення, що закріплюють та гарантують права людини і громадянина, зокрема право судового захисту, та визначають механізм застосування прецедентної практики Європейського суду з прав людини.

Авторами проаналізовано конкретні приклади застосування судами України прецедентів Європейського суду з прав людини, висловлено міркування щодо доцільності їх застосування та визначено принципи й норми Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, на дотримання яких спрямовані ці рішення.

**Ключові слова:** права і свободи людини і громадянина, конституційні права, право на судовий захист, Європейський суд з прав людини, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, судовий прецедент, прецедентна практика, суди України.

### Резюме

**Лощихин А. Н., Погребной С. Б., Яценко Р. В. Применение прецедентной практики Европейского суда по правам человека судами Украины: гарантирование и приближение к европейским стандартам соблюдения прав человека.**

В статье обоснована практика судов Украины относительно применения прецедентов Европейского суда по правам человека при решении хозяйственных, гражданских и других видов дел. Актуализируется вопрос целесообразности и необходимости использования в правоприменительной практике украинских судов судебных прецедентов Европейского суда по правам человека, особенно в случаях, когда действующее законодательство не содержит норм, в полной мере регламентирующих предмет спора или же когда нормы действующего законодательства не отвечают духу и нормам Конвенции относительно толкования того или другого права и свободы.

При обосновании возможности использования судебных прецедентов судами Украины исследователи анализируют конституционные исходные положения, которые закрепляют и гарантируют права человека и гражданина, в частности право судебной защиты, а также определяют механизм применения прецедентной практики Европейского суда по правам человека.

Авторами проанализированы конкретные примеры применения судами Украины прецедентов Европейского суда по правам человека, высказано соображение относительно целесообразности их применения и определены принципы и нормы Конвенции о защите прав человека и основоположных свобод 1950 года, на соблюдение которых направлены эти решения.

**Ключевые слова:** права и свободы человека и гражданина, конституционные права, право на судебную защиту, Европейский суд по правам человека, Конвенция о защите прав человека и основоположных свобод, судебный прецедент, прецедентная практика, суды Украины.

### Summary

**Loshchykhin O., Pogrebny S., Yaschenko R. Application of precedents-based approach of European Court of Human Rights by Ukrainian courts: guaranteeing and moving towards European standards of abidance to human rights.**

The article looks at the Ukrainian courts' practices in applying precedents from European Court of Human Rights in making rulings in economic, civil and other types of cases. The question of suitability and necessity of applying precedents from European Court of Human Rights in law enforcement practices of Ukrainian courts are raised, especially when current legislation doesn't contain norms, which would fully cover the subject of dispute or when the norms of the current legislation are not in the spirit and norms of Convention on interpreting specific rights or freedoms.

While looking at the potential application of court precedents by Ukrainian courts, academics analyse basic constitutional principles, which determine and guarantee the human and civil rights, especially the right to defence in court; they determine the mechanism of applying precedents-based approach of European Court of Human Rights.

Authors analysed specific examples of Ukrainian courts applying precedents from European Court of Human Rights, presented argument as to the suitability of applying them and determined principles and norms of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950), which are being safeguarded by such applications.

**Key words:** human and civil rights and freedoms, constitutional rights, rights to defence in court, European Court of Human Rights, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, court precedent, precedents-based approach, Ukrainian courts.

**Г. Г. МОШАК**

*Григорій Григорович Мошак, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри Одеського національного морського університету*

## **ІНСТИТУЦІЙНІ ТА НОРМАТИВНІ ПЕРЕДУМОВИ ПРИВАТНОПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОСТУПУ ДО ЗАЛІЗНИЧНОЇ ІНФРАСТРУКТУРИ У ФРН**

В українській науковій літературі відсутні дослідження інституційних та нормативних передумов приватноправового вдосконалення доступу до залізничної інфраструктури. Існуючі проекти реорганізації використання проблемної української залізничної інфраструктури можна було б вдосконалити шляхом запозичення передового досвіду Німеччини. Важливість досліджень підґрунтя створення та правового статусу нових органів ФРН як передумов приватноправового вдосконалення використання інфраструктури пов'язана з тим, що їх результати розширюють можливості розвитку вітчизняного приватного права. Зазначені обставини обумовлюють актуальність та новизну дослідження. Останнє здійснене за матеріалами Федерального агентства мереж ФРН, німецькомовних публікацій щодо діяльності спеціалізованих органів, аналізу нормативних актів, що стосуються створення законодавства та спеціальних органів на рівні національного права і права ЄС. Результати вивчення дають змогу викласти на даному етапі наступні міркування.

Вклад у створення сучасних ефективних залізничних перевезень у ФРН внесли значні інституційні перетворення та законодавчі зміни, завдяки яким запрацювали приватноправові регулятори залізничних перевезень, отримавши можливість існування. Сказане впливає із ювілейного тому «10 років регулювання, орієнтованого на конкуренцію, мережевих індустрій у Німеччині», що підготовлений у 2008 р. Науковою робочою групою з питань регулювання Федерального агентства мереж (Bundesnetzagentur, скорочено – BNetzA) до десятиріччя останнього<sup>1</sup> та містить подробиці тривалих реформ. Зазначається мета діяльності BNetzA – сприяння розвитку конкуренції. Останню німці відносять до основних засобів підвищення якості у промисловості, на транспорті та інших сферах.

Для забезпечення ефективного використання мереж у 1998 р. була створена Служба регулювання телекомунікацій та пошти<sup>2</sup>, у 2005 р. перейменована у Федеральне агентство мереж (німецькою мовою – Bundesnetzagentur, скорочена назва – BNetzA), на яке покладена відповідальність за регулювання доступу до електричної енергії і газу. З 1 січня 2006 р. BNetzA здійснює нагляд також за змаганням на залізницях ФРН і відповідає за надання вільного від дискримінації доступу до залізничної інфраструктури.

У залізничному секторі BNetzA здійснює нагляд та контроль силами власного структурного підрозділу – Управління залізничного регулювання – або «Сьомого управління», яке утворюють п'ять відділів. Два з них уповноважені на вирішення фундаментальних питань, а три відділи здійснюють оперативне регулювання. Так, 702-й відділ відповідає за питання економічної політики, маркетингових досліджень і статистики. Оперативні завдання залізничного регулювання доступу до інфраструктури залізниць і послуг покладено на 703-й відділ, питання доступу до закладів сервісу та послуг – на 704-й відділ, а 705-й відділ контролює розмір платежів (відшкодування) за користування коліями, установами сервісу та послуг. Управління залізничного регулювання має подвійне підпорядкування. За здійснення галузевого нагляду з питань залізничного регулювання воно відповідальне перед Федеральним міністерством транспорту, будівництва і міського розвитку (BMVBS). Тоді як нагляд за його службовою діяльністю підпадає під компетенцію Федерального міністерства економіки та технологій.

Управління залізничного регулювання періодично складає для Уряду ФРН звіти про діяльність, використовуючи рекомендації Консультативної ради залізничної інфраструктури (до якої входить рівна кількість депутатів парламенту і представників Земель ФРН). Про вагомість звітів свідчить їх розгляд на засіданнях спеціальної комісії Уряду ФРН. Зокрема, у рішенні від 25 червня 2012 р. щодо «Звіту про діяльність у 2011 році», наданого відповідно до § 14b абз. 4 Загального закону про залізниці, зазначається, що залізнична комісія інфраструктури Уряду ФРН схвалила проект звіту про діяльність у 2011 році. Комісія підтримала зусилля Федерального агентства мереж у рамках його законних завдань щодо підвищення якості та ефективності витрат клієнтів доріг, їх вільного від дискримінації доступу до рейкових шляхів, а також щодо сприяння підприємствам залізничної інфраструктури.

За ініціативи ФРН представники Великобританії, Нідерландів, Австрії та Швейцарії у 2010 р. здійснюють розширення міжнародного співробітництва незалежних органів регулювання в залізничному секторі. За їх участі у 2011 р. утворена Незалежна група регуляторів з питань залізниць (Independent Regulators' Group-Rail, скорочено – IRG-Rail), до якої увійшли незалежні органи регулювання залізниць 26 європейських держав<sup>3</sup>. IRG-Rail стала місцем обміну досвідом, який набули органи залізничного регулювання різних країн Європи. Співпраця національних залізничних органів регулювання стає важливою складовою підвищення конкурентоспроможності внутрішнього ринку шляхом використання приватноправових інструментів. Тема-

ми обговорення у IRG-Rail є практичні питання, зумовлені вступом у силу нового регулювання вантажних залізничних перевезень і пов'язаних з ним аспектів економічної й правової рівноваги, а також моніторингу ринку. Напередодні формального заснування IRG-Rail у робочих групах проводилися наради і дослідження, якими доведено успішність реалізації цільової установки – викладення думки щодо важливих для Європи питань регулювання.

На основі робочої програми на 2016 р. чотири робочих і дві дорадчих групи IRG-Rail опрацювали актуальні європейські залізничні теми. Це доповідь про кооперацію у залізничних вантажних коридорах, пропозиції щодо переробки приписів ЄС стосовно створення конкурентоспроможної європейської залізничної вантажної мережі згідно з вимогами Четвертого залізничного пакету ЄС. Незалежні органи регулювання 26 країн співпрацюють у групі IRG-Rail з метою сприяння обміну досвідом та спеціальними знаннями, а також створюють «Найкращі практики» (Bestpractice)<sup>4</sup>. Представники державних органів регулювання європейських держав та Комісії ЄС беруть участь у зустрічах та надають пропозиції щодо удосконалення нормативно-правової бази ЄС, що стосується залізничного сектору і формалізації статусу IRG-Rail. Група набула статусу постійно діючої. До числа її постійних членів увійшов представник ЄС. Подальший розвиток регулятивної діяльності у сфері мережевих відносин призвів до заснування у 2013 р. нової структури – Європейської мережі залізничних регулюючих органів (European Network Rail Regulatory Bodies, скорочено – ENRRB).

Федеральне агентство мереж має у зазначеній групі представників, регулярно бере участь у засіданнях з питань поліпшення якості послуг залізничного транспорту та транспортного коридору «Північ-Південь» (Міжнародна робоча група з підвищення якості залізничних перевезень в Північно-Південного коридору (International Working Group for Quality on the North-South Corridor, IQ-C)<sup>5</sup>. До зазначеної робочої групи входять делегати органів регулювання Нідерландів, Бельгії, Швейцарії, а також представник Австрії в якості спостерігача. Завдання IQ-C полягають у тому, щоб спостерігати за діяльністю «Rail Net Europe»<sup>6</sup> з надання міжнародних трас для міжнародного руху в транспортному коридорі між містами Роттердам і Мілан, здійснювати взаємне інформування про випадки дискримінації, обмінюватися інформацією щодо необхідного способу дій. Частина роботи групи – це тлумачення юридичних термінів «дискримінація», «переобтяження колії» і «потужність рейкового шляху». Робоча група IQ-C дійшла висновку про необхідність проведення зустрічей також і з регулюючими органами транспортних коридорів № 1 і № 2.

В організації та забезпеченні функціонування транспортного коридору беруть участь п'ять підрозділів. Це Правління, Виконавча рада, менеджери інфраструктури, консультативні групи, регулюючі органи. Виконавча рада (складається з представників влади для кожної частини вантажного коридору) встановлює рамки для розподілу пропускної здатності у вантажному коридорі відповідно до ст. 14 п. 1 Директиви 2001/14/ЄС. Рада також відповідає за затвердження інвестиційного плану з розвитку інфраструктури транспортних коридорів. Вона встановлює загальні цілі відповідного вантажного коридору (ст. 8 п. 1), приймає рішення «за взаємною згодою» з представниками органів-членів держав (ст. 8 п. 4), виконує план реалізації і затверджує інвестиційний план, розроблений Правлінням (ст. 11).

Європейська комісія створила регулюючі органи у кожній державі ЄС, основним завданням яких має бути забезпечення справедливого і недискримінаційного доступу до залізничної мережі та послуг. Правова основа створення і компетенція зазначених органів визначені ст. 10.7 Директиви 2001/12/ЄС і ст. ст. 30, 31 Директиви 2001/14/ЄС. До 2012 р. двічі на рік відбувався обмін інформацією між комісією ЄС і всіма національними залізничними органами регулювання в так званих «Робочих групах з регулювання залізничних питань» під керівництвом комісії ЄС. У рамках обміну кожен орган регулювання повідомляв про національну динаміку ринку та події, що стосуються застосування залізничної Директиви 2001/14/ЄС. Представники окремих органів регулювання здійснювали доповіді з обраної тематики національного залізничного ринку.

Комісія ЄС регулярно інформує учасників про відповідний стан і послідовність актуальних нарад у Раді й Парламенті, наприклад, з питань переробки першого залізничного пакету («Перезарядка») або про поточні процеси порушення договору. Комісія ЄС надала висновок щодо робіт по четвертому залізничному пакету, котрим охоплено теми «декартелізація», «відкриття ринків національного пасажирського сполучення», ревізія «Директиви про залізничну безпеку та розширення ролі і повноважень Європейського агентства залізниць (European Rail Agency (ERA))». Комісія ЄС надає загальнодоступну інформацію про стан робіт щодо започаткування вантажних транспортних коридорів.

Після завершення переробки законодавства регулярний обмін інформацією, ініційований комісією ЄС у робочій групі, був узаконений. Кооперація органів регулювання країн ЄС перетворилася на обов'язок, відбулося законодавче закріплення обов'язку регулярних зустрічей, членом яких є Європейська комісія. На початку 2013 р. створення Європейської мережі органів залізничного регулювання («Європейська мережа залізничних регулюючих органів») (ENRRB) – завершилося. Федеральне агентство мереж Німеччини бере участь у засіданнях як робочої групи, так і в роботі мережі ENRRB, у її заходах та обміні інформацією і досвідом.

Основа регулювання залізничних відносин утворюють положення § 5 Загального статуту (закону) про залізницю<sup>7</sup> та положення закону «Про залізничне регулювання» від 29 серпня 2016 року<sup>8</sup>. Однак зазначеними документами регулювання контролю доступу до залізничної інфраструктури не вичерпується. Серед низки спеціальних нормативних актів до основних із них належить Закон про Федеральне агентство мереж електроенергії, газу, телекомунікацій, пошти та залізниць (в редакції від 26 липня 2011 р.) та «Закон щодо посилення конкуренції у залізничному секторі»<sup>9</sup> від 29 серпня 2016 року. Останній прийнято після відхилення Бундестагом у 2013 р. проекту закону «Про реорганізацію регулювання у залізничному секторі»<sup>10</sup>. Законом

від 29 серпня 2016 р. значно розширено повноваження BNetzA, яке отримало право узгоджувати розмір платежів за використання трас. Головне завдання Закону – поліпшити договірні умови доступу до залізничної інфраструктури та запобігти неефективному її використанню.

Закон від 29 серпня 2016 р. регулює умови та величини зборів, що сплачують компанії за використання інфраструктури, містить чіткі стимули для обмеження цін, передбачає процедури, які надають суб'єктам німецької Федерації можливість забезпечити широкий спектр залізничних пасажирських перевезень у майбутньому. Закон дозволяє BnetzA затверджувати не тільки величину зборів, а й маршрути руху, від яких залежить ціна користування шляхами, він посилює роль Федерального агентства мереж як гаранта незалежного регулювання та вдосконалює умови виникнення чесної конкуренції на залізницях, вигідної пасажирам і економіці; він передбачає збільшення коштів, що надаються федеральним Землям для забезпечення належного пасажирського сполучення (SPNV) – до 8,2 млрд євро. Щороку обсяг зазначених коштів планується збільшувати на 1,8 %<sup>11</sup>.

Чинне законодавство України, що регулює діяльність залізничного транспорту, не містить спеціальних актів з питання доступу до інфраструктури, що забезпечили б функціонування приватноправових інструментів. Його норми розрізнені та розпорошені в нормативних актах, що регулюють вантажні залізничні перевезення<sup>12</sup>. Йдеться про розвиток положень ст. ст. 908–928 ЦК України та ст. ст. 306–315 ГК України у Законах України «Про транспорт» та «Про залізничний транспорт». Останній планують замінити відповідно до проекту закону «Про залізничний транспорт України», що реєстровано у Верховній Раді (за номером 4593 від 5 травня 2016 р.).

Статут залізниць України, Правила планування перевезень вантажів та інші нормативні акти, а також роз'яснення вищих судових інстанцій з цього приводу<sup>13</sup>, зокрема Вищого господарського суду<sup>14</sup>, не запроваджують рівноправних відносин вітчизняної залізниці та її користувачів. Необхідність підготовки публічно-правових спеціальних актів, котрі б створили умови для функціонування приватноправового регулювання доступу до залізничної інфраструктури впливає із аналізу законодавства та досвіду країн ЄС.

<sup>1</sup> 10 Jahre wettbewerbsorientierte Regulierung von Netzindustrien in Deutschland: Bestandsaufnahme und Perspektiven der Regulierung Gebundene Ausgabe – 10. März 2008 von Arnold Picot (Herausgeber) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://opacplus.bsb-muenchen.de/metaopac/search?View=default&db=100&id=BV023210811>

<sup>2</sup> Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post.

<sup>3</sup> Бельгії, Болгарії, Данії, Німеччини, Естонії, Фінляндії, Франції, Греції, Італії, Косово, Хорватії, Латвії, Люксембургу, колишньої югославської республіки Македонія, Нідерландів, Норвегії, Австрії, Польщі, Румунії, Швеції, Швейцарії, Словаччини, Словенії, Іспанії, Угорщини та Великобританії.

<sup>4</sup> Термін «найкраща практика» відомий як метод успіху, історії успіху або рецепт успіху. Він походить від англо-американського ділового адміністрування. Означає оптимальні або зразкові способи, методи і процедури в компанії. Термін використовується в більш загальному плані і в політичному контексті.

<sup>5</sup> Коридор А з'явився в 2003 році. У січні 2003 року у місті Лугано Міністерства транспорту країн-учасниць Нідерландів, Німеччини, Швейцарії та Італії домовилися про меморандум про взаєморозуміння (МОВ) щодо міжнародної робочої групи (Міжнародної робочої групи за якістю роботи коридору Північ-Південь, IQ-C).

<sup>6</sup> RailNetEurope є асоціацією, створеною більшістю європейських керуючих залізничної інфраструктури та розподілу органів, що дозволяють швидкий і легкий доступ до європейської залізниці, а також для підвищення якості та ефективності міжнародних залізничних перевезень.

<sup>7</sup> Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/aeg\\_1994/gesamt.pdf](https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/aeg_1994/gesamt.pdf)

<sup>8</sup> Eisenbahnregulierungsgesetz : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.gesetze-im-internet.de/eregg/index.html>

<sup>9</sup> Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs im Eisenbahnbereich : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.finanzen.net/nachricht/aktien/Lange-Eisenbahnregulierung-gelungen-497486>

<sup>10</sup> Gesetz zur Neuordnung der Regulierung im Eisenbahnbereich : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/473/47374.html>

<sup>11</sup> <http://www.finanzen.net/nachricht/aktien/Lange-Eisenbahnregulierung-gelungen-4974867>

<sup>12</sup> Роз'яснення президії Вищого господарського суду України від 29.05.2002 № 04-5/601 «Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з перевезення вантажів залізницею». (Редакція від 29.09.2008, підстава V).

<sup>13</sup> Оглядний лист Вищого господарського суду України від 29.11.2007 № 01-8/917 «Про деякі питання судової практики застосування Статуту залізниць України, інших норм транспортного законодавства».

<sup>14</sup> Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства про залізничні перевезення (за матеріалами справ, розглянутих у касаційному порядку ВГСУ) (Оглядний лист ВГСУ від 21.05.2014 № 01-06/662/2014) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.arbitr.gov.ua/news/1488/>

## Резюме

**Мошак Г. Г.** Інституційні та нормативні передумови приватноправового регулювання доступу до залізничної інфраструктури у ФРН.

На прикладі німецьких залізниць розглядається створення суб'єктів публічного права – органів регулювання залізничних відносин та відповідного законодавства. Їх функціонування забезпечує дію приватноправових умов доступу до залізничної інфраструктури, що обумовлює вдосконалення якості залізничних перевезень. Обґрунтовується необхідність запозичення німецького досвіду.

**Ключові слова:** публічно-правові установи, приватноправове регулювання, вдосконалення залізничних перевезень.

Резюме

**Мощак Г. Г. Институциональные и нормативные предпосылки частноправового регулирования доступа к железнодорожной инфраструктуре в ФРГ.**

На примере немецких железных дорог рассматривается создание субъектов публичного права – органов регулирования железнодорожных отношений и соответствующего законодательства. Их функционирование обеспечивает действие частноправовых условий доступа к железнодорожной инфраструктуре, обуславливает совершенствование качества железнодорожных перевозок. Обосновывается необходимость заимствования немецкого опыта.

**Ключевые слова:** публично-правовые учреждения, частноправовое регулирование, совершенствование железнодорожных перевозок.

Summary

**Moshak G. Institutional and regulatory prerequisites for private law regulating access to railway infrastructure in the Federal Republic of Germany.**

On the example of the German railways, the creation of subjects of public law – the bodies for regulating railway relations and relevant legislation – is being considered. Their functioning ensures the operation of private legal conditions for access to the railway infrastructure, which determines the improvement of the quality of rail transport. The necessity of borrowing the German experience is substantiated.

**Key words:** public-legal institutions, private law regulation, improvement of rail transportation.

УДК 347.233:341.645

**Н. Є. БЛАЖІВСЬКА**

*Наталія Євгенівна Блажівська, кандидат юридичних наук, докторант Інституту законодавства Верховної Ради України*

**ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ КОМПЕНСАЦІЇ ТА РЕСТИТУЦІЇ  
ЄВРОПЕЙСЬКИМ СУДОМ З ПРАВ ЛЮДИНИ З МЕТОЮ ЗАХИСТУ  
ПРАВА ВЛАСНОСТІ**

Визнавши право власності як одне із прав людини у Загальній декларації прав людини (ст. 17)<sup>1</sup>, держави, однак, не прагнуть включати в міжнародні договори про захист прав людини норми про захист права власності. Так, жоден із міжнародних договорів, прийнятих з метою реалізації положень Загальної декларації прав людини та покликаних втілювати проголошені у ній права в юридичні зобов'язання, – ні Міжнародний пакт про громадянські і політичні права<sup>2</sup>, ні Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права<sup>3</sup>, – не містить положень про захист права власності. Крім того, право власності спочатку не було включене в перелік прав і свобод, які охороняються Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція)<sup>4</sup>, і було включене до неї лише з прийняттям Першого Протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Перший Протокол)<sup>5</sup>.

При цьому гарантії права власності, закріплені в ст. 1 Першого Протоколу, не є абсолютними: норми цієї статті допускають експропріацію та інші форми позбавлення власності, а також різні форми здійснення контролю за її використанням, якщо доведено, що цього потребують суспільні інтереси та якщо норми закону (які регулюють подібні дії) є достатньо зрозумілими, щоб не було місця для подвійного тлумачення, за умови, що за відібране майно виплачується належна компенсація.

У розумінні Першого Протоколу поняття власності та майна трактується достатньо широко. Так, Європейський суд з прав людини (далі – Європейський суд) не лише вважає це поняття застосовним до неречових майнових прав, таких як визнані судовими рішеннями борги, патенти чи акції, а й проявляє готовність поширювати його і на деякі права щодо матеріальних благ, які не є власністю, а також на претензії з цивільних позовів, що не отримали судового вирішення. У всіх розглянутих Європейським судом справах як важливий елемент виступав сам факт наявності фактично наданих особі прав на які-небудь конкретні матеріальні блага, а не закріплення цих прав і благ у внутрішньодержавному цивільному законодавстві<sup>6</sup>.

У випадку встановлення Європейським судом порушення положень ст. 1 Першого Протоколу повинна бути застосована реституція, однак у Європейського суду немає такої специфічної правомочності, і обов'язок здійснити реституцію не впливає автоматично з обов'язку виконати рішення Європейського суду<sup>7</sup>. Зазначене підтверджується рішеннями Європейського суду у справах «Pamichalopoulos v. Greece»<sup>8</sup> та «Vasilescu v. Romania»<sup>9</sup>. У першій з цих справ Європейський суд встановив, що найбільш ефективним способом усунення наслідків допущеного порушення є повернення землі, але вказав, що у випадку, якщо реституція не буде здійснена протягом шести місяців, позивачу необхідно відшкодувати збитки. Виконана була саме ця остання частина рішення, оскільки за твердженням влади Греції реституція була неможливою. В ін-

шій справі румунська влада стверджувала, що повернути коштовності не видається можливим, оскільки вони не були виявлені в чийось розпорядженні.

У тих випадках, коли відчуження власності здійснювалось згідно з нормами закону, але не відповідало міжнародним стандартам, позивачу також може бути присуджена виплата компенсації; у такій ситуації малоймовірним є те, що Європейський суд взагалі запропонує реституцію як можливий спосіб захисту<sup>10</sup>. Як правило, при визначенні розміру компенсації за втрачене майно береться до уваги той факт, чи відчуження майна мало на меті економічні або соціальні цілі; якщо так, то в цьому випадку присуджена сума компенсації цілком може бути нижчою повної ринкової вартості втраченого майна. Однак за певних обставин Європейський суд приймав рішення, згідно з яким потерпілому повинна була бути виплачена повна ринкова вартість відчуженого майна, зокрема, у тому випадку, коли позбавлення майна здійснювалось за відсутності законних підстав, навіть якщо воно відбувалось в інтересах суспільства<sup>11</sup>.

Здійснення контролю за реалізацією права власності і перешкодження користуванню майном не обов'язково зумовлюють виплату компенсації, хоча в окремих випадках виплата такої компенсації може виявитися для Європейського суду важливим фактором при встановленні того, чи був дотриманий баланс між загальними та індивідуальними інтересами<sup>12</sup>. Отже, компенсація може і не вимагатися, зокрема, у ситуації, коли для задоволення негайної і термінової потреби, яка виникла в результаті конфлікту чи стихійного лиха, людей тимчасово поселяють в житло, яке належить іншим особам, особливо якщо воно в конкретний момент пустує. Навіть вимога розділити своє майно із потребуєчими не буде в цьому випадку розглядатися такою, що зумовлює виникнення обов'язку компенсації. В обох випадках незручності, які завдаються власнику нерухомості, навряд чи будуть розглядатися як занадто серйозні на фоні загальних проблем. Однак ситуація може змінитися, якщо таке вселення виявиться, наприклад, довготривалим і власник буде позбавлений можливості реалізувати вартість належної йому нерухомості. Європейський суд, враховуючи соціальні міркування, може не вимагати, аби виплачена компенсація покрила, наприклад, всю суму неодержаної орендної плати, але повна відмова виплатити власнику будинку розумне відшкодування втрат розглядатиметься Європейським судом як покладення на власника житла надмірного тягаря і, безумовно, він вимагатиме, аби з того моменту, коли триваюче втручання у використання власності чи примусове вселення жильців перестало виправдовуватися соціальними потребами, виплата компенсації здійснювалась з урахуванням повної ринкової вартості оренди житла<sup>13</sup>.

Умовою законності будь-якого тимчасового позбавлення майна, безумовно, виступає передумова про подальшу реституцію. Коли ж таке тимчасове позбавлення майна не виправдано затягується, воно, в кінцевому підсумку, переходить у фактичну експропріацію<sup>14</sup>.

Хоча право займати житло, яке знаходиться у суспільній власності, не може у розумінні ст. 1 Першого Протоколу розглядатися як майно, виселений жилець може посилатися на право на недоторканність житла, що гарантується Конвенцією. Порушення цього права виступатиме підставою для компенсації як майнової, так і немайнової шкоди, однак, хоча найбільш ефективним засобом захисту було б у цьому випадку повернення в попереднє житло, цілком адекватним рішенням буде надання іншого рівноцінного майна. Якщо ж тимчасове чи постійне позбавлення майна супроводжувалося порушенням права на справедливий судовий розгляд чи заборони дискримінації, це, з точки зору міжнародних стандартів, безумовно, позбавить такий спосіб законності<sup>15</sup>.

Зрозуміло, що важливі колективні та індивідуальні інтереси вимагають, аби після експропріації чи після тимчасового втручання у право власності, чи застосування заходів з контролю за використанням майна була здійснена повна реституція. Проте реституція відобразиться і на тих, хто до моменту її здійснення займав вилучену у первісного власника нерухомість, особливо якщо їхнє тяжке становище стало причиною конфіскації майна.

У випадку експропріації серйозну складність для реституції може створити та обставина, що протягом періоду часу, який пройшов з моменту експропріації, титул власності, відновлення якого і є метою реституції, перейшов до третьої сторони. Тоді спроба повернути власність її попередньому власнику може потягти за собою порушення положень ст. 1 Першого Протоколу. Це, безумовно, матиме місце, якщо потерпілій стороні не буде виплачена компенсація, але навіть у випадку її виплати кожного разу необхідно буде шукати справедливий баланс інтересів. Якщо вся цінність майна зосереджена в його економічному потенціалі (наприклад, земля під забудову), необхідність повернення її попередньому власнику можуть і не визнати. І навпаки, сильні зв'язки первісних власників з цим майном (наприклад, фамільний будинок) можуть діяти на користь реституції. У випадку, коли третя сторона придбала майно за справедливою ціною, мірилом для визначення розміру компенсації виступатиме повна ринкова вартість майна. Проте якщо з'ясується, що третя сторона отримала це майно, скориставшись корумпованою практикою, може і не йтися про якусь компенсацію, за винятком оплати зроблених покращень<sup>16</sup>.

Забезпечення людей житлом очевидно слугує загальним інтересам, і доцільність виселення чи не виселення жильців, безумовно, залежатиме від конкретних обставин у кожній конкретній країні. Просте твердження власника житла про те, що приміщення є необхідним для його особистих потреб, не буде розглядатися як достатня підстава для виселення жильців – повинні бути вивчені його реальні житлові умови. Так, якщо він проживає в достатньо комфортному приміщенні, навіть з іншими членами сім'ї, то одне лише бажання проживати в більш зручних умовах навряд чи буде враховане як достатньо переконливий мотив для виселення наймачів. Це, безумовно, можна розглядати як намір віднайти справедливий баланс інтересів. Також необхідно враховувати житлові потреби самої особи, яка позбавлена власності. При цьому не завжди ро-



зумно віддавати перевагу тим, хто реально проживав у спірному житлі на момент позбавлення власності<sup>17</sup>. Так, у справі «Gillow v. United Kingdom»<sup>18</sup> сімейній парі відмовили у праві проживати у їхньому власному будинку через те, що вони занадто довго не проживали у ньому, оскільки майже 19 років перебували за кордоном. Вони працювали за межами країни, але весь цей час мали намір повернутися в цей дім і вбачали в ньому своє постійне місце проживання. На думку Європейського суду, вони зберігали достатній зв'язок з цим житлом, щоб розглядати його як свій дім, і обґрунтування заборони на їх повернення було визнано недостатнім незалежно від перенаселеності острова, на якому цей дім розташований.

Хоча втручання у право власності протягом обмеженого періоду часу з метою подолання гострої кризи допускається і не можна не рахуватися з інтересами осіб, які тимчасово займають житло, основні обов'язки перед цими особами несе держава, а не ті, хто прагне знову вступити у володіння своїм житлом. Окрім того, видається неймовірним, аби була визнана допустимою ситуація, коли втрата майна супроводжується і втраченою доходом від його користування, окрім як на короткий період: триваюче позбавлення доходу та інших можливостей використання майна врешті-решт становитиме фактичне позбавлення власності і до такого випадку будуть застосовані норми ст. 1 Першого Протоколу.

Законодавство, яке передбачає будь-яку форму реституції або компенсацію за експропрійоване майно у випадку, якщо цього вимагають міжнародно-правові зобов'язання, повинно звертати особливу увагу на процедуру врегулювання претензій і спорів. Фінансові інтереси і права та інтереси власника є достатніми для того, щоб становити цивільні права у розумінні ст. 6 Конвенції та, як наслідок, підпадати під гарантії справедливої судового розгляду. У цьому аспекті надзвичайно важливо передбачити в законі заходи, які забезпечують розгляд справи незалежним і неупередженим судовим органом, що належним чином враховує наявні докази і особливо можливість для позивача пред'явити будь-які наявні докази в обґрунтування своїх вимог. Справедливою також повинна бути і реальна процедура розгляду справи. Вона має враховувати складнощі у зібранні доказів, які підтверджують позовні вимоги, що може вимагати певної гнучкості не лише при визначенні того, що саме має доказову силу, а й при встановленні граничних строків надання доказів<sup>19</sup>. Остання вимога, зокрема, може вимагати встановлення певного пільгового режиму для осіб, які проживають поза межами юрисдикції відповідної держави та не мають можливості для підготовки матеріалів у справі та збору доказів, а інколи навіть для того, щоб вчасно дізнатися про саму можливість подання позову. Ця обставина була врахована, зокрема, у справі «Adam v. Czech Republic»<sup>20</sup>.

Необхідність вирішувати житлову проблему може змусити відмовитися від реституції, але у цьому випадку необхідно суворо дотримуватися вимог, які випливають із заборони дискримінації. Так, у справі «Simunek, Tuzilova and Prochazka v. Czech Republic»<sup>21</sup> Європейський суд висловив заперечення проти закону про реституцію, який позбавляв не громадян і осіб, які не проживали постійно в країні, права на повернення майна, відібраного в період комуністичного правління. У певному розумінні ця норма є цілком зрозумілою, оскільки випливає із загального принципу, згідно з яким правом власності на землю можуть користуватися лише громадяни країни. Проте введені законом обмеження стосувалися не лише реституції, а й виплати компенсації. Існування цього альтернативного заходу відшкодування завданої шкоди означає, що відмова від дискримінації у підході до позивачів не поставити під загрозу більш загальні інтереси, оскільки навіть у випадку визнання законності позову титул власності можна і не передавати. Ще більш важливою виступала та обставина, що ця норма не враховувала умов, за яких багато людей були позбавлені свого майна: жорстокість переслідувань змусила їх тікати із країни, і конфіскація майна була або елементом здійснюваних переслідувань, або наслідком виїзду власників з країни. У таких умовах було абсолютно несправедливо позбавляти цих людей права на повернення свого майна чи на його компенсацію. Це рішення було підтвержене у справі «Adam v. Czech Republic»<sup>22</sup>.

Не менш важливим в аспекті досліджуваної проблематики є рішення Європейського суду у справі «Україна-Тюмень» проти України<sup>23</sup>, в якому він наголосив, що Договірні держави, які є сторонами у справі, в принципі, вільні у виборі засобів, за допомогою яких вони забезпечуватимуть виконання рішення, яким Європейський суд констатував порушення у справі. Така дискреція щодо способу виконання рішення відображає принцип свободи вибору, якою Договірні держави користуються при виконанні свого першочергового обов'язку згідно з Конвенцією – забезпечити гарантовані нею права і свободи. Якщо з огляду на характер порушення існує можливість *restitutio in integrum*, саме держава, яку визнано такою, що несе відповідальність за це порушення, зобов'язана її забезпечити, оскільки Європейський суд не має ані відповідного повноваження, ані практичних можливостей для цього. Однак, якщо національне законодавство відповідної держави не передбачає можливості відшкодування наслідків порушення або передбачає лише часткове їх відшкодування, Європейський суд згідно зі ст. 41 має повноваження надати потерпілій стороні таку сатисфакцію, яка виявляється доцільною. Для того, щоб визначити розмір справедливої сатисфакції, Європейський суд враховує специфічні особливості кожної справи, з огляду на які він може дійти висновку, що присуд має бути меншим, ніж вартість фактичної шкоди чи понесених витрат, або що його взагалі не має бути. У цьому відношенні Європейський суд стверджує, що у справах про відібрання державою майна відмінність між «законним» і «незаконним» позбавленням майна є надзвичайно суттєвою для оцінки вимог про відшкодування матеріальної шкоди.

Таким чином, реституція і компенсація – це лише елементи підходу, необхідного для усунення завданої раніше серйозної шкоди. У багатьох випадках реституція є не обов'язковою і малозастосовною з практичних міркувань, а також сама здатна породити загрозу порушення прав інших осіб. Компенсація меншою мірою вражає тих, хто володіє спірним майном в конкретний момент, але ставить державу перед важкими еконо-

мічними проблемами, особливо на етапі переходу до ринкової економіки. Але якийсь із цих двох заходів повинен застосовуватися, інакше можуть бути порушені зобов'язання із захисту прав людини. І навіть у тих випадках, коли таких зобов'язань не існує, ці заходи можуть виявитися необхідними, аби виправдати важливі суспільні очікування. Сучасна практика Європейського суду є далекою від вирішення усіх проблем, зумовлених справами про позбавлення майна або можливості ним розпоряджатися. Навіть реституція, в принципі, як найбільш дієвий спосіб захисту, навряд чи здатна виправити страждання, зумовлені первісним позбавленням майна і роками, що слідували за цим. Проте підхід до вирішення означених проблем на сьогодні є більш зрозумілим, ніж раніше. Найбільш серйозні недоліки кореняться не в самих реституції чи компенсації, а в тому, що національні правові системи, як і раніше, не забезпечують дотримання тих прав, які проголошують.

<sup>1</sup> Universal Declaration of Human Rights : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.universalrights.net/main/declarat.htm>

<sup>2</sup> Міжнародний пакт про громадянські і політичні права: міжнародний документ від 16 грудня 1966 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_043](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_043)

<sup>3</sup> Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права: міжнародний документ від 16 грудня 1966 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_042](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_042)

<sup>4</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: міжнародний документ від 4 листопада 1950 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004)

<sup>5</sup> Протокол до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: міжнародний документ від 20 березня 1952 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994\\_535](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_535)

<sup>6</sup> *Oniani Nino*. Protection of Ownership According to the European Convention on Human Rights : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://eujournal.org/index.php/esj/article/view/4767>

<sup>7</sup> *Rozakis Christos*. The right to property in the Case Law of the European Court of Human Rights : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://uipei.com/new/wp-content/uploads/2014/12/Athens-Property-Day-2016.-Keynote-speech.-The-Property-Right-in-the-Case-Law-of-the-ECHR.pdf>

<sup>8</sup> Справа «*Paramichalopoulos v. Greece*» : рішення Європейського суду з прав людини від 24 червня 1993 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://freecases.eu/Doc/CourtAct/4538655>

<sup>9</sup> Справа «*Vasilescu v Romania*» : рішення Європейського суду з прав людини від 22 травня 1998 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : URL: <https://www.legal-tools.org/doc/802877/pdf>

<sup>10</sup> *Antsupova Tetyana*. Post-Conflict Reparation: Ukrainian Restitution Remedies for Property and Restitution Complaints before the European Court of Human Rights : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://kmlpj.ukma.edu.ua/article/download/88604/84478>

<sup>11</sup> *Kirchner Stefan, Geler-Noch Katarzyna*. Compensation under the European Convention on Human Rights for Expropriations Enforced Prior to the Applicability on the Convention : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://www.mruni.eu/upload/iblock/c07/2\\_Kirchner.pdf](https://www.mruni.eu/upload/iblock/c07/2_Kirchner.pdf)

<sup>12</sup> *Sermet Laurent*. The European Convention on Human Rights and property rights : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-11\(1998\).pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-11(1998).pdf)

<sup>13</sup> *Kriebaum Ursula*. Nationality and the Protection of Property under the European Convention on Human Rights : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.univie.ac.at/intlaw/kriebaum/pub\\_uk\\_14.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/kriebaum/pub_uk_14.pdf)

<sup>14</sup> *Cornu Marie, Renold Marc-Andre*. New Developments in the Restitution of Cultural Property: Means of Dispute Resolution : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.art-law.org/centre/recherches/fns/jdiCornu-Renold-en.pdf>

<sup>15</sup> *Kriebaum Ursula*. Nationality and the Protection of Property under the European Convention on Human Rights : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.univie.ac.at/intlaw/kriebaum/pub\\_uk\\_14.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/kriebaum/pub_uk_14.pdf)

<sup>16</sup> *Coban Ali Riza*. Inflation and Human Rights: Protection of Property Rights against Inflation under the European Convention on Human Rights : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://projects.essex.ac.uk/ehrr/V2N1/Coban.pdf>

<sup>17</sup> *Kriebaum Ursula*. Nationality and the Protection of Property under the European Convention on Human Rights : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.univie.ac.at/intlaw/kriebaum/pub\\_uk\\_14.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/kriebaum/pub_uk_14.pdf)

<sup>18</sup> Справа «*Gillow v. United Kingdom*» : рішення Європейського суду з прав людини від 14 вересня 1987 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57492"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

<sup>19</sup> *Kirchner Stefan, Geler-Noch Katarzyna*. Compensation under the European Convention on Human Rights for Expropriations Enforced Prior to the Applicability on the Convention : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://www.mruni.eu/upload/iblock/c07/2\\_Kirchner.pdf](https://www.mruni.eu/upload/iblock/c07/2_Kirchner.pdf)

<sup>20</sup> Справа «*Adam v. Czech Republic*» : рішення Європейського суду з прав людини від 23 липня 1996 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.bayefsky.com/pdf/102\\_czechrepublic038.pdf](http://www.bayefsky.com/pdf/102_czechrepublic038.pdf)

<sup>21</sup> Справа «*Simunek, Tuzilova and Prochazka v. Czech Republic*» : рішення Європейського суду з прав людини від 31 липня 1995 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/html/dec516.htm>

<sup>22</sup> Справа «*Adam v. Czech Republic*» : рішення Європейського суду з прав людини від 23 липня 1996 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.bayefsky.com/pdf/102\\_czechrepublic038.pdf](http://www.bayefsky.com/pdf/102_czechrepublic038.pdf)

<sup>23</sup> Справа «*Україна-Тюмень*» проти України : рішення Європейського суду з прав людини від 20 травня 2010 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974\\_596](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_596)

### Резюме

**Блажівська Н. Є. Особливості застосування компенсації та реституції Європейським судом з прав людини з метою захисту права власності.**

Стаття присвячена аналізу особливостей застосування Європейським судом з прав людини компенсації та реституції з метою захисту права власності. Досліджується практика Європейського суду з прав людини щодо здійснення компенсації та реституції відповідно до положень ст. 1 Першого Протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

У статті на основі аналізу рішень Європейського суду з прав людини з досліджуваної проблематики зроблено висновок, що обов'язок здійснити реституцію не впливає автоматично із обов'язку виконувати рішення Європейського суду з прав людини, у більшості випадків має місце відшкодування шкоди.

**Ключові слова:** конфіскація, експропріація, право власності, Перший Протокол, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, Європейський суд з прав людини, компенсація, реституція.

#### Резюме

**Блаживская Н. Е. Особенности применения компенсации и реституции Европейским судом по правам человека с целью защиты права собственности.**

Статья посвящена анализу особенностей применения Европейским судом по правам человека компенсации и реституции с целью защиты права собственности. Исследуется практика Европейского суда по правам человека по осуществлению компенсации и реституции в соответствии с положениями ст. 1 Протокола к Конвенции о защите прав человека и основных свобод. В статье на основе анализа решений Европейского суда по правам человека по исследуемой проблематике сделан вывод, что обязанность осуществить реституцию не вытекает автоматически из обязанности выполнять решение Европейского суда по правам человека, в большинстве случаев имеет место возмещение ущерба.

**Ключевые слова:** конфискации, экспроприация, право собственности, Первый Протокол, Конвенция о защите прав человека и основных свобод, Европейский суд по правам человека, компенсация, реституция.

#### Summary

**Blazhivska N. The features of the application of compensation and restitution by the European Court of Human Rights for the purpose of property right protection.**

The article is devoted to the analysis of application peculiarities of reimbursement and restitution by the European Court of Human Rights in order to protect property rights. The European Court of Human Rights case study on reimbursement and restitution in accordance with the provisions of Article 1 of the First Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms is studied. There is concluded in the article on the ground of analysis of the European Court of Human Rights decisions that the obligation to restitution does not automatically result from the obligation to comply with the European Court of Human Rights judgment, in most cases there is a repayment.

**Key words:** confiscation, expropriation, property right, the First Protocol, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Court of Human Rights, reimbursement, restitution.

УДК 341.4

#### О. Т. ВОЛОЩУК

*Оксана Троянівна Волощук, кандидат юридичних наук, доцент Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

### ЗЛОЧИН АГРЕСІЇ В МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ: ПРОБЛЕМИ ПРОЦЕСУ РОЗРОБКИ ТА ПРИЙНЯТТЯ УНІФІКОВАНОГО ВИЗНАЧЕННЯ

З розвитком людської цивілізації постійно змінюються і прояви агресії, особливо у нинішній час гострої політичної та економічної кризи у всьому світі. Відповідно проблематика розробки універсального визначення «агресії» у міжнародному праві вважається досі однією із найскладніших. Розповсюдженість агресії в ХХ–ХХІ ст. робить її водночас одним із найактуальніших напрямів для міжнародно-правової доктрини і практики. Збройні конфлікти відбулися, а окремі й досі тривають, у різних регіонах світу, зокрема, у Іраку, Афганістані, Чечні, Македонії, Грузії, Лівії, Сирії, Північному Малі, Центральноафриканській Республіці тощо. На жаль, до цього переліку включають і Україну у зв'язку з подіями, які відбуваються на її Сході. І це зважаючи на те, що агресія визнається у сучасному міжнародному праві як найбільш серйозний міжнародний злочин проти миру та безпеки людства, за який держави-винуватці несуть міжнародно-правову відповідальність. Як влучно зазначив свого часу відомий міжнародник Ю. А. Решетов, сам термін «міжнародний злочин» виник спочатку, щоб характеризувати саме агресивну війну<sup>1</sup>. Відповідно, проблема вивчення природи, сутності агресії в сучасному суспільстві є досить актуальною.

Загалом слід зазначити, що питання правомірності застосування збройної сили та ведення агресивної війни з давніх часів привертало увагу вчених. Першими дослідниками даної теми були М. Т. Цицерон, Г. Гроцій, Ш. Монтеск'є, Е. де Ваттель. Фундаментальні розробки у цій сфері були здійснені такими науковцями, як: Я. Броунлі, А. Кассезе, Г. Кельзен, Л. Опенгейм, А. Фердросс, С. М. Швებель. Також даному питанню було приділено увагу Г. Акерманом, Т. Аноуком, Д. Анцилотті, Т. Бенеттом, М. Бергманом, Л. Берковіцем, Б. Ференцем, В. Хартупом, М. Калдором, М. Шоу, З. Селденом, А. Віллсом. Свій внесок у розробку означеної проблеми внесли і вітчизняні вчені, зокрема, М. М. Антонович, М. О. Баймуратов, М. В. Буроменський, В. Г. Буткевич, В. А. Василенко, М. М. Гнатівський, О. В. Задорожній, І. І. Лукашук, О. О. Мережко, В. В. Мицик, В. М. Ре-

пецький тощо. Однак, незважаючи на таку велику кількість проведених досліджень, нині відчувається брак наукових розвідок, які б врахували нові тенденції у розвитку міжнародного права. Адже після Нюрнберзького процесу людство не один раз стикалось із проблемами порушення принципу заборони розв'язання агресивної війни. Внаслідок бурхливого науково-технічного розвитку стало можливим застосування новітніх видів зброї, наслідки чого інколи практично передбачити неможливо. Почали активно використовуватись новітні удосконалені методи ведення війни. З'являється поняття гібридної, інформаційної, кібервійни. Все це призводить до різкої зміни проявів агресії. Війна стає жорстокішою і ще більш небезпечною. Під загрозою – часто все людство. Безперечно, на міжнародному рівні потрібно враховувати такі новітні тенденції, щоб ефективніше задіяти механізми боротьби із цими негативними явищами дійсності. Тому є нагальна потреба у більш ґрунтовному дослідженні окресленої проблематики. Відповідно, **метою** даної публікації є дослідження процесу формування та прийняття універсального визначення агресії на міжнародному рівні, окреслення тих проблемних питань, що виникали на цьому шляху, а також на основі аналізу існуючих доктринальних та нормативних визначень агресії з'ясувати природу цього феномена.

Як відомо, після Другої світової війни поряд із принципом незастосування сили чи погрози застосування такої у міжнародних відносинах в міжнародне право увійшло поняття злочину «пропаганда агресії». Неабияке значення при цьому мала діяльність Нюрнберзького трибуналу, який підтвердив той факт, що агресивна пропаганда займала першочергове місце в арсеналі гітлерівської політики. Так, один із головних діячів III Рейху Герінг на процесі визнав, що для розв'язання війни важливими були три факти: військові зусилля; економічні заходи і пропаганда<sup>2</sup>, а Гітлер у своїй роботі «Майн Кампф» писав, що «за допомогою вмілого і довготривалого застосування пропаганди можна представити народу навіть небо пеклом і, навпаки, найзлиденніше життя – як рай». Незважаючи на значимість положень Нюрнберзького трибуналу, усе ж маємо зазначити, що, власне, саме визначення «агресії» в ньому було відсутнє. Було не зрозумілим, які дії мають розцінюватись як порушення принципу розв'язання агресивної війни. Тому перед міжнародною спільнотою поставило наступне завдання – розробка дефініції «агресія».

Перший важливий крок на цьому шляху було зроблено у рамках ООН. Так, після довготривалих дискусій Генеральна Асамблея ООН у 1974 р. ухвалила Резолюцію «Про визначення агресії»<sup>3</sup>, в якій агресивна війна визнавалась «злочином проти міжнародного миру» і такою, що «тягне за собою міжнародну відповідальність» (ст. 5(2)). Крім цього, у Резолюції підкреслювалося, що агресією є застосування збройної сили державою проти суверенітету, територіальної недоторканності або політичної незалежності іншої держави.

При визначенні агресора за основу було взято ознаку першості (ініціативи) здійснення акту агресії. Тобто, поняття «агресія» з позицій міжнародного права повинно містити ознаку ініціативи, що означає застосування будь-якою країною сили першою. Дії країн, які здійснюються як самооборона, якщо при цьому державою і використовуються збройні сили, не вважаються актом агресії. Це поширюється і на колективні дії держав, які застосовуються згідно зі Статутом ООН для підтримання або забезпечення миру й безпеки. Крім цього, потрібно також враховувати, що агресія як злочин проти безпеки людства використовується тільки щодо міжнародних конфліктів. Відтак внутрішні конфлікти, війни у межах певної країни із позицій міжнародного права не розглядаються як акти агресії.

Резолюція вже окреслює діяння, які слід відносити до агресії, з чого можна зробити висновок про те, які акти держави слід розцінювати як порушення принципу незастосування сили чи погрози її застосування у міжнародних відносинах, проголошеного у Статуті ООН (п. 4 ст. 2). Це такі діяння: вторгнення або напад збройних сил держави на територію іншої держави; військова окупація, якою б тимчасовою вона не була, як наслідок збройного вторгнення; анексія території іншої держави або частини її; бомбардування або застосування будь-якої іншої зброї проти території іншої держави; блокада портів або берегів однієї держави збройними силами іншої; напад збройними державами на сухопутні, морські або повітряні сили або морський, або повітряний флот іншої держави; застосування збройних сил однієї держави, що знаходяться на території іншої держави за угодою з приймаючою державою, порушуючи умови, передбачені угодою; продовження перебування збройних сил на такій території після припинення дії угоди; дія держави, яка дозволяє, щоб її територія, яку вона надала в розпорядження іншої держави, використовувалася цією державою для здійснення акту агресії проти третьої держави; засилання державою або від її імені збройних банд, груп і регулярних сил або найманців, які здійснюють акти застосування збройної сили проти іншої держави.

В окремих працях стверджується, що ці акти слід сприймати як кваліфікуючі ознаки агресії, зокрема, такої позиції дотримується Н. І. Костенко<sup>4</sup>. Однак аналіз Статуту Нюрнберзького трибуналу, Резолюції ГА ООН «Визначення агресії», а також Проекту кодексу злочинів проти миру та безпеки людства дає змогу дійти іншого висновку: будь-яке з наведених діянь слід розглядати як акт агресії. Як видається, кожен акт потрібно розглядати як самостійний прояв агресії і відповідно як злочин за міжнародним правом. Також слід підкреслити, що наведений перелік не є вичерпним, оскільки Рада Безпеки ООН може визначити, що й інші акти можуть визнаватися агресією згідно з положеннями Статуту ООН. Також примітно, що вищезгадана резолюція не торкалася індивідуальної кримінальної відповідальності за акти агресії, тому це викликало чимало запитань у науковців, передусім міжнародників. Чи застосовне визначення агресії, дане в цій резолюції, до кримінальних діянь, вчинених окремими особами?

У юридичній літературі щодо легітимності й актуальності визначення поняття та переліку діянь, що містяться в цій Резолюції, до цього часу тривають дискусії. Так, окремі вчені взагалі вказують на те, що нині у сучасних реаліях «Визначення агресії» 1974 р. застаріле. І. І. Бойко вважає, що до списку дій, які вважа-

ються агресією, потрібно додати більше пунктів, ніж сім. Хоча б враховувати появу нових «технологій» нанесення шкоди та нові типи загроз (до прикладу, втручання у роботу автоматизованих інформаційних систем). Крім цього, дослідник зазначає, що великим мінусом є те, що Рада Безпеки ООН може визначити, які інші акти є агресією, тому що жоден міжнародний орган, уповноважений до визначення агресора, не може бути повністю неупереджений<sup>5</sup>.

Також слід зазначити, що в даній Резолюції наголошується на тому, що жодні обставини не можуть виправдати злочин агресії. Враховується аспект всієї тяжкості злочину агресії: «Агресивна війна є злочином проти міжнародного миру»<sup>6</sup>. І, зрозуміло, всі ті завоювання, які були здійснені за підсумками агресії, не можуть бути легітимними. Для визнання факту вчинення агресії має бути підтверджено грубе порушення принципів міжнародного права, за що держава-агресор буде нести відповідальність.

Наступним важливим кроком до створення універсальної дефініції «злочину агресії» стала організація Міжнародного кримінального суду (далі – МКС). Діяльність цієї інституції здійснюється відповідно до прийнятого у 1998 р. Римського статуту, де містяться основні засади щодо організації та функціонування МКС<sup>7</sup>. Серед злочинів, що підпадають під юрисдикцію цього Суду (п. d) ч.1 ст. 5), передбачено такий злочин, як агресія. Проте, якщо стосовно інших злочинів (геноциду, злочинів проти людяності, військові злочини) у Статуті містяться розгорнуті положення, де розкриваються їх визначення, то стосовно агресії є лише певні застереження. Так, згідно з п. 2 ст. 5 Статуту «Суд здійснює юрисдикцію щодо злочину агресії, як тільки буде прийнято відповідно до статей 121 і 123 положення, що містить визначення цього злочину і викладає умови, в яких Суд здійснює юрисдикцію щодо цього злочину. Такий стан узгоджується з відповідними положеннями Статуту Організації Об'єднаних Націй). Тобто, фактично це означало, що МКС не має юрисдикції над злочином агресії, поки держави, які є учасниками цього Статуту, не досягнуть компромісу. Також положення наведеної статті Статуту вказували на те, що остаточний текст, який стосується визначення ознак злочину агресії, має узгоджуватися з відповідними положеннями Статуту ООН. А згідно із Статутом ООН (ст. 39) Рада Безпеки ООН має виключну компетенцію визначати факт вчинення акту агресії.

Для подальшого більш ґрунтовного та всебічного дослідження даного питання у 2002 р. було утворено Спеціальну робочу групу щодо визначення злочину агресії, яка розпочала свою діяльність під егідою МКС і одним з її обов'язків є доповіді перед Асамблеєю держав-членів при МКС. Основне її призначення полягало у виробленні на основі конкретних пропозицій держав універсальної дефініції «агресії», яка б підходила для всезагального застосування усіма членами міжнародного співтовариства<sup>8</sup>.

Отже, можна зробити висновок про те, що з усіх міжнародних злочинів, які віднесені до компетенції МКС (ст. 5 Статуту МКС), злочин агресії є винятковим. На це вказує, по-перше, те, що стосовно нього відсутня дефініція, по-друге, відсутній зафіксований список діянь, що є проявами агресії, і, як наслідок, по-третє, відсутній перелік конститутивних елементів складу злочину.

Одним із суттєвих недоліків Статуту є те, що МКС зможе здійснювати юрисдикцію щодо злочину агресії лише після прийняття визначення цього злочину відповідно до процедури перегляду Статуту, а це може зайняти доволі тривалий час. Як слушно з цього приводу зазначає білоруський дослідник І. В. Фісенко, «враховуючи, що вироблення визначення агресії, прийнятого Радою Безпеки в 1974 р., зайняло більше ніж 20 років, можна припустити, що декларативний характер згадки агресії як злочину, який входить до компетенції МКС, буде збережений упродовж тривалого часу, оскільки вироблення визначення злочину агресії затягнеться надовго»<sup>9</sup>. Існують й інші точки зору з цього приводу. Зокрема, О. М. Трикоз зазначає, що така відкладена в часі практична реалізація анітрохи не применшує самого факту міжнародно-правової криміналізації агресії, що направлено в кінцевому рахунку на зміцнення міжнародного правопорядку і попередження тяжких міжнародних злочинів<sup>10</sup>.

З-поміж іншого І. В. Фісенко звертає увагу на те, що злочин агресії набагато ближче, ніж інші, підвів МКС до виключної юрисдикції. Обґрунтовує свою позицію вчений наступним чином: якщо згідно з п. 3 ст. 20 Статуту МКС злочини геноциду, проти людяності та військові злочини можуть розглядатися і в національних судах, після чого повторний розгляд у МКС, за винятком деяких випадків, є неможливим, то злочин агресії, на відміну від інших злочинів, навіть після розгляду в національному суді може бути розглянутий МКС.

Простежимо хід вироблення визначення «агресії» в контексті здійснення провадження МКС. Так, до ратифікації Статуту МКС 26 лютого 2001 р. представники від 120 держав почали роботу в Підготовчих комісіях.

Першою проблемою при обговоренні питань агресії в Підготовчих комітетах був різнополярний підхід представників держав до дефініції. Зокрема, російські представники пропонували дати загальну дефініцію. Натомість представники від окремих арабських держав, навпаки, схилилися до детального визначення, тобто надання чіткого переліку тих діянь, що являтимуть собою цей злочин. Ситуацію ускладнювала також Резолюція ГА ООН «Про визначення агресії» 1974 р., до тексту якої ми вже зверталися. При такому підході деякі постійні члени НАТО заявляли, що не стануть підписуватися під такою інтерпретацією.

Іншою проблемою було питання про те, хто оголошує акт агресії таким, що відбувся. На засіданні обговорювався варіант, при якому Генеральна Асамблея ООН може звертатися до Міжнародного Суду ООН з проханням визначити, чи було вчинено акт агресії. У результаті було вирішено передбачити процедуру перегляду Римського статуту з тим, щоб потім ввести в нього відповідні положення, що стосуються агресії.

Для визначення поняття акту агресії, а також кола осіб, які можуть нести відповідальність за його вчинення, було створено Робочу групу із злочину агресії в рамках Підготовчої комісії МКС<sup>11</sup>. Перед цією гру-

пою стояло складне завдання: враховуючи значні розбіжності щодо точного значення фрази в ст. 5 (2) Статуту, яка передбачає, що будь-яке положення про злочин агресії «узгоджується з відповідними положеннями Статуту Організації Об'єднаних Націй», дати визначення «агресії». Із цього приводу представники держав висловлювали різні думки. Так, багато держав дотримуються позиції, відповідно до якої Рада Безпеки повинна винести висновок про те, що стався акт агресії, базуючись на своїх повноваженнях, окреслених у Розділі 7 Статуту ООН, перш ніж МКС зможе отримати юрисдикцію щодо злочину агресії. Натомість інші держави не підтримували таке тлумачення. Внаслідок цього робота йшла доволі повільно.

Як зазначалося в офіційних джерелах, у лютому 2009 р. робоча група з визначення поняття «злочин агресії» завершила п'ятирічну роботу. У Нью-Йорку у штаб-квартирі ООН пройшла чергова сесія Асамблеї держав-учасників МКС. У межах сесії засідала Робоча група з визначення поняття «злочину агресії». Вона схвалила остаточну доповідь про результати своєї роботи. Про це на прес-конференції в Нью-Йорку повідомив голова Робочої групи Постійний представник Ліхтенштейну при ООН пан К. Веневезер<sup>12</sup>.

К. Веневезер зазначив, що доповідь Групи з питання про те, що таке агресія і хто може стати об'єктом переслідування суду за вчинення таких актів, буде розглянуто на конференції з перегляду Римського статуту в Уганді в 2010 р., а також вказав на те, що під час підготовчої сесії до конференції держави зможуть врегулювати розбіжності, які залишилися. Серед розбіжностей він назвав, зокрема, питання про те, чи може МКС приступати до розслідування акту агресії, якщо із цього приводу немає визначення Ради Безпеки ООН. Постійні члени РБ ООН, що мають право вето, наполягали на тому, що без рішення Ради Безпеки ООН про те, що агресія була вчинена, суд не може розпочати розгляд у справі. Проти такої пропозиції категорично виступало багато інших держав. Вони побоюювались, що таким чином «сильні світу цього» намагаються навки захистити себе і своїх керівників від міжнародного переслідування за вчинення актів агресії.

Із 31 травня по 11 червня 2010 р. в Кампалі (Уганда) пройшла довгоочікувана конференція держав-учасниць Римського статуту щодо внесення змін до нього. На обговорення конференції винесено три блоки питань, серед яких було і прийняття визначення агресії. Доповідь Групи з питань визначення агресії та розбіжності держав були розглянуті на конференції, і відповідно за її результатами юрисдикція МКС поширюватиметься тільки на злочини агресії, які будуть вчинені через рік після того, як 30 держав ратифікують нові доповнення до Римського статуту. Генеральний секретар ООН назвав нові домовленості в Уганді історичними і закликав усі держави якнайшвидше ратифікувати доповнення до Римського статуту.

Як видається, прийняття визначення агресії можна вважати подією світового масштабу, адже вперше за майже півстоліття держави змогли досягти компромісу, що є життєво необхідним для запровадження ефективного інституту міжнародної кримінальної відповідальності за вчинення актів агресії. Проте значимість цієї події затьмарюється контроверсійним (неоднозначним) характером рішень, прийнятих за результатами конференції у Кампалі. Адже формально дефініцію «агресії» було прийнято, поправки до Статуту МКС (Римського статуту) теж були підготовлені та відкриті для приєднання інших держав, однак зміст самих положень поправок, особливості набуття ними сили та процедура здійснення МКС юрисдикції щодо актів агресії залишають багато невирішених питань, на які варто у найближчому майбутньому дати відповідь з огляду на постійні збройні конфлікти у різних регіонах світу.

Для цілей Римського статуту злочин агресії було визначено у ст. 8 *bis* як «планування, підготовку, ініціювання або здійснення особою, яка в змозі фактично здійснювати керівництво та контроль за політичними або військовими діями держави, акту агресії, який у силу свого характеру, серйозності та масштабів є грубим порушенням Статуту Організації Об'єднаних Націй»<sup>13</sup>.

Під актом агресії розуміється застосування сили однією державою проти іншої, не охоплюючи випадки застосування сили як самооборони та дій, санкціонованих Радою Безпеки ООН.

Слід підкреслити, що підготовлені поправки також, як і у випадку з Резолюцією ГА ООН 3314(XXIX) від 14 грудня 1974 р.<sup>14</sup> «Про визначення агресії», містять невичерпний перелік дій, які повинні кваліфікуватися як агресія (до прикладу, це вторгнення військових сил, бомбардування, блокада тощо). І це вочевидь є результатом того, що даний перелік дій було запозичено саме з цієї Резолюції.

Юрисдикція МКС щодо злочину агресії відрізняється за рядом особливостей від його юрисдикції стосовно інших злочинів, передбачених Римським статутом. Так, згідно зі ст. ст. 15 *bis* та 15 *ter* встановлюється особлива процедура, за якою Прокурор МКС може розпочати розслідування щодо існування злочину агресії. Особливість пов'язана з наступним: якщо справа була передана Прокурору МКС Радою Безпеки ООН, то він починає розслідування так само, як і у випадках виникнення інших злочинів у віданні МКС. Проте, на відміну від такої ситуації, для того щоб розпочати розслідування *proprio motu* (від лат. «за особистою ініціативою») або розслідування на основі передачі справи до Суду самою державою, Прокурор повинен впевнитись в існуванні необхідних умов: по-перше, чи було винесено рішення РБ ООН щодо існування акту агресії (згідно з положеннями ст. 39 Статуту ООН), і якщо ні – Прокурор має дочекатись сплину періоду у шість місяців<sup>15</sup>; по-друге, чи питання існування акту агресії стосується держав-учасниць Римського статуту, які не робили застереження щодо невизнання юрисдикції Суду відносно злочину агресії; по-третє, чи Палата попереднього розгляду Суду санкціонувала початок такого розслідування.

З наведеної особливості випливає інша: держави мають право зробити застереження та не визнати юрисдикцію МКС щодо злочину агресії.

Наступна особливість пов'язана з дуже важливим моментом – набуттям сили цими поправками до Римського статуту. Поправки були прийняті згідно з положеннями п. 2 ст. 5 Римського статуту, а набудуть

вони чинності згідно з положеннями п. 5 ст. 121 (тобто, для тих держав, які приєдналися – через рік після здачі ратифікаційних грамот). Також слід враховувати те, що в текстах ст. ст. 15 *bis* та 15 *ter* міститься положення, згідно з яким Суд зможе здійснювати юрисдикцію над злочином агресії, тільки якщо 30 держав-членів приєднуються до них та 1 січня 2017 р. і 2/3 держав-членів приймуть рішення «запустити» діяльність Суду щодо здійснення юрисдикції над злочином агресії. Це, власне, і відбулось, коли Асамблея держав-учасниць Римського статуту МКС, провівши свою шістнадцяту сесію 4–14 грудня 2017 р. у штаб-квартирі ООН в Нью-Йорку, прийняла резолюцію на основі консенсусу про активізацію юрисдикції Суду щодо злочину агресії станом на 17 липня 2018 року.

Таким чином, хоча на перший погляд тривалий процес формулювання та прийняття уніфікованого визначення злочину агресії на міжнародному рівні увінчався успіхом, детальний його розгляд дає змогу осягнути його глибоку незавершеність. Особливості злочину агресії, передбачені проектом правок до Римського статуту, а також сам механізм прийняття поправок ілюструють реальну відсутність механізму притягнення індивідів до міжнародної відповідальності за його вчинення і доволі невтішну перспективу позитивних змін у найближчому майбутньому.

Міжнародні зіткнення, які часто переростають у збройні конфлікти, нині не тільки не припиняються, а й мають тенденцію до оновлення методів і засобів здійснення військових дій. З'явилося чимало нових явищ, зокрема, таких, як «гібридна війна», «кібервійна», «інформаційна війна», «неоголошена війна». Суб'єкти, які вчиняють акти агресії, теж розширились. Якщо на початку минулого століття точилася дискусія щодо притягнення індивіда до кримінальної відповідальності на підставі міжнародного кримінального права, то нині це вже вирішене питання, натомість дискусія точиться навколо терористичних організацій як суб'єктів злочину агресії, а також щодо притягнення держави-агресора до міжнародної кримінальної відповідальності. Як видається, в інтересах кожної з держав та в цілому міжнародної спільноти з огляду на об'єкт злочину уточнити зміст поняття «агресія», врахувавши усі ці нові тенденції в розвитку міжнародного права. Адже, як справедливо зазначає Т. В. Бенетт, хоча усі неточності, прогалини наявних нормативних визначень сприяють уникненню окремих суб'єктів від відповідальності, що, зрозуміло, викликає стурбованість, усе ж політичний зміст такого злочину закріпити вельми проблематично, оскільки цей процес вимагає довготривалих юридичних процедур<sup>16</sup>.

Узагальнивши викладене вище, можна стверджувати, що в сучасному міжнародному праві сформувався перелік діянь, які кваліфікуються як акти агресії. Міжнародно-правова доктрина дає змогу зробити висновок про те, що акт агресії може розцінюватися і як злочин, який здійснюється індивідуально певними особами внаслідок реалізації державної політики, і як злочин, що здійснюється державою чи групами держав. Разом із тим існує чимало питань, які потребують вирішення, або ті, які неповністю вирішені. Це ще раз підкреслює нагальну потребу у виробленні універсального визначення поняття «агресія», яке б врахувало всі ті новітні тенденції, що відбуваються у сучасному світі при вчиненні актів агресії.

<sup>1</sup> Решетов Ю. А. Борьба с международными преступлениями против мира и безопасности / Ю. А. Решетов. – М.: Международные отношения, 1983. – 224 с. – С. 79.

<sup>2</sup> Нюрнбергский процесс: сб. материалов: в 8-ми т. – М.: Юридическая литература, 1990. – Т. 4. – 672 с. – С. 348.

<sup>3</sup> Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 3314 (XXIX), 14 декабря 1974 г.: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://daccess-ods.un.org/TMP/4668380.91611862.html>

<sup>4</sup> Костенко Н. И. Международный уголовный суд / Н. И. Костенко; Ин-т государства и права Рос. акад. наук. – М.: Приор, 2002. – 269 с. – С. 98.

<sup>5</sup> Бойко І. І. Визначення агресії в міжнародному праві / І. І. Бойко // Вісник Академії адвокатури України. – 2010. – № 1 (17). – С. 178–179. – С. 179.

<sup>6</sup> Определение агрессии. Утверждено резолюцией 3314 (XXIX) Генеральной Ассамблеи от 14 декабря 1974 г.: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/aggression.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/aggression.shtml)

<sup>7</sup> Римский статут Международного уголовного суда, 17 июля 1998 г.: [Электронный ресурс]. – Режим доступа до тексту: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_588/page](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_588/page)

<sup>8</sup> Cryer R. An introduction to International criminal law and procedure / Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson, Elizabeth Wilmshurst // Cambridge University Press. – 2007. – P. 262–275.

<sup>9</sup> Фисенко И. В. Постоянный международный уголовный суд / И. В. Фисенко // Белорусский журнал международного права и международных отношений. – 1999. – № 2. – С. 53–61.

<sup>10</sup> Трикоз Е. Н. Кампальская конференция по международному уголовному правосудию / Е. Н. Трикоз: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://jg.kiev.ua/pages/data/16/7.pdf>

<sup>11</sup> The crimes of aggression, Part III: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/library/asp/ICC-ASP-6-INF.2\\_English.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/library/asp/ICC-ASP-6-INF.2_English.pdf); Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/library/asp/PCNICC-2002-2-Add2.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/library/asp/PCNICC-2002-2-Add2.pdf)

<sup>12</sup> Рабочая группа по определению понятия «преступление агрессии» завершила пятилетнюю работу: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://www.un.org/russian/news/story.asp?NewsID=11174#.V9QTK\\_mLQps](http://www.un.org/russian/news/story.asp?NewsID=11174#.V9QTK_mLQps)

<sup>13</sup> Поправки к Римскому статуту Международного уголовного суда по преступлению агрессии: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf)

<sup>14</sup> Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 3314 (XXIX), 14 декабря 1974 г.: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://daccess-ods.un.org/TMP/4668380.91611862.html>

<sup>15</sup> Устав Организации Объединённых Наций, Сан-Франциско, 24 октября 1945 г.: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995\\_010](http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_010)

<sup>16</sup> Benett T. W. Defining Aggression for the International Criminal Court: A Proposal / T. W. Benett // International law journal of Brown University. – 2012. – № 4. – 65 p. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.publiclaw.uct.ac.za/usr/public\\_law/LLMPapers/gewehr.pdf](http://www.publiclaw.uct.ac.za/usr/public_law/LLMPapers/gewehr.pdf)

Резюме

**Волощук О. Т. Злочин агресії в міжнародному праві: проблеми процесу розробки та прийняття уніфікованого визначення.**

У статті розглядаються проблеми процесу розробки та прийняття визначення агресії в сучасному міжнародному праві. Особлива увага приділяється міжнародно-правовим актам, які забороняють застосування сили в міжнародних відносинах та визначають поняття агресії, що були розроблені та прийняті в період після подій Другої світової війни. Проаналізовано роль та значення діяльності Організації Об'єднаних Націй та Міжнародного кримінального суду з вироблення універсального визначення агресії. Автор дійшов висновку, що сьогодні існує актуальна проблема прийняття універсальної дефініції злочину агресії на універсальному рівні. Прийняття такого визначення сприятиме запобіганню злочинам агресії та допоможе ефективніше боротися із сучасними проявами агресії на міжнародній арені.

**Ключові слова:** агресія, злочин агресії, міжнародний злочин, міжнародне право, міжнародні відносини, визначення агресії.

Резюме

**Волощук О. Т. Преступление агрессии в международном праве: проблемы процесса разработки и принятия унифицированного понятия.**

В статье рассматриваются проблемы процесса разработки и принятия определения агрессии в современном международном праве. Особое внимание уделяется международно-правовым актам, запрещающим применение силы в международных отношениях и определяющим понятие агрессии, которые были разработаны и приняты в период после событий Второй мировой войны. Проанализирована роль и значение деятельности Организации Объединенных Наций и Международного уголовного суда по выработке определения агрессии. Автор пришел к выводу, что сегодня существует актуальная проблема принятия универсальной дефиниции преступления агрессии на универсальном уровне. Принятие такого определения будет способствовать предотвращению преступлений агрессии и позволит более эффективно бороться с современными проявлениями агрессии на международной арене.

**Ключевые слова:** агрессия, преступление агрессии, международное преступление, международное право, международные отношения, определение агрессии.

Summary

**Voloschuk O. The crime of aggression in international law: problems of development and adoption of the unified definition.**

This article describes the problems of a definition of aggression in modern international law, describes the essence. Analyzed current international law provisions aimed at combating aggression. Particular attention is given to the documents of international law banning the use of force in international relations that have been developed and adopted in the period after the events of World War II. The role and significance of the activities of the United Nations and the International Criminal Court in defining the definition of aggression are analyzed. The author concluded that today there is an actual problem for adoption the international crime of aggression definition on the universal conventional level. The adoption of such a definition will contribute to preventing international crime of aggression and the efficiency of international law to combat it.

**Key words:** aggression, crime of aggression, international crime, international law, international relations, the definition of aggression.

УДК 347.4

**П. Д. ГУЙВАН**

*Петро Дмитрович Гуйван, кандидат юридичних наук, професор Полтавського інституту бізнесу, заслужений юрист України*

## ЮРИДИЧНА ВИЗНАЧЕНІСТЬ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ ЗА ЄВРОПЕЙСЬКИМИ ПРИНЦИПАМИ

До основоположних ідей правової системи належить принцип юридичної визначеності, який встановлює гарантування необхідності стабільного та несуперечливого правового статусу особи, а також можливість передбачення нею правових наслідків своїх дій. Він відтворений у джерелах права ЄС, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року та застосовується у практиці Європейського суду з прав людини. Водночас, на переконання більшості дослідників, попри формальну кваліфікацію правової певності у якості принципу, вона все ж має не самостійне значення, а є частиною нормативного змісту конституційного принципу верховенства права.



Оскільки Конвенція не розкриває сутності принципово важливих правових понять у системі захисту прав людини, дану функцію покликаний здійснювати Європейський суд. Це відбувається шляхом тлумачення статей Конвенції при розгляді конкретних справ, і у такий спосіб напрацьовуються загальні підходи до усвідомлення якості та ефективності правил, які забезпечують реалізацію прав і свобод людини, встановлюється рівень моральності, справедливості та гуманності національних джерел права. У справі «L. та V. проти Австрії» Європейський суд з прав людини наголосив, що «Конвенція — це живий інструмент, який необхідно тлумачити у світлі умов сьогодення»<sup>1</sup>. Практика Європейського Суду досить динамічна, вона враховує виникнення нових відносин та розвиток правової думки, і за таких обставин трансформується та розширено тлумачиться зміст прав та свобод, гарантованих Конвенцією, та механізми їх дотримання й захисту.

При цьому, встановлюючи у своїй прецедентній практиці правила поведінки на майбутнє, ЄСПЛ неухильно дотримується доктрини фактичної обов'язковості раніше прийнятих рішень. Визнаючи формальну відсутність доктрини прецеденту, Суд послідовно дотримується своєї попередньої практики. При цьому Суд ніколи прямо не посилається на доктрину *stare decisis*, що є основою дії прецедентного права у країнах англо-саксонської правової сім'ї, але формула, яку він використовує, зокрема, щодо відповідності незмінної судової практики або усталеного прецедентного права, як і цитування при прийнятті рішень попередніх судових рішень або застосування формули «*mutatis mutandis*», може бути синонімом цієї доктрини<sup>2</sup>.

Дослідженню окремих аспектів даного принципу присвячено роботи таких вчених, як Ф. Гаск, С. Головатий, В. Кернз, М. Козюбра, Ю. Матвеева, С. Погребняк, А. Приймак, П. Рабінович, М. Савчин, А. Татам, А. Хворостянкіна, М. Цвік, С. Шевчук та інші. Водночас на базі практики Європейського суду, яка постійно оновлюється, напрацьовуються нові підходи, які дають можливість більш глибоко дослідити реальну сутність тих чи інших проявів різноманітних принципів, у тому числі й правової визначеності. Тож наразі дискусія про зміст останнього є дуже далекою від завершення. Зокрема, на даний час як у науці, так і в судовій практиці не досягнуто одноманітного розуміння змісту вказаного принципу, не встановлена його правова природа. Так, нез'ясованими залишаються питання визначеності правозастосовних рішень в сенсі їхньої справедливості та моральності, тоді як більшість сучасних публікацій зводиться лише до аналізу законності судових вердиктів. Відтак, дане дослідження спрямоване на вивчення проблематики, пов'язаної із затвердженням ідеї справедливості в судовій діяльності.

Застосування права є другим за значенням після правотворчості чинником, що «істотно впливає на правове регулювання, притому впливає в самому ході, у процесі впливу права на суспільні відносини»; «органи застосування права в оптимальному випадку продовжують «справу», розпочату правотворчістю», вони «покликані забезпечити втілення в життя юридичних норм, виражені в них загальні програми поведінки, конкретизоване їх втілення в реальних життєвих процесах з урахуванням особливостей тієї чи іншої конкретної ситуації»<sup>3</sup>. Серед принципів, що забезпечують належне застосування норм права, поряд з обґрунтованістю, доцільністю, справедливістю та розумністю у науковій доктрині виділяють принцип правової визначеності<sup>4</sup>. При цьому вказується, що останній охоплює різні сенсові значення, що опосередковуються сферою його реалізації<sup>5</sup>. Отже, принцип юридичної певності ставить конкретні вимоги не тільки до нормативно-правових актів, а й до практики їх застосування. Зокрема, одним із визначальних чинників щодо результативності є певність судової реалізації норм права.

У своїх справах. Європейський суд постійно підкреслює, що параграф 1 ст. 6 Конвенції охороняє право кожного подавати будь-яку скаргу до суду чи трибуналу стосовно його громадянських прав і обов'язків. У цьому сенсі «право на суд» розуміється як право на доступ, тобто право ініціювати провадження в судах з розгляду цивільних справ становить одну із складових цього права (рішення у справі «Хорнсбі проти Греції»<sup>6</sup>). Фактично це право є невід'ємним елементом більш загального права, передбаченого даною статтею – права на справедливий суд, яке включає до свого змісту декілька елементів. У науці запропоновано виокремити основні елементи права на справедливий судовий розгляд, які безпосередньо впливають із формулювання ст. 6 і значною мірою визначені у ході розгляду справ Судом. Зокрема, окрім права на доступ до суду, воно містить такі складові, як право на судовий розгляд протягом розумного строку; право на безсторонній та незалежний суд; право на справедливий судовий розгляд; право на суд, встановлений законом; право на виконання рішення суду протягом розумного строку тощо<sup>7</sup>. І при реалізації всіх зазначених повноважень суб'єктові має бути гарантована правова визначеність застосування судом правових норм, що регулюють його поведінку. Саме в такому сенсі ЄСПЛ підкреслив, що принцип правової визначеності невід'ємно властивий праву Конвенції<sup>8</sup>.

Прецедентні рішення Європейського суду з прав людини мають обов'язковий характер для Високих Договірних сторін, котрі підписали Конвенцію 1950 року. Процедура реалізації рішень Європейського суду з прав людини полягає у виконанні трьох напрямів дій: сплата справедливої сатисфакції; виконання рішень щодо конкретної особи (оскільки в деяких випадках рішення ЄСПЛ може мати наслідком перегляд усіх раніше прийнятих рішень стосовно заявника, але не у всіх випадках); і третя частина зобов'язань, яку має здійснити держава, це зробити так, щоб із цієї конкретної підстави люди більше не зверталися до ЄСПЛ. І не тому, що їм забороняють, а тому, що в законодавстві будуть внесені відповідні зміни, які дозволять людям вирішувати цю проблему на національному рівні<sup>9</sup>. Тож результативність рішень ЄСПЛ щодо конкретної справи забезпечується здійсненням державою, щодо якої воно винесене, заходів загального характеру, спрямованих на удосконалення свого національного законодавства, усунення передумов для подальшого подібних порушень прав людини і основоположних свобод. Значне місце при цьому відводиться і питанням удосконалення судової практики та приведення її до рівня європейських вимог.

Отже, позиція Європейського суду стосується не лише Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Вона має істотне значення також для національної судової практики, якій належить важлива роль у впровадженні в життя принципу юридичної визначеності при правозастосуванні. Це особливо важливо для української судової системи, яка наразі дуже страждає, у тому числі і в плані свого міжнародного іміджу, від неправильного застосування практики ЄСПЛ. Переважно то відбувається у зв'язку з незадовільним володінням прийомками, що дозволяють реалізовувати матеріальні та процесуальні вимоги тієї чи іншої статті Конвенції. В українських судах практично відсутні навички стосовно систематизації правових позицій ЄСПЛ за статтями Конвенції як у рішеннях проти України, так і інших держав, та адаптування їхнього значення до конкретних випадків національного правозастосування.

Власне, певні кроки для вирішення вказаної проблеми в Україні робляться. Так, Указом Президента України від 10 травня 2006 р. № 361/2006 затверджена Концепція вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні, метою якої є вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, забезпечення становлення судівництва як єдиної системи судового устрою та судочинства, що функціонує на засадах верховенства права відповідно до європейських стандартів і гарантує право особи на справедливий суд. Пункт 4 розділу II даного документа присвячено проблемам юридичної визначеності, однаковості судової практики і відкритості судових рішень. За його змістом судові рішення мають відповідати критеріям юридичної визначеності та однаковості практики. Цього необхідно досягати незалежно від якості законодавства, яке, не виключено, може бути нечітким, суперечливим або таким, що містить прогалини. Суд, застосовуючи положення закону, повинен урахувати цілі та намір законодавця, інтерпретувати його, виходячи з принципу верховенства права<sup>10</sup>. Втім, попри благі наміри, ситуація із вдосконаленням судівництва, у тому числі і стосовно визначеності правозастосування, з часу прийняття Концепції не набула прогресивних зрушень. Про це переконливо свідчить насамперед практика ЄСПЛ, який щороку приймає все більше рішень проти України.

Саме основоположне визначення «справедливе судочинство» може розглядатися у двох іпостасях. По-перше, в матеріальному аспекті, як прояв справедливості кожного судового рішення по суті, при цьому конкретні права та обов'язки особи, характер її поведінки повинен забезпечуватися згідно з матеріально-правовими засадами справедливості, прийнятими нормативно та такими, що відповідають інтересам і моралі конкретної особи та суспільства в цілому. По-друге, має бути гарантована процесуальна справедливість, що передбачає розгляд справи у суворій відповідності до певних судових процедур та механізмів. Насправді дотриматися вказаних вимог правозастосовному органу буває не завжди просто. Адже вирішуючи справу, суд передовсім має керуватися законом. Між тим, закон – явище суб'єктивне. Навряд чи можна з певністю сказати, що усі закони є правильними по суті та справедливими. Більше того, в літературі прийнято констатувати певну утопію пріоритету законності, за якою всі норми цілком зрозумілі, не суперечать одна одній, відомі всім громадянам і ніколи не мають зворотної сили<sup>11</sup>.

Відтак, невизначеність при здійсненні судового правозастосування коріниться у нездатності права визначати результат у конкретних справах. Через таку невизначеність рішення судді обов'язково буде формуватися під впливом чинників, що відрізняються від справедливих правових норм, зумовлених суб'єктивізмом, а іноді й неналежним фаховим рівнем судді. Ознакою невизначеності є наявність таких норм, які можуть вести до різних результатів, прогалин у нормах; значна кількість винятків із загальних норм, відкритість правових стандартів – усе це проявляється у тій зовнішній легкості, з якою вправний юрист здатний аргументувати позиції обох сторін у справі. Факти постійної незгоди суддів у питаннях права, що відбиваються в особливих думках та взаємосуперечливих рішеннях різних судів, є незаперечним доказом наявності невизначеності<sup>12</sup>.

У принципі, усунути певні неоднозначності, протиріччя та суперечності в окремих нормах права можна за рахунок досягнення значного ступеня передбачуваності права, визначеності усієї правової системи. Завдяки цьому невизначеність окремих законів чи інших нормативно-правових актів може бути подолана належною визначеністю системи в цілому. Така визначеність досягається завдяки наповненню її визначеними цивілізованим світом цінностями, уособленням яких у демократичному суспільстві є конституція. Саме вони забезпечують наскрізну єдність правової системи, дають змогу «мінімізувати» суб'єктивний вплив відповідних органів і посадових осіб на процес застосування тих чи інших недостатньо визначених нормативних положень<sup>13</sup>. Але такий підхід все ж не зменшує значення визначеності актів правосуддя, позаяк суди, регулюючи правовідносини, керуються, переважно, спеціальними правовими актами.

Суд є посередником у конфлікті між публічною владою та громадянином, тобто він – останній прихисток у випадку вчинення органами публічної влади чи посадовими особами свавільних дій проти приватних осіб<sup>14</sup>. Відтак, керуючись стандартами застосування принципу правової визначеності, судові органи реалізують певні правотворчі функції шляхом адаптації норми до конкретної ситуації, усунення неоднозначності, досягнення чіткості та зрозумілості її змісту. У такий спосіб забезпечується чіткість у розумінні правових норм, відсутність прогалин, суперечностей та неузгодженостей і, зрештою, здатність нормативно-правових актів слугувати регулятором суспільних відносин. Разом із тим, отримуючи подібні повноваження в даній царині, суд сам може перевтілитися у суб'єкта владних повноважень, котрий, всупереч вимогам правової визначеності, припускатиметься зловживань. Недотримання вимог правової визначеності при здійсненні правосуддя та зловживання своїми повноваженнями представниками правозастосовних органів може призвести до перетворення верховенства права на верховенство суддів<sup>15</sup>.

Така ситуація не залишається непоміченою дослідниками. Так, Ю. І. Матвеева справедливо вказує, що жити під владою закону – це бути жертвою непередбачуваних примх інших індивідів – монархів, суддів, посадових осіб чи співгромадян. Між тим, в основі розуміння верховенства права лежить правління згідно з законом, що виключає зловживання, а не необмежене правління іншої, навіть мудрої особи. Ідея «верховенства права, а не особи», попри всю свою могутність, завжди послаблювалась тим, що закони не можуть тлумачити і застосовувати самі себе<sup>16</sup>.

Вихід із даної ситуації очевидний, і він напрацьований як у доктринальній площині, так і практикою Європейського суду з прав людини. Звичайно, суддя мусить вирішувати справу, і при цьому він повинен критично оцінювати правову базу, яка підлягає застосуванню для вирішення певного спору. Але, якщо завжди виникають сумніви щодо значення тієї чи іншої норми, суддя мав би заявити про існування правового вакууму, й ефективність усієї системи норм з перспективною дією було б значно послаблено. Для того, щоб упевнено діяти на підставі правил, люди мусять не лише мати змогу довідатися про ці правила, а й усвідомлювати, що в разі виникнення суперечки щодо їхнього значення можна скористатися певним методом для вирішення цієї суперечки. Йдеться про необхідність суду при застосуванні права орієнтуватися не лише на зміст норми, а й враховувати стандарти «якості права» як регулятора суспільних відносин. Інакше кажучи, згідно з вимогами принципу правової визначеності при вирішенні подібних справ суди повинні слідувати порядку мотивації, виходячи із засад моральності, гуманності та справедливості правових приписів. І саме у такий спосіб відбуватиметься закріплення принципу юридичної певності у правозастосуванні за рахунок судової правотворчості.

Отже, у матеріальному аспекті суд повинен перенести ідею справедливості, втілену в нормах права, на рівень конкретних правовідносин. Подібним чином суд може компенсувати недоліки, обумовлені такою рисою права, як загальність. У більш складних випадках суд може застосовувати справедливість замість закону або всупереч закону. Вирішуючи питання про необхідність поновлення справедливості, порушеної прийняттям нормативного акта, суду доцільно користуватися формулою Г. Радбруха<sup>17</sup>. Згідно з основними положеннями даної формули позитивне і гарантоване приписами та силою право має пріоритет навіть тоді, коли воно за змістом несправедливе й недоцільне. Виняток становлять лише ситуації, коли суперечність чинного закону щодо справедливості сягає настільки нестерпного масштабу, що закон як «несправедливе право» має поступитися справедливості<sup>18</sup>.

Однією з ключових вимог визначеності права, в тому числі на етапі його судового використання, є забезпечення стабільності правового статусу особи, сталості правовідносин, гарантування передбачуваності правозастосування. З даного приводу Конституційний Суд України, вирішуючи справу про внесення змін до ст. 46 Конституції України, висловив свою позицію. У висновку від 2 червня 1999 р. № 2<sup>3</sup>/993 він, зокрема, вказав таке: «Однією з найважливіших умов визначеності відносин між громадянином і державою, гарантією закріпленою у статті 21 Конституції України принципу непорушності прав і свобод людини є стабільність Конституції, яка, крім інших чинників, значною мірою визначається правовим змістом Основного Закону» (абзац перший п. 4 мотивувальної частини). Тож, як зазначає Конституційний Суд України, стабільність Основного Закону є однією з найважливіших умов визначеності відносин між громадянином і державою, і це гарантує стабільність статусу громадян шляхом застосування національними судами норм Конституції, як вищого закону прямої дії. Таким чином реалізується принцип законних очікувань, спрямований на те, щоб у випадках, коли особа, спираючись на конституційні приписи, очікує, що досягне певного результату, якщо буде діяти відповідно до цих норм, законні очікування будуть реалізовані та захищені. Інакше кажучи, суб'єкт має право займатись підприємництвом, реалізовувати своє право власності тощо, розраховуючи на те, що існуюче законодавство буде опосередковувати ці відносини надалі.

У темпоральному вимірі законні очікування особи реалізуються також через такі елементи принципу юридичної певності, як гарантування незастосування судами нормативно-правових актів із зворотною дією у часі («заднім числом»), неможливість застосування акта, який не оприлюднений, та своєчасності винесення судового вердикту, що дасть можливість його належного оскарження або виконання. Такий підхід забезпечує невід'ємне право людини бути впевненою в тому, що її правомірні дії через деякий час не призведуть до погіршення правового становища. Та, попри неоднозначну позицію Конституційного Суду України, Європейського суду з прав людини, порушення темпоральної визначеності при здійсненні судочинства продовжують мати місце у національному правозастосуванні. Скажімо, суддя господарського суду у справі № 917/281/16 тривалий час (понад півтора року на даний момент) не виніс рішення господарського суду у тому вигляді, як це вимагає закон (ст. 84 ГПК України), попри те, що у засіданні 28 квітня 2016 р. було оголошено про видання повного тексту судового рішення через п'ять днів<sup>19</sup>. Зазначені дії кваліфікуються Європейським судом як позбавлення права на доступ до суду. Адже останнє включає в себе юридичні, процесуальні та фізичні можливості звернення до суду<sup>20</sup>, у тому числі й право на оскарження рішення.

Слід наголосити, що констатуючи порушення принципу правової визначеності, Європейський суд з прав людини, зазвичай, пов'язує їх з недотриманням національними судами вимог щодо правової визначеності. Приміром, ЄСПЛ нагадав, що наявність конкретної і послідовної практики тлумачення відповідного положення закону була фактором, який призвів до висновку щодо передбачуваності зазначеного положення (рішення у справі «Гудвін проти Сполученого Королівства»)<sup>21</sup>. Хоча цей висновок було зроблено в контексті системи загального права, тлумачення, здійснюване судовими органами, не може недооцінюватися й у системах континентального права при забезпеченні передбачуваності законодавчих положень. Саме ці органи

повинні послідовно тлумачити точне значення загальних положень закону та розсіювати будь-які сумніви щодо його тлумачення. Подібні висновки Судом були зроблені також у справах «Олександр Волков проти України»<sup>22</sup>, «Гожелік та інші проти Польщі»<sup>23</sup>.

Істотною вимогою, що впливає з принципу юридичної визначеності правозастосування, є однозначність та послідовність судових рішень. Її отримання гарантує особі можливість організувати свою поведінку таким чином, щоб вона узгоджувалася з вимогами закону на час вчинення певного діяння. У цьому контексті важливим є припис про необхідність однакового застосування закону. Режим однакового застосування є необхідним для належного захисту прав і свобод людини. Він сприяє правовій безпеці індивіда, який може планувати свою діяльність і розраховувати на те, що при реалізації його прав і законних інтересів органи влади та суди діятимуть відповідно до встановленого порядку. Єдність однакового застосування закону забезпечує правову визначеність та втілюється шляхом однакового застосування судом того самого закону в однакових справах щодо різних осіб<sup>24</sup>. Відтак, суди мусять приймати однотипні рішення за однакових фактичних умов у аналогічних справах, інакше буде порушено правило про законну очікуваність правозастосування як елемент юридичної визначеності. Це, в свою чергу, є суддівським свавіллям, що суперечить конституційним принципам верховенства права та правової держави.

Прикладом такої кваліфікації рішень національних судів є справа «Совтрансавто Холдинг проти України», розглянута ЄСПЛ 25 липня 2002 року. Так, Суд зазначив, що, визнаючи свою обмежену компетенцію щодо перевірки дотримання внутрішнього законодавства, він не може не висловити свою стурбованість щодо різних та часто суперечливих підходів до застосування й тлумачення внутрішнього законодавства українськими судовими органами: Вищий арбітражний суд двічі скасовував рішення судів нижчої ланки у зв'язку з тим, що останні не застосували відповідним чином законодавство, не розглянули належним чином і глибоко факти у справі та аргументи заявника і що висновки, зроблені ними, були передчасними і суперечливими<sup>25</sup>.

З проведеного дослідження можемо зробити певні висновки. Нагальною необхідністю для держави України є покращення статистики ЄСПЛ щодо визнання протиправним національного судового правозастосування. Враховуючи, що в державі почалося оновлення судової системи, має бути проведено не лише кадрові зміни, а й кардинальне коригування правозастосовних підходів при розгляді конкретних справ. Судді мають використовувати європейські принципи справедливого судочинства. Зокрема, при постановці вердиктів повинна досягатися визначеність у застосуванні правових норм, керуючись не лише буквальним їхнім змістом, а з урахуванням вимог моральності та справедливості. З цієї метою слід проводити регулярні навчання суддів стосовно застосування в українському судочинстві практики Європейського суду. В нормативному плані необхідно закріпити процесуальні норми, які пов'язані з реалізацією тих чи інших функцій, що забезпечить дієвість інструментарію з дотримання справедливості судочинства.

<sup>1</sup> Рішення ЄСПЛ від 9 січня 2003 р. у справі «L. та V. проти Австрії» (L. and V. v. Austria), заява № 39392/98, № 39829/98 : [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://www.crin.org/en/library/legal-database/l-and-v-v-austria>

<sup>2</sup> Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. – К.: Реферат, 2007. – С. 326.

<sup>3</sup> Алексеев С. С. Теория права / С. С. Алексеев. – М.: БЕК, 1995. – С. 259.

<sup>4</sup> Мандрікова К. О. Розумність у системі принципів застосування норм права / К. О. Мандрікова // Теорія і практика правознавства : електр. наук. фах. вид. Нац. ун-ту «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». – 2013. – Вип. 2 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/download/el\\_zbirk/2.2013/6.pdf](http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/download/el_zbirk/2.2013/6.pdf)

<sup>5</sup> Фоков А. П. Правовая определенность в практике Европейского Суда по правам человека по делам против России в 2014 году / А. П. Фоков, Я. М. Винокурова // Российская юстиция. – 2015. – № 1. – С. 16.

<sup>6</sup> Рішення ЄСПЛ від 19 березня 1997 р. у справі «Горнсбі проти Греції» (Hornsby v. Greece), заява № 21722/11 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980\\_079](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980_079) – п. 40.

<sup>7</sup> Коруц У. З. Міжнародно-правовий захист права на справедливий судовий розгляд в практиці Європейського суду з прав людини та правозастосовна практика України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.11 / У. З. Коруц. – К., 2015. – С. 89.

<sup>8</sup> Рішення ЄСПЛ від 13 липня 1979 р. у справі «Маркс проти Бельгії» (Marckx v. Belgium), заява № 6833/74 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.echr.ru/documents/doc/2461417/2461417.htm>

<sup>9</sup> Лутковська В. Однієї державної волі замало / В. Лутковська // Зб. виступів. Українська Гельсінська спілка з прав людини «Precedent UA – 2015» / Аркадій Бущенко, Олена Сапожнікова, Олег Шинкаренко. – К.: КВІЦ, 2015. – 412 с. – С. 79.

<sup>10</sup> Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів : Указ Президента України від 10 травня 2006 р. № 361/2006 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/361/2006>

<sup>11</sup> Fuller L. The Morality of Law [Текст] / Lon L. Fuller – Yale University Press, 1969. – С. 45.

<sup>12</sup> Таманага Браян. Верховенство права. Історія. Політика. Теорія / Браян Таманага. – К.: Видавничий дім «Києво-Могилянська академія», 2007. – С. 101.

<sup>13</sup> Козюбра М. І. Верховенство права і Україна / М. І. Козюбра // Право України. – 2012. – № 1–2. – С. 46.

<sup>14</sup> Савчин М. В. Конституційне право України : підруч. / М. В. Савчин / відп. ред. проф., д.ю.н. М. О. Баймуратов. – К.: Правова єдність, 2009. – С. 782.

<sup>15</sup> Козюбра М. Верховенство права: українські реалії та перспективи / М. Козюбра // Право України. – 2010. – № 3. – С. 10.

<sup>16</sup> Матвеева Ю. І. Правова визначеність та суддівське право творення / Ю. І. Матвеева // Наукові записки нац. ун-ту «Києво-Могилянська академія». – 2010. – Т. 103: Юридичні науки. – С. 51.

<sup>17</sup> Погребняк С. П. Основоположні принципи права : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.01 / С. П. Погребняк. – Х., 2009. – С. 11.

<sup>18</sup> Radbruch G. Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches recht (Радбрух Г. Законне неправо та над законне право / Г. Радбрух ; пер. В. С. Бігуна за: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht) // Radbruch Gustav. Gesamtausgabe. Hrsg. von Arthur Kaufmann. – Heidelberg: Müller, Juristischer Verlag. – Band 3. Rechtsphilosophie. – 3 Bearb. von Winfried Hassemer. – 1990. – S. 89.

<sup>19</sup> Справа № 917/281/16 // Архів Господарського суду Полтавської області за 2016 рік.

<sup>20</sup> Грень Н. М. Право на справедливий суд: проблеми доступності та публічності / Н. М. Грень // Вісник Національного університету «Львівська політехніка». – 2015. – № 825. – С. 134. – (Серія «Юридичні науки»).

<sup>21</sup> Рішення ЄСПЛ від 27 березня 1996 р. у справі «Гудвін проти Сполученого Королівства» (Goodwin v UK), заява № 16488/90 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57974"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), п. 33.

<sup>22</sup> Рішення ЄСПЛ від 9 січня 2013 р. у справі «Олександр Волков проти України», заява № 21722/11 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/974\\_947](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/974_947), п. 179.

<sup>23</sup> Рішення ЄСПЛ від 17 лютого 2004 р. у справі «Горзелік та інші проти Польщі» (Gorzelik and Others v. Poland), заява № 44158/98 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.menschenrechte.at/orig/04\\_1/Gorzelik\\_PL.pdf](http://www.menschenrechte.at/orig/04_1/Gorzelik_PL.pdf), п. 65.

<sup>24</sup> Панкратова В. О. Роль принципу правової визначеності у процесі правозастосування / В. О. Панкратова // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2015. – Вип. 33. Т. 1. – С. 37. – (Серія «Право»).

<sup>25</sup> Рішення ЄСПЛ від 25 липня 2002 року у справі «Совтрансавто Холдинг проти України», заява № 48553/99 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/980\\_043](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/980_043), п. 79.

#### Резюме

##### **Гуйван П. Д. Юридична визначеність правозастосування за європейськими принципами.**

Статтю присвячено проблемам юридичної визначеності судового правозастосування. Досліджено складові елементи даного фундаментального принципу. Вивчено критерії справедливості судового вердикту, встановлено, що рішення суду повинно ґрунтуватися не лише на буквальному застосуванні позитивного припису закону, а й відтворювати засади гуманізму та суспільної моралі. Виявлено недоліки українського судочинства щодо винесення рішень. Надано рекомендації стосовно коригування відповідних підходів.

**Ключові слова:** справедливий суд, моральність та справедливість рішення.

#### Резюме

##### **Гуйван П. Д. Юридическая определенность правоприменения в соответствии с европейскими принципами.**

Статья посвящена проблемам юридической определенности судебного правоприменения. Исследованы составляющие элементы данного фундаментального принципа. Изучены критерии справедливости судебного вердикта, установлено, что решение суда должно основываться не только на буквальном применении положительного предписания закона, но и воспроизводит основы гуманизма и общественной морали. Выявлены недостатки украинского судопроизводства по вынесению решений. Даны рекомендации по корректировке соответствующих подходов.

**Ключевые слова:** справедливый суд, нравственность и справедливость решения.

#### Summary

##### **Guyvan P. Legal certainty of law enforcement in accordance with European principles.**

The article is devoted to the problems of legal certainty of judicial enforcement. The constituent elements of this fundamental principle have been studied. The criteria for the fairness of the verdict have been studied, it is established that the court's decision must be based not only on the literal application of the positive rule of law, but also on the basis of humanism and public morality. The shortcomings of the Ukrainian legal proceedings on making decisions are revealed. Recommendations for correcting the corresponding approaches are given.

**Key words:** fair court, morality and justice of the decision.

УДК 342.25: 340.5

#### **В. В. ПОПКО**

*Вадим Вікторович Попко, кандидат юридичних наук, доцент Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

### **ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОРГАНІЗАЦІЇ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ У ФІНЛЯНДСЬКІЙ РЕСПУБЛІЦІ**

Розуміння місцевого самоврядування як права територіальної громади самостійно та під свою відповідальність вирішувати питання місцевого значення вважається елементом демократичного ладу більшості європейських демократичних держав. У деяких державах цей інститут існує тривалий час, змінюється з плином часу, проте зберігає традиційні особливості, а в деяких країнах цей інститут тільки набуває ustalених рис. В одних державах місцеве самоврядування знайшло конституційне закріплення, в інших – ні, проте така

ситуація аж ніяк не применшує його значення в системі державного управління. Досвід будь-якої держави, яка розвивається по шляху демократизації суспільства, являє інтерес з огляду на потреби нашої держави, оскільки в Україні інститут місцевого самоврядування потребує реформування, вдосконалення та приведення у відповідність до Конституції України правової бази.

Інститут місцевого самоврядування у Фінляндській Республіці являє собою інтерес з огляду на позитивний еволюційний досвід у сфері розширення компетенції та кола завдань місцевих органів, ефективний досвід у вирішенні місцевих проблем та авторитету, який здобула місцева влада у своїй повсякденній діяльності.

Не зважаючи на значний економічний злет країн Північної Європи останніми десятиліттями, що стало предметом багатьох досліджень, організація місцевого самоврядування у цих державах допоки залишається малодослідженою. Увагу вчених, зазвичай, привертають питання місцевого самоврядування у скандинавських країнах, а функціонування цього інституту у Фінляндії згадується лише дотично. Деякі напрацювання, окрім шведських та фінських авторів (Е. Зайпт, Т. Лінкола, Ю. Невакові, К. Майойнен, О. Оффердал, П. Хілберг, М. Яйме), ми зустрічаємо у вітчизняній історіографії, зокрема у працях В. А. Ачкасова, М. А. Ісаєва, М. А. Могунової, А. Н. Чеканського, В. Н. Шишкіна.

**Метою статті** є спроба проаналізувати особливості процесу становлення та еволюції сучасного етапу розвитку місцевого самоврядування у Фінляндії з огляду на правову базу у законодавстві, міжнародні норми, традиції та звичаї.

З точки зору багатьох експертних оцінок Фінляндія у наш час визнається країною з одним із найбільш високих рівнів життя. Саме Фінляндія демонструє сьогодні численні позитивні приклади розробок і впровадження різних інновацій на всіх рівнях публічного управління. Фінляндія була визнана «кращою країною світу» (версія журналу *Newsweek*, 2010 р.); «самою стабільною країною світу» (американський фонд *Fund for Peace*, 2012 р.); однією із найменш корумпованих країн Євросоюзу (рапорт органу Ради Європи з питань боротьби з корупцією *Greco*, 2013 р.); однією з кращих країн світу для материнства (доповідь всесвітньої організації «Врятуйте дітей», 2013 р.). До того ж, у щорічному рейтингу Всесвітнього економічного форуму Фінляндія у 2013 р. зайняла третє місце (після Швейцарії і Сінгапуру) по конкурентоспроможності<sup>1</sup>.

Фінляндія – демократична унітарна правова держава з республіканською формою правління. Добробут людей тут багато у чому базується на міцному місцевому управлінні, організацію якого можна віднести до скандинавської моделі. Система місцевого самоврядування у Фінляндії не зазнала радикальних змін з моменту отримання країною незалежності у 1917 р. – всі зміни відбувались поступово, практично безперервно, і в результаті вона була реформована доволі серйозно. Не зважаючи на постійні зміни у законодавстві, незмінним залишається головний принцип: самоуправління жителів комуни та їх право й обов'язок приймати рішення зі спірних питань.

Міське самоврядування в Фінляндії складалося під впливом шведського володарювання упродовж Середньовіччя (поділ на провінції), змінювалося після приєднання країн до Росії (формування губерній), за рішенням Ліги Націй до неї відійшли Аландські острови (на правах автономії) та під впливом адміністративних реформ у другій половині ХХ ст. – початку ХХІ століття.

У період перебування Фінляндії у складі Швеції міське населення вбачало в органах самоврядування оплот протистояння феодальному абсолютизму, що панував у Швеції. У ХVI–ХVII ст. одиницею самоуправління був судовий округ, у якому судді відали не тільки судовими, а й адміністративними справами. Згодом судді були позбавлені адміністративних повноважень і вирішення місцевих справ перейшло у відання церковного приходу. Щодо міст, то в них створювали *магістрати*, у яких розглядали не тільки питання самоврядування, а й судові справи (цивільні та кримінальні). Магістрати відігравали також роль третейських судів. На чолі міста перебував *мер* (старшина).

Після входження до складу Росії (1809–1917 рр.) така система місцевого самоврядування зберігалася до другої половини ХІХ століття. У 1865 р. Сейм ухвалив Закон про сільське самоврядування, а в 1873 р. – про міське самоврядування. Систему місцевого самоврядування ще довго не виділяли із церковних приходів і лише після першого укрупнення комун 1925 р. вона була змінена. Згідно із Законом 1873 р. в містах були створені зібрання міських уповноважених. Магістрати зберігались як судові органи щодо цивільних справ. У період російського протекторату Фінляндія не мала власних адміністративних органів дворянської корпорації (наприклад, колегії радників від дворян при губернаторові, як у Естляндії чи Ліфляндії), а її територія складалася із численних губерній з окремими власними губернськими управліннями при відсутності власних органів станового самоврядування<sup>2</sup>. Будучи до 1917 р. складовою частиною Російської імперії, тобто не державою, а лише провінцією іншої держави, вона мала права місцевої автономії й відповідно цьому могла організувати лише станові представницькі органи управління.

У 1948 р. було прийнято новий комунальний закон, який став єдиною формою регламентації як міських, так і комунальних органів самоврядування, і діяв до 1976 року. Цей Закон уніфікував систему органів самоврядування (три види – комунальні, міські, селищ міського типу), визначив порядок їх формування, компетенцію представницьких і виконавчих органів, їхню структуру, взаємодію із центральною владою тощо.

Чинна Конституція Фінляндії (1999 р.) не визначає систему органів місцевого самоврядування та їх компетенцію, відносячи ці питання до спеціальних правових актів. Нині питання місцевого самоврядування у Фінляндії регламентуються кількома правовими актами, основний з яких – Комунальний закон 1995/365. Серед інших, Закон 1990/1267 «Про об'єднання комунальних субсидій» від 28 грудня 1990 р., Закон 1977/585 «Про дорадчі органи управління комунальним господарством і комунальною власністю» від 21 липня 1977 р.,

Закон 1985/253 «Про повноважний орган співробітництва столичного округу» від 15 березня 1985 року. Окремі акти стосувалися питань субсидування комун. Усього в Фінляндії діє близько 400 законів, що так чи інакше стосуються питань місцевого самоврядування<sup>3</sup>.

Фінляндія підписала Європейську хартію місцевого самоврядування 14 червня 1990 р. і ратифікувала її 3 червня 1991 р. без будь-яких застережень чи декларацій, що обмежили б її сферу дії. Хартія вступила в силу щодо Фінляндії 1 жовтня 1991 року.

Проте спеціального закону про вибори до місцевих органів не існує. Усі вибори регламентуються Законом про вибори народних представників 1969/301, який згодом змінювався й доповнювався. Вибори зібрань уповноважених здійснюються на тих же принципах, що й до парламенту країни – Едускунту, тобто на основі загального прямого виборчого права при таємному голосуванні. Відповідно до рекомендацій Північної Ради, членом якої є й Фінляндія, з 1976 р. право голосу на виборах до органів місцевого самоврядування Фінляндії мають також іноземці, які не менше трьох років постійно проживали у відповідній комуні і платили комунальні податки. Після вступу Фінляндії до Європейського Союзу (1995 р.) право голосу на таких виборах мають всі громадяни інших держав, що є членами ЄС. При цьому будь-які вибори можуть бути оскаржені до Європейського Суду, якщо буде вирішено, що вони проводились із порушенням виборчого законодавства.

На відміну від Швеції, де всі представницькі органи обираються в один день, у Фінляндії комунальні вибори відбуваються в інший час. Хоча це вимагає додаткових витрат, вважається, що таким чином за загальнодержавними проблемами не забуті проблеми місцевого значення, не менш важливі для виборців.

Згідно із Законом 1997/88 у Фінляндії було створено п'ять губерній, не беручи до уваги Аландських островів. Задля розвитку народності саамі у 1974 р. був створений Саамський округ, який проте, не визнається автономією, а має статус комуни.

Статус Аландських островів має свою специфіку, яка визначається особливостями їх історичного розвитку, боротьбою за володіння ними з боку сусідніх держав. Деякі фінські автори навіть вважають, що в статусі Аландських островів можна вбачати певний федеральний елемент, який встановлений на міжнародному рівні<sup>4</sup>. Він був гарантований рішенням Ліги Націй після Першої світової війни. Проте при обговоренні Закону про автономію Аландських островів 1951 р. із проекту був вилучений особливий параграф (§ 6), за яким надавалась можливість у випадку виникнення спору щодо компетенції Аландів їхнім органам законодавчої і виконавчої влади оскаржити рішення органів влади Фінляндії у міжнародній організації.

У наш час статус Аландських островів і повноваження її органів визначаються Конституцією Фінляндії та Законом про автономію 1991 року. Главою автономії є губернатор, якого призначає Президент Республіки за узгодженням із *ландстингом* – місцевим законодавчим органом автономії. Теоретично він повинен представляти інтереси центру в автономії, проте оскільки він є жителем Аландських островів, то, зрозуміло, не може абстрагуватися від місцевих інтересів. Організація місцевого самоврядування на островах здійснюється так само, як і у Фінляндії взагалі.

За адміністративною реформою 2010 р. у Фінляндії на базі губерній було організовано шість регіональних державних адміністративних відомств, кожне з яких відповідає за певний великий регіон – «ляні» (*lääni* – губернія, край) (Південна Фінляндія, Західна Фінляндія, Східна Фінляндія, Оулу, Лапландія, а також автономна губернія Аландські острови). Великі регіони складаються з однієї чи кількох менших областей, яких загалом налічується відтепер 20. Області поділяються на 72 райони, а райони – на 342 громади (комуни). Більшість територіальних громад фінськомовні. Кожна десята громада класифікується як двомовна, тобто відповідна кількість громадян на цій території розмовляє фінською та шведською, які є двома офіційними мовами в державі. 20 громад користуються тільки шведською. Конституція Фінляндії приписує, що «для адміністративного управління необхідно прагнути до того, щоб поділ на губернії, що межують одна з одною, в яких існує фінсько- та шведськомовне населення, по можливості забезпечило одномовність на основі рівних принципів. Приписи про принципи поділу на комуни встановлюються законом» (§ 122).

Більшість муніципалітетів (326) у Фінляндії розташовані на материковій частині країни, 16 – на Аландських островах. Вони суттєво відрізняються один від одного за розмірами і економічним добробутом. Не зважаючи на існуючі розбіжності, коло муніципальних функцій в Фінляндії однакове для всіх. У лютому 2012 р. уряд Фінляндії, опираючись на рекомендації міжнародної *Організації економічного співробітництва і розвитку*, запропонував нову муніципальну реформу, в якій проблемними постали питання щодо скорочення кількості муніципалітетів і перерозподілу коштів між муніципальними бюджетами.

Організація місцевого державного управління і місцевого самоврядування, яке вважається найбільш децентралізованим у світі, у Фінляндії будується на різних рівнях. На рівні губерній та уїздів органів місцевого самоврядування не існує, а на рівні комун немає органів державного управління.

Центральне місце в системі місцевого державного управління займає *губернатор*, якого наділено значними повноваженнями в адміністративній, фінансовій та інших сферах. Згідно з комунальним законом 1995/365 губернатор утверджує рішення органів місцевого самоврядування і може у встановлених законом випадках відмовити у такому утвердженні, проте достроково розпустити зібрання міських і сільських уповноважених він не правомочний.

Представницьким органом у сільських комунах є *Зібрання комунальних уповноважених*, яких обирають постійні жителі общини (приходу), які досягли 18 років, терміном на чотири роки. Залежно від чисельності виборців до Зібрання уповноважених можуть обирати від 13 до 77 членів. У містах обирають *Зібрання міських уповноважених* кількістю до 77 осіб.

Зібрання уповноважених обирає комунального керівника – *мера*, який є вищою посадовою особою комуни і відповідає за ведення господарських справ. Виконавчим органом комуни є *правління комуни* у складі п'яти осіб, що також обирається зібранням уповноважених. Муніципальне правління очолює професійний муніципальний менеджер, який призначається зібранням та відповідальний перед ним. Менеджер, як і інші фахівці, що працюють в муніципальному управлінні, зберігають свій пост після виборів і не залежать від їхнього результату. Більшість муніципальних менеджерів має той чи інший університетський ступінь, а близько половини з них вивчало місцеве самоврядування в Університеті Тампере. Зібрання може звільнити менеджера на юридичних підставах, проте на практиці це відбувається доволі рідко.

Велике коло завдань, що віднесені до компетенції органів самоврядування, привело до створення численного управлінського апарату – комітетів, контор, бюро тощо. Частина з них діють на постійній основі (комітети з питань освіти, охорони здоров'я тощо), а частина мають тимчасовий характер (казначейство, бюро початкових шкіл тощо).

Для надання окремих видів послуг або виконання визначених функцій місцеві влади часто об'єднуються або започатковують окремі організації. Це можуть буди об'єднання, що надають послуги з освіти, соціального захисту та охорони здоров'я. Кілька органів місцевого самоврядування можуть спільно створювати медичні центри або установи професійної освіти. До об'єднаних органів влади належать регіональні ради, які визначають регіональну політику, утримують районні спеціалізовані шпиталі тощо.

Фінські органи місцевої влади самостійно налагоджують міжнародні стосунки через партнерські та інші контакти в усьому світі. Вони активно залучаються до міжнародної співпраці у різноманітних мережах та організаціях місцевого самоврядування, програмах та проектах Європейського Союзу.

Спеціальні служби консультують громадян щодо подачі заяв, запитань і можливості висловлення свого бачення проблем та шляхів їх вирішення. Члени громади мають право пропонувати ініціативи з муніципальних питань. З цією метою можуть проводитися й місцеві референдуми.

Для контролю за виконанням місцевого бюджету Зібрання уповноважених обирає своїх *ревізорів*, які зобов'язані щорічно звітувати перед ним про результати своєї діяльності і про виявлені факти порушення бюджетної дисципліни. Іншим засобом контролю за діяльністю місцевих чиновників є обрані Зібранням *довірені особи*, яких обирають щороку, тому їхня залежність від своїх виборців робить їх контроль достатньо ефективним. З XVIII ст. у Фінляндії існує *омбудсман*, якого називають «канцлер юстиції», до обов'язків якого входить, у тому числі, й перевірка законності дій місцевого самоврядування і місцевої влади, чие втручання підвищує ефективність муніципальних служб.

Організація самоврядування у столиці – Хельсінкі – має свої особливості. Місто та його передмістя являють собою одну комунальну одиницю, незважаючи на те, що в ньому проживає приблизно 550 тис. жителів. Його територія не ділиться на дрібніші адміністративні одиниці. Зібрання міських уповноважених міста також обирають терміном на чотири роки, але кількістю 85 членів. Зібрання міських уповноважених м. Хельсінкі обирає терміном на два роки своє правління. Проте система галузевих і функціональних органів управління є більш розгалуженою. Для управління міськими справами терміном на сім років Зібрання обирає *мера міста*, а також його заступників. Для уповноважених створено необхідні умови, які відповідають сучасним вимогам і не відрізняються від роботи депутатів загальнодержавного парламенту – Едускунти: окремі приміщення, монітори, пульти спілкування з керівництвом Зібрання тощо.

Діяльність органів місцевого самоврядування Фінляндії є доволі демократичною. Це виявляється у гласності роботи зібрань уповноважених, у процедурі ухвалення рішень, не зв'язаної різними обмеженнями, у вияві та врахуванні ініціатив населення комуни, у нормотворчій ініціативі партійних фракцій, контролі з боку зібрань за діяльністю управлінського апарату на комунальному рівні, комісіями та довіреними особами.

До компетенції органів місцевого самоврядування у Фінляндії входять питання професійної та загальної освіти в межах встановленого стандарту, охорони здоров'я, планування будівництва, соціального забезпечення і страхування, пожежна справа, будівництво місцевих доріг та їх експлуатація, управління ринками, комунальними підприємствами, енергопостачання, встановлення й стягнення місцевих податків і зборів, денний догляд за дітьми, соціальне обслуговування для літніх людей та інвалідів, допомога бідним та багато інших питань, коло яких постійно розширюється.

Як зазначають дослідники, фіни шанобливо ставляться до місцевої влади й цінують муніципальні послуги, якими із задоволенням користуються у повсякденному житті<sup>5</sup>. Конгрес місцевих і регіональних влад Ради Європи на 21 сесії ухвалив Рекомендацію 311(2011) 20 жовтня 2011 р., в якій зазначив, що у Фінляндії існує культура консультацій і залучення місцевих органів влади до участі з боку центрального уряду, що всі громадяни Фінляндії можуть оскаржити рішення місцевої влади – практика, яку слід поширювати по всій Європі.

Згідно з роз'ясненнями Верховного адміністративного суду органи місцевого самоврядування можуть займатися економічною діяльністю тільки тією мірою, якою вона спрямована на задоволення потреб місцевого населення, і не повинні займатися підприємницькою діяльністю лише заради прибутку. Це, звичайно, не унеможливило отримання прибутку від комунальних підприємств, але мета їхньої діяльності має бути спрямована на обслуговування населення комуни. Громадяни Фінляндії повинні бути зареєстрованими в поліції та податкових службах. Вони отримують допомогу від комунальних служб, якщо є постійними жителями відповідної комуни і сплачують комунальні податки.

Місцева влада фінансує свою діяльність з коштів, які формуються за рахунок податків, трансфертів центрального уряду, різноманітних платежів та прибутків з продаж. Місцевий податок на прибуток, який



сплачують мешканці, податок на нерухомість та корпоративний податок становлять майже половину доходів місцевих бюджетів. Кожний орган місцевого самоврядування приймає самостійне рішення щодо ставки податку на прибуток громадян, середній показник по країні – 18 відсотків. Різноманітні платежі та збори становлять приблизно чверть прибутків місцевих бюджетів. Більшість платежів збирається з користувачів послуг на покриття видатків з водо-, енергозабезпечення, вивезення сміття та громадський транспорт.

Сфера соціального забезпечення, охорона здоров'я, а також базова освіта у Фінляндії забезпечуються за рахунок держави, й лише послуги із соціального забезпечення та охорони здоров'я на десять відсотків фінансуються за рахунок споживачів та пацієнтів, а решта – за рахунок держави.

Для гарантування широкого діапазону державних послуг центральний уряд надає місцевій владі належну фінансову допомогу. Система трансфертів з державного бюджету спрямована на фінансове вирівнювання між місцевою владою та забезпечення для громадян рівного доступу до послуг по всій країні.

Значна частина дотацій (14 %) передбачена на управлінські витрати. Якщо влада ініціює якийсь крупний господарський проект, будівництво об'єктів культурного чи спортивного призначення, частину витрат може взяти на себе держава.

Як і у Швеції, у Фінляндії широко застосовують систему фінансового вирівнювання місцевих бюджетів. Найбільші субсидії виплачували найбіднішим муніципалітетам у Лапландії. Державні субсидії на поточні витрати в муніципальному секторі Фінляндії містять:

- загальну державну субсидію, яку виплачують на душу населення;
- державну субсидію на соціальну сферу й охорону здоров'я, яка визначається із розрахунку на душу населення відповідно до вікового поділу його населення;
- державна субсидія на освіту та культуру, яку частково визначають із розрахунку на душу населення, а частково – на кількість учнів і студентів, або ж відповідно до масштабів заходів;
- доповнення до доходів від податків, яке надають як загальну підтримку тим органам місцевого самоврядування, чії власні доходи особливо низькі.

Для розрахунку державних субсидій основою є ймовірний індекс середніх цін або ймовірний індекс середніх доходів, які підтверджуються щорічно.

Державні субсидії органам місцевого самоврядування також залежать від географічного розташування муніципалітету, густоти населення, рівня безробіття, мовного статусу (фінська або шведська мова) та від того, чи розташований орган самоврядування на архіпелазі.

Реформа державних субсидій, запроваджена на початку 1993 р. у Фінляндії, започаткувала нову еру в житті територіальних громад. Якщо за старої системи державні субсидії органам місцевого самоврядування ув'язувалися з місцевими податками, то за нової системи субсидії надають принципово із розрахунку кількості населення та його вікової структури. Незалежно від рівня місцевих видатків і запровадження принципу взаємозалежності під час визначення розміру субсидії надання державних субсидій спонукало місцеві органи самоврядування забезпечувати населення послугами ефективніше й економічніше. У 1996 р. цю реформу було вдосконалено.

Отже, модель місцевого самоврядування у Фінляндії може бути віднесена до *скандинавської*, з огляду на спільні риси еволюційного розвитку (шведський вплив) та особливості функціонування у наш час (регіональна політика). З часу отримання країною незалежності у 1917 р. система місцевого самоврядування не зазнала радикальних змін, а поступово набула сучасних рис. Ця система визнається децентралізованою, базується на численних нормативних актах як внутрішнього, так і міжнародного законодавства, що визначають статус представницьких місцевих органів, їх виконавчих структур, громадських організацій тощо. Зазначимо широке коло питань, віднесених до компетенції органів місцевого самоврядування та активну участь населення у прийнятті рішень. Як і в інших скандинавських державах, зокрема у Швеції, у Фінляндії створена місцева бюджетна система, що базується на наступних принципах: незалежного формування місцевого бюджету, фінансової допомоги, субсидій, фінансового вирівнювання і контролю за видатками.

<sup>1</sup> Центр гуманітарних технологій. Гуманітарные технологии и развитие человека. Экспертно-аналитический портал [сайт] : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://gtmarket.ru/news/state/2011/09/07/3330>

<sup>2</sup> Юссіла О. Від Великого Князівства до сучасної держави: Політична історія Фінляндії від 1809 р. ; пер. з фін. / О. Юссіла, С. Гентіля, Ю. Неваківі. – К.: Унісерв, 2002. – С. 29.

<sup>3</sup> Линкола Т. Система местного самоуправления в Финляндии: современные вызовы / Т. Линкола // Бюджет. – 2010. – № 1. – С. 88–92.

<sup>4</sup> Зайтн Е. В. Автономия Аландских островов: федеральный элемент в конституции унитарного государства / Е. В. Зайтн // Северная Европа. Проблемы истории. – М., 1999. – С. 296–306.

<sup>5</sup> Могунова М. А. Государственное право Финляндии / М. А. Могунова. – М.: ОАО «Издательский Дом «Городец», 2005. – С. 291.

#### Резюме

#### **Попко В. В. Правове регулювання організації місцевого самоврядування у Фінляндській Республіці.**

Стаття присвячена вивченню особливостей організації місцевого самоврядування в Фінляндії. Розкриваються динаміка реформування в системі самоврядування та причини, що спонукали її; вивчається позитивний досвід розвитку місцевого самоврядування Фінляндії, спрямований на гарантування належного рівня життя населення країни. Зосереджено увагу на про-

цесах автономізації, регіоналізації та децентралізації влади в цій країні. Також приділено увагу повноваженням органів місцевого самоврядування у фінансовій сфері.

**Ключові слова:** місцеве самоврядування, зібрання представників, муніципалітет, комуна, повноваження, фінансове вирівнювання.

### Резюме

#### *Попо В. В. Правове регулювання організації місцевого самоуправління в Фінляндській Республіці.*

Стаття посвячена изучению особенностей организации местного самоуправления в Финляндии. Раскрываются динамика реформирования в системе самоуправления и причины, которые ее вызвали; изучается положительный опыт развития местного самоуправления Финляндии, направленный на гарантирование достойного уровня жизни населения страны. Сосредоточено внимание на процессах автономизации, регионализации и децентрализации власти в этой стране. Также уделено внимание полномочиям органов местного самоуправления в финансовой сфере.

**Ключевые слова:** местное самоуправление, собрание представителей, муниципалитет, коммуна, полномочия, финансовое выравнивание.

### Summary

#### *Popko V. Legal regulation of the organization of local self-government in Finland.*

The article is dedicated to the research on the peculiarities of the organization of local self-government in Finland. The dynamics of the reforms in the local self-government and their reasons are examined; considered is the successful experience of development of local self-government in Finland aimed at the insurance of a decent way of life of the people. The attention is concentrated on the processes of autonomization, regionalization and decentralization of power in this country. The attention is also brought to the powers of authorities of local self-government in the financial area.

**Key words:** local self-government, representative meeting, municipality, commune, full powers, financial balance.

УДК 346.7:658

### Є. А. НОВІКОВ

*Євген Андрійович Новіков, молодший науковий співробітник НДІ правового забезпечення інноваційного розвитку НАПрН України*

## ОРГАНІЗАЦІЯ ДІЯЛЬНОСТІ МЕРЕЖ ТРАНСФЕРУ ТЕХНОЛОГІЙ В ЄС ТА УКРАЇНІ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Побудова конкурентоспроможної економіки у сучасному світі безпосередньо залежить від створення та впровадження нових технологій у всіх галузях економіки. Україна вже протягом десятиліття намагається створити дієвий механізм передачі технологій за допомогою мережі трансферу технологій, як це відбувається в європейських країнах, однак жодна зі спроб не виправдала очікувань. Для вирішення зазначеної проблеми доцільно провести порівняльно-правовий аналіз організації діяльності мереж трансферу технологій України та країн ЄС.

Проблемам створення й функціонування мереж трансферу технологій присвячені наукові дослідження таких вітчизняних науковців, як В. С. Лисенко, С. О. Єгоров, В. Я. Козаченко, Р. В. Ободець, Я. В. Заїка, але окремого дослідження організаційно-правових форм МТТ, що діють в Україні та країнах ЄС, та правових заasad їх функціонування на цей час не здійснювалось, тому обрана тема статті уявляється актуальною й своєчасною.

На сьогодні найяскравішим прикладом чинної європейської мережі є «Європейська мережа підтримки підприємств» (EEN), яка є одним із проектів, створених на базі Рамкової програми ЄС з підвищення конкурентоспроможності малих та середніх підприємств «COSME», що реалізується Європейською комісією. EEN по праву можна вважати найбільшим у світі бізнес-співтовариством, яке об'єднує організації з різних країн, що займаються підтримкою інтернаціоналізації підприємництва, залучення інвестицій та трансферу технологій у різних країнах світу. Повноправними учасниками мережі є бізнес-асоціації, торговельні палати, відповідні державні установи, бізнес-акселератори, інвестиційні банки, технопарки та наукові інститути. Загалом кількість фахівців, що працюють безпосередньо над реалізацією цілей, поставлених перед EEN, перевищує 4500 осіб.

У рамках цієї мережі функціонує 17 секторальних груп, до складу яких входять від 10 до 60 організацій. Саме на базі вказаних груп відбувається взаємодія між партнерами, здійснюється обмін різноплановою інформацією, готуються спільні заходи та закордонні візити компаній<sup>1</sup>.

Водночас кожна країна Європи має певні особливості організації національної мережі трансферу технологій, які, в свою чергу, можуть виступати в якості учасника або представником мережі EEN (точки досту-

пу) на території своєї країни. Так, у Великобританії значну роль в організації трансферу технологій відіграють консорціуми (клуби) промислових компаній, освітніх установ і наукових лабораторій. Вони забезпечують взаємодію між наукою та промисловістю, розповсюджують інформацію про результати наукових досліджень. Посередниками між продавцями й покупцями нових технологічних розробок є технологічні брокери, які сприяють передачі наукових розробок у промисловий сектор шляхом продажу ліцензій<sup>2</sup>.

У Німеччині роль проміжної ланки між лабораторіями та підприємницьким сектором виконують різні наукові товариства й спільні дослідницькі асоціації промисловості (Фраунгоферовське товариство, Асоціація дослідницьких об'єднань німецької промисловості ім. Отто фон Гюріке (AiF) та інші), діяльність яких фінансується за рахунок субсидій федерального уряду й доходів від виконання контрактних досліджень. При вищих навчальних закладах та дослідницьких установах функціонують різні організаційні структури з передачі результатів наукових досліджень у промисловий сектор. Крім цього, було створено мережу організаційно-посередників у вигляді патентних впроваджувальних агенцій. Зазначені агентства фінансуються за рахунок федерального бюджету, а також бюджетів окремих земель і вищих навчальних закладів. Німецьке законодавство закріплює права на результати інтелектуальної діяльності за їх виконавцем і накладає на нього певні обмеження<sup>2</sup>.

У межах території країн ЄС процес об'єднання зусиль задля прискорення обміну інформацією про нові розробки та кооперації щодо їх впровадження почався у другій половині ХХ сторіччя. До актуалізації аналогічних питань у нашій країні Європа вже мала чвертьвіковий досвід із власними уроками та результатами. Аналізуючи та узагальнюючи шлях створення й розвитку мереж трансферу технологій в ЄС, можна виділити низку етапів, а саме:

– *початковий*, починаючи з 1984 до 1996 року. У цей період відбулося створення перших мереж трансферу технологій (наприклад, EBN – європейська мережа бізнес-інноваційних центрів, EIC – мережа європейських інноваційних центрів);

– *етап становлення*, з 1996 р. по 2008 р. – пов'язаний з появою та динамічним розвитком інформаційних технологій, в тому числі отриманням масового вільного доступу європейської спільноти до мережі Інтернет, що в свою чергу призвело до трансформації і переходу до нових способів трансферу технологій з усе більшим залученням до цього мереж трансферу технологій (прикладі мереж, притаманних цьому періоду: ASTP – Асоціація європейських наук і фахівців з трансферу технологій, IRC – інноваційні релей центри, Інноваційні регіони Європи – IRE, Європейських інноваційних центрів – EuroInfo Centres, мережа знань регіонів – Regions of Knowledge);

– *глобалізації* з 2008 р. по теперішній час. Головною особливістю цього періоду є об'єднання мереж трансферу технологій у більш вагомій та їх вихід на новий міжнародний рівень, наприклад EEN – Європейська мережа підтримки підприємництва, з'явилась після об'єднання мереж IRC і IRE та мережа ASTP-Protop – Загальноєвропейська асоціація фахівців, що займаються передачею знань між університетами та промисловістю, створена на основі мережі ASTP.

Україна належить до досить молодих держав, які наразі перебувають в активній фазі технологічно-інформаційного розвитку. Отже, історія розвитку мереж трансферу технологій тільки перебуває на етапі становлення. Українська мережа трансферу технологій була започаткована у 2007 році. І, слід зазначити, що з цього періоду майже не відбулося кардинальних змін: протягом десятиліття було декілька спроб створити повноцінну мережу, однак жодна не увінчалась успіхом. Окрім цього, на законодавчому рівні жодного разу не було спроб законодавчого закріплення поняття «мережа трансферу технологій». Починаючи з 2007 р., на території України створювались Українська мережа трансферу технологій (УМТТ), Українська інтегрована система трансферу технологій (УІСТТ), Українсько-Російська міжуніверситетська мережа трансферу технологій (UkroRosNet), Міжнародна мережа трансферу технологій (ММТТ) та Національна мережа трансферу технологій (НМТТ).

Окрім наведених суб'єктів національної інноваційної системи слід особливо зупинитися на Консорціумі EEN-Україна, який безпосередньо співпрацює з мережею EEN. Консорціум був створений у 2011 р. згідно зі ст. 21.5 Програми з конкурентоспроможності та інновацій («The Competitiveness and Innovation Framework Programme»), яка діяла протягом 2007–2013 рр., шляхом створення консорціуму EEN-Україна, до якого увійшли представники бізнесу та державних установ, а також наукові організації. Зазначимо, що і сама EEN була створена в рамках цієї програми. Тому Консорціум можна вважати офіційним представником мережі EEN в Україні. На сьогодні членами Консорціуму є Інститут Фізики НАН України (координатор консорціуму), Міністерство економічного розвитку і торгівлі України, Торгово-промислова палата України, ТОВ «Нова Інтернаціональна Корпорація», Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Міністерство закордонних справ України, ГО «Споживач». Усі учасники EEN об'єднуються у консорціуми за країною/регіональною ознакою. Відбір партнерів EEN здійснюється Європейською комісією на конкурсній основі раз на п'ять років<sup>1</sup>. Це лише перший успішний досвід створення консорціуму в Україні. Відповідно до правил ЄС, на території України може бути створено ще 5–6 додаткових консорціумів у рамках EEN. Реєстрація нового консорціуму можлива в рамках відповідного конкурсу, оголошеного ЄС. Інформацію про це можна отримати у щорічній робочій програмі COSME<sup>3</sup> Виходячи з цього та відсутності інформації на порталі «Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» можемо зробити висновок, що вітчизняний Консорціум функціонує без створення юридичної особи. Основні їх функції включають надання консультативних послуг компаніям країни/регіону, які вони представляють,

щодо доступу на ринок ЄС та інших країн EEN (тарифне й нетарифне регулювання, оптимальні моделі виходу), щодо наявних інструментів фінансової допомоги, питань захисту прав інтелектуальної власності, комерціалізації інновацій, інформування про програми ЄС, в яких компанії та інші організації відповідних країн можуть брати участь (зокрема, Горизонт 2020, КОСМЕ та ін.), надають підтримку в пошуку партнерів для спільної участі в цих програмах, роз'яснюють правила та тендерні процедури, сприяння налагодженню бізнес-контактів шляхом організації бізнес-візитів компаній в інші регіони світу в ЄС та за його межами, робота з електронною базою комерційних та технологічних пропозицій EEN<sup>1</sup>. Отже, як ми бачимо, Консорціум є лише представником-посередником між EEN та українськими організаціями, своєю електронною платформою з технологічними профілями він не має, тому вважати, що він є вітчизняною МТТ, як це роблять вітчизняні науковці, є хибним міркуванням.

Одним із вирішальних аспектів функціонування мереж трансферу, від якого, як показує досвід, залежить успішність та ефективність її результатів, є їх фінансування. Проаналізувавши практику забезпечення мереж трансферу технологій в країнах ЄС, нами визначено наступні основні джерела їх фінансування: 1) виділення коштів Європейською комісією або з державних бюджетів (зазначений спосіб застосовується протягом перших років функціонування мережі); 2) одноразові або щорічні членські внески учасників мереж; 3) інвестиції приватних інвесторів для подальшого розвитку мережі; 4) отримання частки прибутку від комерціалізації технологій, в рамках діяльності мережі (є основоположним способом фінансування мережі ТТ); 5) дохід від послуг посередництва в пошуках партнерів, інвесторів або власників технологій; 6) дохід від надання послуг учасникам та клієнтам мережі, наприклад: здійснення технологічного аудиту – перевірка пропозицій та запитів на технічну спроможність і готовність до трансферу; організація зустрічей між партнерами; проведення конференцій, семінарів, з'їздів; надання консультацій з приводу підписання договорів між сторонами тощо.

Більшість зі створених в Україні мереж трансферу технологій належить до державного сектору із фінансуванням їх з державного бюджету. На відміну від країн ЄС зазначений спосіб фінансового забезпечення діяльності вітчизняних МТТ діє протягом усього періоду їх діяльності, у зв'язку з тим, що перейти на самофінансування, як це відбувається в європейських мережах, не вдається. Що стосується фінансування через членські внески, то зазначений спосіб не отримав застосування в українських мережах. Більше того, він не використовується в жодній мережі на пострадянському просторі. Решту способів фінансування вітчизняних мереж важко відділити один від одного та порівняти в комплексі, враховуючи те, що жодна з них повноцінно не функціонує. При цьому такі джерела надходжень не становлять для МТТ в Україні основної статті доходів. Їх діяльність, незважаючи на мету отримання прибутку, не можна визнати економічно ефективною за відсутності головних джерел самофінансування, які властиві для функціонування МТТ в країнах ЄС.

Основні відмінності в структурі та діяльності МТТ розкриваються та зумовлені організаційно-правовою формою таких організацій, і насамперед як суб'єктів інфраструктури. Проаналізувавши діяльність та структуру мереж трансферу технологій країн ЄС, можемо зазначити, що вони не мають єдиної організаційно-правової форми: підходи до її визначення абсолютно неоднорідні. Мережі трансферу технологій створюються й у формі юридичних осіб та у формі проєктів, технологічних платформ. Зокрема, частина з них створена у формі асоціації. Наприклад, ст. 3 статуту мережі EBN визначає: «Асоціація є міжнародною неприбутковою організацією. Усі кошти, доступні Асоціації, будуть спрямовані на досягнення цілей та об'єктів Асоціації. Її основним завданням є сприяння розвитку центрів бізнесу та інновацій як в межах, так і поза межами Європейського Союзу (ЄС), метою якого є створення нових малих та середніх підприємств (МСП) та / або нових видів діяльності в існуючих МСП, спираючись на нові ідеї з потенціалом зростання»<sup>4</sup>. На офіційному сайті мережі ASTP-Proton зазначається: «ASTP-Proton є некомерційною асоціацією, яка здійснює передачу знань між університетами та промисловістю»<sup>5</sup>.

Деякі з розглянутих нами мереж були створені як проєкти, зокрема польська мережа передачі технологій та інноваційна підтримка малих та середніх підприємств (STIM). Зазначається, що вона діє як проєкт мережі трансферу технологій для покращення доступності та якості послуг трансферу технологій, що пропонуються польським малим та середнім підприємствам<sup>6</sup>.

На відміну від європейських, переважна більшість вітчизняних мереж створені як проєкти у сфері трансферу технологій. Зокрема, на сайті Національної мережі трансферу технологій (НМТТ) зазначається наступне: «Проєкт створення мережі направлений на консолідацію інформаційних ресурсів державних, громадських, приватних інноваційних структур України, підприємств, установ та організацій в єдину мережу трансферу технологій та подальшу інтеграцію НМТТ до європейської мережі EEN»<sup>7</sup>. Відповідно до даних, які зазначаються на сайті Міжнародної мережі трансферу технологій (ММТТ), вона створена в ході реалізації проєкту UNI4INNO. Метою проєкту є підтримка українських університетів-партнерів у побудові й розвитку економіки, заснованої на системі знань, мобілізація їх потенціалу як ключових гравців в інноваційній системі України, в тому числі шляхом створення центрів (структур) з надання послуг для забезпечення стабільного процесу впровадження інновацій<sup>8</sup>. Однак із наведеного формулювання не можна чітко визначити, чи є ММТТ також самостійним проєктом, чи йдеться про проєкт UNI4INNO, у рамках якого вона створена. Відповідь на це питання ми знаходимо у практичному посібнику «Формування інноваційної культури в українських університетах», у якому зазначається наступне: «...почав діяти проєкт мережевої взаємодії з системою інноваційних офісів та центрів трансферу технологій університетів України (Одеський національний університет, Донбаська металургійна академія, Запорізький національний технічний університет та ін.), що

дало змогу створити ефективну систему підтримки та впровадження інноваційних проєктів на національному та міжнародному рівні для дослідних груп, а також перейти до формування цільових кластерів»<sup>9</sup>. Виходячи з цього, можемо зробити висновок, що нині діючі вітчизняні мережі трансферу технологій функціонують як проєкти без створення юридичної особи, з метою чого можуть створюватися структурні підрозділи у відповідних наукових установах.

Отже, на відміну від європейських МТТ, які створені та діють у формі юридичної особи, найбільш близькою організаційною формою їх роботи є договірна шляхом здійснення спільної діяльності щодо конкретного проєкту.

Ефективність діяльності МТТ здебільшого зумовлена такою їх якістю, як доступність до технологічних запитів і пропозицій та послуг, які вона надає. На наш погляд, доступність до інформаційних ресурсів в мережах трансферу технологій ЄС та України знаходиться на одному рівні. Одним із основних принципів їх діяльності є принцип вільного доступу до інформації. Проте слід звернути увагу, що обсяг інформації, який може надати МТТ, залежить від статусу суб'єкта звернення до неї. Так, у разі наявності членства МТТ надає більше можливостей таким суб'єктам, зокрема, не тільки перегляду інформації про технологічні запити та пропозиції, а й безпосередньо право на їх створення та доповнення.

Однак умови та порядок отримання членства в європейських і українських мережах не мають вельми вагомих відмінностей, крім моменту фінансового забезпечення членом своєї участі в МТТ. Передусім необхідно заповнити заявку на отримання статусу члена, після чого вона розглядається координатором мережі та приймається рішення про надання чи ненадання такого статусу. Головною відмінністю від вітчизняних мереж є лише те, що в зарубіжних мережах трансферу технологій необхідною умовою вступу є сплата грошового внеску (одноразовий вступний та членський).

Підбиваючи підсумки порівняльно-правового дослідження організації мереж трансферу технологій в країнах ЄС та в Україні, нами були зроблені такі висновки:

1. Європейські мережі трансферу технологій пройшли певні етапи розвитку, зокрема, початковий, становлення та глобалізації. Протягом цих етапів мережі розвивались і змінювались під впливом низки чинників та факторів, чого не можна сказати про вітчизняні, які знаходяться на початковому етапі становлення та упродовж десятиліття не зазнали істотних перетворень у своїй роботі й структурі.

2. Фінансування мереж трансферу технологій в ЄС відбувається шляхом залучення різних джерел, зокрема, коштів з державних бюджетів, членських внесків та доходів, отриманих в результаті власної діяльності. Однак саме державної підтримки та коштів для самофінансування і не вистачає вітчизняним мережам для повноцінного функціонування та розвитку.

3. Проаналізувавши форми існування іноземних і вітчизняних мереж, можна дійти висновку, що в основі їх роботи лежать різні форми здійснення спільної діяльності її учасників (членів) і партнерів. Така організація діяльності може існувати у двох формах. По-перше, учасники (засновники мережі як на державному рівні, так і на приватному) можуть обрати організаційно-правову форму функціонування мережі без створення юридичної особи шляхом укладення договору підписання меморандуму. Таким прикладом виступають мережі, створені як спільний проєкт (усі вітчизняні та польська мережа STIM). По-друге, діяльність учасників може бути спрямована на співробітництво в межах самостійного суб'єкта права – юридичної особи. На прикладі розглянутих мереж ЄС створюється асоціація, як об'єднання учасників, що може бути як комерційним, так і ні. Отже, можна виділити такі організаційно-правові форми діяльності мережі трансферу технологій: договірні (проєктний підхід); інституційні (суб'єктний підхід).

<sup>1</sup> Henon J. (2015) EEN – новий майданчик співпраці бізнесу України та ЄС / J. Непоп : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.euointegration.com.ua/experts/2015/10/30/7040079/> (дата звернення: 08.11.2017).

<sup>2</sup> Буяк Н. М. Роль трансферу технологій у розвитку національної інноваційної системи / Н. М. Буяк // Вісник Волинського інституту економіки та менеджменту. – 2014. – Вип. 10. – Т. 2. – С. 55–62.

<sup>3</sup> Програми підтримки підприємців : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=8dc8c0b0-4e27-409c-b90e-f076ab2a27d8&title=ProgramiPidtrimkiPidprintsiv>

<sup>4</sup> STATUTES of EUROPEAN BUSINESS & INNOVATION CENTRE NETWORK : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://ebn.eu/downloads/EBN%20Statutes%20-%202005.pdf>

<sup>5</sup> Офіційний сайт ASTP-Proton : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.astp-proton.eu/organisation/>

<sup>6</sup> STIM: networking technology transfer centres in Poland. 2007.

<sup>7</sup> Концепція та методологія / Офіційний сайт Національної мережі трансферу технологій : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nttn.org.ua/?idm=1&lng=1>

<sup>8</sup> Офіційний сайт Міжнародної мережі трансферу технологій : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://inno.net.ua/>

<sup>9</sup> Формування інноваційної культури в українських університетах: практ. посіб. / за ред. Н. Я. Качмар-Кос. – Л.: Вид-во Львівської політехніки, 2012. – С. 114.

## Резюме

**Новіков Є. А. Організація діяльності мереж трансферу технологій в ЄС та Україні: порівняльно-правовий аспект.**

Стаття присвячена правовому аналізу діяльності європейських та вітчизняних мереж трансферу технологій. Проводиться зіставлення між існуючими мережами за такими критеріями, як етапи розвитку, форми фінансування та організаційно-правова форма.

**Ключові слова:** трансфер технологій, мережа трансферу технологій, національна інноваційна система.

Резюме

**Новиков Е. А. Организация деятельности сетей трансфера технологий в ЕС и Украине: сравнительно-правовой аспект.**

Статья посвящена правовому анализу деятельности европейских и отечественных сетей трансфера технологий. Проводится сопоставление между существующим сетям по таким критериям, как этапы развития, формы финансирования и организационно-правовая форма.

**Ключевые слова:** трансфер технологий, сеть трансфера технологий, национальная инновационная система.

Summary

**Novikov Y. Organization of activities of the technology transfer networks in the EU and Ukraine: the comparative legal aspect.**

This article is devoted to the legal analysis of the activities of European and domestic technology transfer networks. A comparison between existing networks is carried out according to such criteria as the stages of development, financing forms and organizational and legal form.

**Key words:** technology transfer, technology transfer network, national innovation system.

УДК 341.1

**К. Г. ТУЛБА**

*Катерина Григорівна Тулба, здобувач Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

## ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СТАНОВЛЕННЯ СВОБОДИ ПЕРЕСУВАННЯ НА ПРИКЛАДІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Право на свободу пересування – одне з основних природних прав людини, яке має здійснюватися нею незалежно від приналежності до того чи іншого політико-територіального утворення. З виникненням сучасної форми держави формалізація суспільних відносин та їх правове регулювання призвели до неможливості абсолютної реалізації цієї свободи і обмеження її територіальними межами держави. Людина, яка має право на вільне пересування, реалізує його повною мірою тільки в межах країни свого громадянства, за межами територіальної юрисдикції якої їй доводиться зіштовхнутися з низкою обмежень або умов реалізації такої свободи. Таке обмеження можна вважати виправданим з точки зору захисту державою свого громадянина, і в теорії права розглядається як належне. Але розвиток практики в умовах сучасних глобалізаційних процесів зумовлює усунення перешкод на шляху безумовної реалізації прав першого покоління. Високорозвинене європейське суспільство швидкими темпами рухається до рівня беззаперечного забезпечення прав, свобод та інтересів людини і громадянина, що підтверджують існуючі на сьогодні європейські інтеграційні системи, які функціонують в рамках Європейського Союзу. Це митний, валютний союзи, простір свободи, безпеки та правосуддя, єдиний внутрішній ринок, Шенгенський простір та ін. Вагому роль у створенні, забезпеченні функціонування та взаємодії даних інтеграційних досягнень відіграє принцип свободи пересування осіб. Теоретичне осмислення та аналіз нормативно-правового регулювання становлення свободи пересування на прикладі Європейського Союзу дасть змогу не лише розробити рекомендації для подальшого удосконалення існуючих норм, а й розглянути можливість використання європейського досвіду забезпечення свободи пересування з метою створення та становлення нових міжнародних об'єднань, покликаних забезпечити можливість реалізації права на вільне пересування та вибір місця проживання. Вищевикладені аргументи зумовлюють актуальність дослідження правового регулювання становлення свободи пересування в рамках Європейського Союзу.

У даній сфері наукових досліджень відомі праці таких вчених, як К. А. Бекашев, М. М. Бірюков, Т. А. Дураєв, П. А. Калиниченко, А. Я. Капустін С. Ю. Кашкін, В. І. Муравйов, Г. С. Стародубцев, Е. С. Смирнова, О. В. Стрельцова, А. О. Четвериков, Д. Хендол, Л. М. Ентін, Ю. М. Юмашев та ін.

Серед комплексних досліджень, у яких розглянуто правове регулювання свободи пересування фізичних осіб у Європейському Союзі, слід назвати дисертаційне дослідження О. М. Поліванової.

Проте питання, пов'язані з правовим регулюванням становлення свободи пересування фізичних осіб в Європейському Союзі та правових режимів її здійснення, потребують постійної актуалізації, у зв'язку з чим виникла необхідність оновлення й деталізації наукового матеріалу з вказаної проблематики. Крім того, у статті розглянуто нормативні акти Європейського Союзу у їх взаємозв'язку з шенгенським правом.

Створення внутрішнього ринку, простору свободи, безпеки і правосуддя та інших інтеграційних досягнень беруть витoki з основоположних цілей створення Європейського Союзу як форми реалізації ідеї «об'єднаної Європи», а саме: «усунення бар'єрів, які розділяють Європу» (преамбула Римського договору

1957 р. про заснування Європейського економічного співтовариства (далі – ДФЕС) і «припинення розділеності європейського континенту» (преамбула Договору про Європейський Союз 1992 р. (далі – ДЕС)<sup>1</sup>).

Правові основи існування свободи пересування осіб в ЄС були закладені установчими договорами ЄС, зокрема ст. ст. 21, 26 Договору про функціонування Європейського Союзу і ст. 3 Договору про Європейський Союз.

Так, ст. 21 ДФЕС закріплює суб'єктивне право на вільне пересування кожного громадянина ЄС, а саме: кожен громадянин Союзу має право вільно пересуватися і проживати на території держав-членів при дотриманні обмежень і умов, передбачених Договорами та положеннями, прийнятими на підставі останніх<sup>2</sup>.

Стаття 26 ДФЕС закріплює загальне положення про внутрішній ринок як простір без внутрішніх кордонів, в якому забезпечується вільне пересування товарів, осіб, послуг і капіталів.

У свою чергу, ст. 3 ДЕС засновує простір свободи, безпеки та правосуддя без внутрішніх кордонів, в рамках якого забезпечується вільне пересування осіб, а також зобов'язує держав вжити заходів щодо контролю зовнішніх кордонів, надання притулку, імміграції, запобігання злочинності та боротьби з цим явищем<sup>3</sup>.

Слід зазначити, що свобода пересування в розумінні європейської правової системи включає в себе цілий комплекс прав, які одночасно є як гарантією інших природних прав, так і ознакою правової держави.

Поняття «свобода пересування» стало основою і початком закріплення природних прав у законах і правових нормах, що є основою всіх інтеграційних процесів на території Європейського Союзу в рамках внутрішнього ринку.

При цьому термін «пересування» в контексті чотирьох свобод внутрішнього ринку набув широкого значення, відмінного від того, яке традиційно надається йому в конституційно-правових та міжнародно-правових документах про права особистості (свобода пересування як основне право людини і громадянина). У праві ЄС термін «пересування» охоплює не тільки фізичний перетин кордонів суб'єктами і об'єктами правовідносин (людьми, товарами, грошовими коштами), а й права, пов'язані з проживанням та здійсненням різних видів економічної діяльності на території інших держав.

Тобто, на відміну від національного законодавства України, де Закон України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» чітко розмежує та визначає поняття права на вільне пересування та права на вільний вибір місця проживання<sup>4</sup>, європейські нормативно-правові акти об'єднують у понятті «свобода пересування» комплекс прав.

Слід звернути увагу на достатню обмеженість закріпленої установчими договорами ЄС свободи пересування, оскільки не зважаючи на скасування ними вимоги про наявність візи у громадян держав-членів, зберігався паспортний і митний контроль при перетині кордонів між країнами, а також свобода пересування осіб стосувалася не всіх громадян ЄС, а тільки трудящих і членів їх сімей<sup>5</sup>.

Згодом у даній сфері було прийнято ряд директив і рекомендацій щодо забезпечення прав працівників-мігрантів і членів їх сімей. Наприклад:

– Директива № 64/221/ЄЕС від 25 лютого 1964 р. «Про координацію спеціальних заходів по відношенню до іноземців в області переміщення і проживання, виправданих з міркувань громадського порядку, громадської безпеки та громадського здоров'я» (на сьогодні скасовано Директивою 2004/38/ЄС);

– Директива № 68/360/ЄЕС від 15 жовтня 1968 р. «Про скасування обмежень на пересування та проживання в межах Співтовариства працівників держав членів і їх сімей» (втратила чинність на підставі Директиви 2004/38/ЄС);

– Регламент Ради ЄЕС № 1612/68 від 15 жовтня 1968 р. «Про вільне пересування працівників у межах Співтовариства» (втратив чинність на підставі Регламенту Європейського Парламенту та Ради № 492/2011 від 5 квітня 2011 р.);

– Регламент Комісії ЄЕС № 1251/70 від 29 червня 1970 р. «Про право працівників залишатися на території держав-членів після здійснення там трудової діяльності»;

– Директива Ради № 73/148/ЄЕС від 21 травня 1973 р. «Про скасування обмежень на пересування в межах Співтовариства для громадян держав-членів стосовно поселення і надання послуг» (скасована Директивою 2004/38/ЄС);

– Директива № 77/486/ЄЕС від 26 липня 1977 р. «Про освіту дітей працівників-мігрантів»;

– Програма дій щодо працівників-мігрантів і членів їх сімей 1976 р.<sup>6</sup> та ін.

Відповідно до цих нормативно-правових актів громадяни держав-членів отримали право вільно обирати місце роботи на території всього Європейського Співтовариства.

Також було закріплено заборону дискримінації при працевлаштуванні, в умовах праці, оплати праці на підставі громадянства.

Важливу роль у становленні свободи пересування осіб зіграло прийняття в 1986 р. Єдиного європейського акта, основною метою якого було забезпечення створення загального економічного простору до 1992 року. Завдяки прийняттю Єдиного європейського акта свободою пересування змогли користуватися економічно неактивні громадяни, тобто ті, хто не мав на меті заробіток, але не зважаючи на це, право на вільне пересування не поширювалося на громадян третіх країн, які проживають на території Європейського Союзу<sup>7</sup>.

Підписання окремими європейськими державами в 1985 р. Шенгенської угоди про поступове скасування перевірок на спільних кордонах і Конвенції про його застосування 1990 р. ознаменувало новий етап правового регулювання становлення свободи пересування осіб європейського континенту. Щоправда, слід зазначити, що відбувалися ці процеси в рамках загальної міжнародної договірної практики, а не відповідно до

спільного права держав-членів ЄС. Даними міжнародними нормативно-правовими актами було скасовано паспортно-візовий контроль на внутрішніх кордонах країн-учасниць, введено взаємне визнання віз кожного з цих держав на території партнерів, закладено основи гармонізації законодавства держав-членів в області імміграційної і візової політики, визначена організація взаємодії поліцейських сил, а також налагодження роботи Шенгенської інформаційної системи (SIS II).

У 1992 р. забезпечення свободи пересування громадян (як частина політики юстиції та внутрішніх справ) було офіційно проголошено сферою спільних інтересів держав-членів Європейських співтовариств. У Маастрихський договір було включено більшість питань, що стосуються юстиції та внутрішніх справ, які вже перебували в рамках компетенції шенгенської групи. Маастрихським договором було встановлено громадянство Європейського Союзу, що доповнює національне громадянство. Стаття 8 Маастрихського договору закріпила право кожного громадянина перемішатися і проживати на території держав-членів, а також повноваження національних і європейських органів влади щодо контролю імміграції з третіх країн, запобігання злочинності та контрабанди<sup>8</sup>.

Проте шенгенське законодавство продовжувало і далі розвиватися паралельно з правом ЄС як за рахунок актів Виконавчого комітету шенгенської групи в складі міністрів або державних секретарів, так і за рахунок угод, прийнятих державами-учасниками. Досить часто предметні сфери регулювання шенгенського права та *acquis communautaire* перетиналися.

Багаторічні зусилля шенгенської групи забезпечили в результаті прийняття такого великого масиву нормативно-правових актів, що вони склали вже цілісну систему<sup>9</sup>.

Фактично Європейський Союз і об'єднання держав-членів Шенгенського союзу були двома самостійними міжнародними організаціями, маючи необхідну систему органів, права і обов'язки, а також свої власні механізми здійснення спільної політики. З огляду на накопичений учасниками Шенгенського простору досвід, добре розроблену ними нормативну базу в галузі спільної діяльності і спільні цілі ЄС, виявилось доцільним включити все це в єдину систему Євросоюзу. Тому коли 1 травня 1999 р. вступив в силу Амстердамський договір, спеціальним протоколом до нього шенгенські правила були інкорпоровані в право Європейського Союзу. Одночасно скасовувався Виконавчий комітет шенгенської групи, а його функції передавалися Раді ЄС<sup>10</sup>.

Таким чином сучасна структура шенгенського права регулює правовідносини в сфері свободи пересування громадян не тільки в рамках Шенгенського простору, а й ЄС в цілому. Нові члени ЄС не підписують Шенгенські угоди як такі: вони зобов'язуються виконувати Шенгенські правила як частину законодавства ЄС<sup>11</sup>. У свою чергу, зміни до Шенгенського законодавства вносяться не відповідно до умов, які були визначені у вихідних угодах, а в рамках законодавчої процедури ЄС.

Інтеграція Шенгенських угод у право Європейського союзу Амстердамським договором ознаменувала прийняття на початку 2000-х рр. численних інституційних нормативно-правових актів, спрямованих на гармонізацію і уніфікацію правових систем держав-членів в області забезпечення свободи пересування громадян третіх країн на території ЄС. До них можна віднести:

- Регламент Ради (ЄС) № 1683/95 від 29 травня 1995 р. «Про встановлення однакового формату візи»;
- Регламент Ради (ЄС) № 539/2001 від 15 березня 2001 р. «Про встановлення переліку третіх країн, громадяни яких підлягають обов'язку мати візу для перетину зовнішніх кордонів держав-членів, і переліку країн, громадяни яких звільняються від цієї вимоги»;
- Регламент Ради (ЄС) № 1030/2002 від 13 червня 2002 р. «Про встановлення однакового формату посвідки на проживання для громадян третіх країн»;
- Директиву № 2003/109/ЄС від 25 листопада 2003 р. «Про статус громадян третіх країн, які проживають на довгостроковій основі»;
- Директиву № 2004/114/ЄС від 13 грудня 2003 р. «Про умови допуску громадян третіх країн з метою освіти, обміну учнями, неоплачуваної професійної підготовки або волонтерської діяльності»;
- Директиву № 2005/71/ЄС від 12 жовтня 2005 р. «Про спеціальну процедуру допуску громадян третіх країн з метою наукових досліджень»;
- Директиву № 2009/50/ЄС від 25 травня 2009 р. «Про встановлення умов в'їзду і перебування громадян третіх країн з метою висококваліфікованої праці».

Також було прийнято низку регламентів і директив, пов'язаних безпосередньо з впровадженням норм шенгенського права в право Європейського союзу. Зокрема:

- Директива № 2001/51/ЄС від 28 червня 2001 р. «Про доповнення положень ст. 26 Конвенції про застосування Шенгенської угоди від 14.06.1985 р.»;
- Регламент Європарламенту та Ради № 1931/26 від 20 грудня 2008 р. «Про встановлення правил щодо малого прикордонного руху на зовнішніх сухопутних кордонах держав-членів і про зміну положень Шенгенської конвенції»;
- Регламент Ради ЄС (ЄК) № 1104/2008 від 24 жовтня 2008 р. «Про перехід від Шенгенської інформаційної системи (ШІС I+) до Шенгенської інформаційної системи другого покоління (ШІС II)»;
- Регламент Європарламенту та Ради № 767/2008 від 9 липня 2008 р. «Про Візову інформаційну систему і обмін даними між державами-членами про візи для короткострокового перебування» та ін.

Розвиток законодавства Європейського Союзу в галузі забезпечення свободи пересування фізичних осіб і поява великої кількості нормативних актів у цій сфері визначили процес кодифікації, що відбулась в 2004 р. за



допомогою прийняття Директиви 2004/38/ЄС від 29 квітня 2004 р. «Про право громадян Союзу і членів їх сімей вільно пересуватися і проживати на території держав-членів, що змінює Регламент Європарламенту і Ради № 1612/68 і скасовує Директиви 64/221/ЄЕС, 68/360/ЄЕС, 90/364/ЄЕС, 72/194/ЄЕС, 73/148/ЄЕС, 75/34/ЄЕС, 75/35/ЄЕС, 90/365/ЄЕС, 93/96/ЄЕС».

Крім того, слід звернути увагу на важливість прийняття таких кодифікованих актів в області забезпечення свободи переміщення, проведення візової та міграційної політики Європейського союзу як Шенгенський кодекс про кордони, встановлений Регламентом Європарламенту і Ради № 562/2006 від 15 березня 2006 р. та Візовий кодекс, встановлений Регламентом Європарламенту і Ради № 810/2009 від 13 липня 2009 р., які зібрали в собі всю сукупність прийнятих раніше норм шенгенського права.

Шенгенський кодекс встановлює правила перетину внутрішніх і зовнішніх кордонів країн ЄС європейськими громадянами і громадянами третіх країн, не зачіпаючи при цьому питання видачі віз, які входять до компетенції регулювання Візового кодексу.

Норми Кодексу про кордони закріплюють наступні інтеграційні досягнення в сфері забезпечення вільного пересування осіб:

- 1) скасування прикордонного контролю на загальних внутрішніх кордонах;
- 2) єдині правила перетину зовнішніх кордонів держав-членів;
- 3) поділ проходження прикордонного контролю в аеропортах і в морських портах для осіб, які пересуваються в межах Шенгенського простору, і для осіб, які прибувають ззовні;
- 4) уніфікація правил, що регламентують умови короткострокового перебування.

Шенгенським правом передбачені конкретні заходи, що компенсують скасування контролю на внутрішніх кордонах і зміцнюють безпеку зовнішніх кордонів Союзу. Основним заходом є вимога, щоб держави-члени, які мають зовнішні кордони, забезпечили належний і дієвий контроль на зовнішніх кордонах ЄС. Оскільки перевірка осіб, які перетинають внутрішні кордони, не здійснюється, дуже важливим є суворий контроль на зовнішніх кордонах ЄС з метою захисту від нелегальної імміграції, торгівлі людьми, контрабанди наркотиків та інших незаконних дій. Зміцнення зовнішніх кордонів Шенгенського простору передбачає як матеріальні (впровадження нових технологій, обладнання спостереження), так і правові заходи (система покарань за незаконний перетин кордону, більш суворий режим видачі віз і в'їзду до Шенгенського простору).

Шенгенські держави також застосовують єдину практику видачі віз з урахуванням обоюсторонніх інтересів, єдині вимоги до необхідних для отримання візи документів, стягують збір в єдиному розмірі за розгляд клопотання про видачу візи і т.д. Відповідно віза, видана в одній шенгенській державі, дійсна і в інших державах-членах, що особливо вигідно для громадян третіх країн.

Європейське законодавство передбачає випадки надання особам, що не відповідають умовам видачі шенгенської візи, національної візи, що діє в межах однієї держави. Такі випадки можуть бути пов'язані з гуманітарними цілями, національними інтересами або міжнародними зобов'язаннями.

Вторинне законодавство ЄС про єдину візову політику встановлює такі загальні положення, обов'язкові для всіх держав-членів:

- єдина форма візи-вклейки;
- перелік держав, громадяни яких пересуваються без візи;
- перелік держав, громадянам яких необхідно отримати візу<sup>12</sup>.

Зокрема, Регламентом (ЄС) від 17 травня 2017 р. № 2017/850 «Про внесення змін до Регламенту (ЄС) № 539/2001 «Про встановлення переліку третіх країн, громадяни яких повинні мати візи при перетині зовнішніх кордонів держав-членів і країн, громадяни яких звільнені від цієї вимоги» Україна віднесена до переліку країн, громадяни яких звільнені від необхідності мати візу для перетину зовнішніх кордонів Європейського Союзу за умови наявності біометричного паспорта, виданого Україною відповідно до вимог, визначених законодавством ЄС<sup>13</sup>.

Таким чином, свобода пересування осіб є пріоритетною в системі основних прав громадян Європейського Союзу та третіх країн.

Розвиток правової основи, що забезпечує свободу пересування фізичних осіб в ЄС, пов'язаний насамперед з інтеграційними процесами та змінами політики Союзу в даній області. З кожним роком розширюється коло суб'єктів, дії яких регулюються зазначеними вище нормами про свободу пересування.

Забезпечення свободи пересування осіб в ЄС прийнято вважати найвагомим досягненням європейської інтеграції, позитивні результати якого відображаються як на рівні повсякденного життя європейських громадян, так і на економічному рівні держав-членів і ЄС в цілому. Тому важливо використати вказаний досвід Європейського Союзу для подальшого розвитку міжнародно-правового регулювання забезпечення свободи пересування та вільного вибору місця проживання.

<sup>1</sup> Консолідовані версії Договору про Європейський Союз та Договору про функціонування Європейського Союзу : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994\\_b06](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_b06)

<sup>2</sup> Там само.

<sup>3</sup> Там само.

<sup>4</sup> Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1382-15>

<sup>5</sup> Society for the protection of unborn children Ltd. v. Stephen Grogan and others: Case C-159/90, 1991 // European Court Reports. 1991. P. I-4685 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61990CJ0159>

<sup>6</sup> Action programme in favour of migrant workers and their families 14 December 1974 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.ei.pitt.edu/1278/1/action\\_migrant\\_workers\\_COM\\_74\\_2250.pdf](http://www.ei.pitt.edu/1278/1/action_migrant_workers_COM_74_2250.pdf)

<sup>7</sup> Bourdoulis C. The European Union and the Immigration Problem: Small Steps and Possible Solutions // Immigration into Western Societies: Problems and Policies / Ed. By E. Ucarer and D. Puchala. L., W.: Printer, 1997. – P. 266.

<sup>8</sup> Population and Migration in the European Union / Ed. by P. Rees, J. Stillwell, A. Convey, M. Kupiszewski. – Chichester: John Wiley and Sons, 1996. – P. 313.

<sup>9</sup> Войников В. Шенген Аcquis и расширение Европейского Союза / В. Войников, О. Потемкина : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [ieras1.socionet.ru/files/Potemkina](http://ieras1.socionet.ru/files/Potemkina)

<sup>10</sup> Там само.

<sup>11</sup> Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts- Protocol integrating the Schengen acquis into the framework of the European Union, Official Journal C 340, 10/11/1997. – P. 0093 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=CELEX:11997D/PRO/02>

<sup>12</sup> Council Regulation (EC) No 539/2001 of 15 March 2001 listing the third countries whose nationals must be in possession of visas when crossing the external borders and those whose nationals are exempt from that requirement. Official Journal L. 081, 21/03/2001 P. 0001–0007 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32001R0539>

<sup>13</sup> Regulation (EU) 2017/850 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 amending Regulation (EC) No 539/2001 listing the third countries whose nationals must be in possession of visas when crossing the external borders and those whose nationals are exempt from that requirement (Ukraine) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/ELI/?eliuri=eli:reg:2017:850:oj>

#### Резюме

##### **Тулба К. Г. Правове регулювання становлення свободи пересування на прикладі Європейського Союзу.**

У статті проаналізовано основні нормативні акти Європейського Союзу, які забезпечували становлення свободи пересування у межах Європейського Союзу. У процесі дослідження визначено, що розвиток законодавства Європейського Союзу у сфері забезпечення права на вільне пересування осіб здійснювався переважно за рахунок розширення кола суб'єктів, що мають змогу реалізувати зазначене право, а також за рахунок поступового скасування перевірок на спільних кордонах держав-членів. Крім того, у статті висвітлено процес інкорпорації норм шенгенського законодавства у право Європейського Союзу. А також досліджено основні положення кодифікованих актів у сфері візової та міграційної політики Європейського Союзу, а саме Шенгенського та Візового кодексів. За результатами дослідження визначено важливість політичного курсу держав у напрямі забезпечення свободи пересування та необхідність використання досвіду правового регулювання європейських інтеграційних процесів у міжнародному праві.

**Ключові слова:** свобода пересування, європейська інтеграція, нормативні акти Європейського Союзу, шенгенське право, скасування перевірок на спільних кордонах, візова та міграційна політика.

#### Резюме

##### **Тулба Е. Г. Правовое регулирование становления свободы передвижения на примере Европейского Союза.**

В статье проанализированы основные нормативные акты Европейского Союза, которые обеспечивали становление свободы передвижения в рамках Европейского Союза. В процессе исследования определено, что развитие законодательства Европейского Союза в сфере обеспечения права на свободное передвижения лиц осуществлялось преимущественно за счет расширения круга субъектов, которые имеют возможность реализовать указанное право, а также за счет постепенной отмены проверок на общих границах государств-членов. Кроме того, в статье освещен процесс инкорпорации норм шенгенского законодательства в право Европейского Союза. А также исследованы основные положения кодифицированных актов в сфере визовой и миграционной политики Европейского Союза, а именно Шенгенского и Визового кодексов. По результатам исследования определены важность политического курса государств в направлении обеспечения свободы передвижения и необходимость использования опыта правового регулирования европейских интеграционных процессов в международном праве.

**Ключевые слова:** свобода передвижения, европейская интеграция, нормативные акты Европейского Союза, шенгенское право, отмена проверок на общих границах, визовая и миграционная политика.

#### Summary

##### **Tulba K. Legal regulation of the freedom of movement formation on the example of the European Union.**

The article analyzes the main normative acts of the European Union, which ensured the establishment of freedom of movement within the European Union. In the course of the study, it was determined that the development of European Union legislation in the field of ensuring the right to free movement of persons was carried out mainly by expanding the range of subjects that have the opportunity to exercise this right, as well as through the gradual abolition of border control of member states. In addition, the article highlights the process of incorporating the norms of Schengen legislation into the law of the European Union. Also, the main provisions of codified acts in the sphere of the visa and migration policies of the European Union, namely the Schengen and Visa Codes, are examined. According to the results of the study, the importance of the political course of states towards ensuring freedom of movement and the need to use the experience of legal regulation of European integration processes in international law were determined.

**Key words:** freedom of movement, European integration, normative acts of the European Union, Schengen law, abolition of inspections at common borders, visa and migration policies.

## І. Є. ХМЕЛЬОВА

*Ілона Євгенівна Хмельова, аспірант Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

### ІНСТИТУТ ВИЗНАННЯ В КОНТЕКСТІ АГРЕСІЇ РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ НА СХОДІ УКРАЇНИ

Передумовою появи так званих «ДНР» та «ЛНР» є виключно міжнародний збройний конфлікт між Російською Федерацією та Україною. Дані утворення не лише з'явилися внаслідок агресії Російської Федерації, а й є терористичними осередками. Таким чином, їхнє визнання може вважатися міжнародним протиправним діянням, а Україна має утримуватися від будь-яких дій щодо легітимізації даних утворень чи їхніх представників.

Оскільки агресія Росії проти України триває, аналіз реалізації інституту визнання в контексті даного збройного конфлікту дуже актуальний. Крім того, таке дослідження є важливим для ефективного захисту національних інтересів України з використанням міжнародно-правових інструментів.

Інститут визнання в міжнародному праві вивчали в своїх роботах як класики міжнародного права, так і сучасні юристи-міжнародники. Проте існує потреба аналізу реалізації даного інституту в контексті російської агресії.

**Метою** статті є надання об'єктивної оцінки так званим «Л/ДНР» та визначення місця інституту визнання в процесі реалізації міжнародно-правової відповідальності Росії.

На думку автора, наразі вже існують підстави для притягнення до відповідальності Росії, яка де-факто визнала вказані утворення (хоча в подальшому таке визнання заперечувалось). Зокрема, суд у селі Нова Усмань Воронезької області Росії у своїй постанові про арешт української льотчиці Надії Савченко визнав існування так званих «ЛНР», «ДНР». Суд вказав, що розслідує застосування заборонених методів ведення війни на території «Донецької і Луганської народних республік», хоча Росія офіційно не заявляла про відповідне визнання<sup>1</sup>.

Слід сказати про досить обережну офіційну політику Росії, яка прямо утримується від визнання відповідних утворень. Наприклад, 18 лютого 2017 р. був опублікований указ Президента Російської Федерації «Про визнання в Російській Федерації документів та реєстраційних знаків транспортних засобів, виданих громадянам України та особам без громадянства, які постійно проживають на територіях окремих районів Донецької та Луганської областей України»<sup>2</sup>. Метою цього акта декларувався захист прав і свобод людини. Немає жодних сумнівів, що визнання держав не мало місця. Передусім це підтверджують окремі формулювання указу (наприклад, згадки про окремі райони Донецької та Луганської областей як території України)<sup>3</sup>. Крім того, Російська Федерація офіційно заперечила факт визнання. Зокрема, прес-секретар Президента Росії Дмитро Песков зазначив: «Це не документи офіційно визнаної держави... Ні, це фактично виданий документ»<sup>4</sup>.

Сучасна міжнародна практика доводить, що визнання окремих документів, статусів жодним чином не свідчить про визнання у якості держави. Прикладом може бути британський *Foreign Corporations Act 1991*<sup>5</sup> чи досить нове судове рішення у справі *Kibris Turk Hava Yoralli and CTA Hollidays v Secretary of State for Transport*<sup>6</sup>. Важливу позицію в одному зі своїх консультативних висновків формулював і Міжнародний Суд ООН (*the Namibia case*). Дана ситуація має багато відмінностей із українським випадком, проте демонструє загальну тенденцію сучасного міжнародного права, яка відображена і в інституті визнання: необхідність захисту прав людини превалює майже над будь-яким іншим фактором. Саме тому визнання певних документів, які необхідні мешканцям конкретної території, не свідчить про визнання держави чи уряду і, як правило, не розглядається як міжнародне протиправне діяння.

Проте указ Президента Російської Федерації від 18 лютого 2017 р. має зовсім іншу правову природу, адже йдеться не про абстрактне невизнане утворення, а про окуповані території. Втрата Україною контролю над цими територіями спричинена агресією Росії, яка, серед іншого, призвела до широкомасштабних порушень прав людини. Саме тому вказаний указ не може вважатися таким, що спрямований на захист прав людини, а є складовою агресії та порушенням територіальної цілісності і суверенітету України.

Разом із тим формулювання указу «видані відповідними органами (організаціями), що фактично діють на територіях» (щодо відповідних документів) є досить нечітким і дає можливість Україні говорити про ще один доказ того, що Росія встановила в окремих районах Донецької і Луганської областей окупаційну адміністрацію (тобто заявити про те, що згадані відповідні органи – це окупаційні органи Росії). Отже, можна зробити висновок, що Російська Федерація визнала власну окупацію, а не так звані «Л/ДНР». Водночас, на думку автора, відсутність чіткої позиції України про те, що згадані території є окупованими, весь час породжуватиме нові й нові питання щодо суб'єктності так званих «Л/ДНР».

Зокрема, термін «гібридна війна» досить часто використовується для характеристики ситуації в Україні. Наразі не викликає жодних сумнівів той факт, що це поняття є суто політологічним і не має нічого спільного з сучасним міжнародним правом. Слід зазначити, що міждержавний конфлікт може розглядатися як «гібридна війна» лише тоді, коли обидві сторони наполягають на гібридності. Тобто, саме дії України (наприклад, не запровадження воєнного стану, збереження дипломатичних відносин з агресором, економічна співпраця з Росією) підтримують міф про те, що йдеться не про класичну агресію, а про «гібридну війну». На думку автора, існують всі підстави говорити про міжнародний збройний конфлікт, який супроводжується масштабними проявами колабораціонізму. Цікаво, що сучасна російська доктрина міжнародного права свідчить на користь такого розуміння. Зокрема, пропонується таке визначення колабораціонізму:

«Підкреслимо, що поняття «добровольчі рухи» частково збігається з поняттям «колабораціонізм» (від франц. *collaboration* – співпраця, спільні дії), під яким розуміється фактичне співробітництво з окупаційною владою. Формами колабораціонізму були: участь у збройній боротьбі проти армій антигітлерівської коаліції, в каральних операціях проти місцевого населення, партизан, в терористичних акціях окупантів; розпалювання національної ворожнечі між різними народами на окупованих територіях, участь у формуванні маріонеткових урядів і органів місцевого самоврядування, цілеспрямована діяльність проти державного ладу своєї країни»<sup>7</sup>.

Очевидно, що багато проявів колабораціонізму притаманні українсько-російському конфлікту і наділяють його не гібридністю, а класичним міждержавним характером. Разом із тим спроба назвати дану війну «гібридною» перетворює окремих осіб з колабораціоністів на своєрідних представників відповідних територій. Таким чином, створюються підстави для міжнародно-правового визнання, що є неправильним та неприпустимим.

Слід підкреслити, що неправильним є і умовний поділ українсько-російського збройного конфлікту на дві частини – щодо Криму та щодо Донбасу. Це шкодить як дипломатичним переговорам, так і адекватній кваліфікації конфлікту. Крім того, саме намагання розділити конфлікт на дві складові є основою створення міфу про «гібридну війну». Адаже з точки зору міжнародного права не існує окремої агресії в Криму та на Донбасі, є інтервенція Росії, яка давно планувалася і яка була реалізована в два етапи. Коли навесні 2014 р. певні українські громадяни на Сході починали підтримувати Росію, широкомасштабна агресія останньої проти України вже тривала (адже її початок – 20 лютого 2014 р., що підтверджено постановою Верховної Ради України від 21 квітня 2015 № 337-VIII). Ці громадяни свідомо ставали колабораціоністами. «*Substantial involvement*» як прояв агресії, про який говориться в пункті (g) загальноприйнятого визначення, з самого початку характеризував дії Росії. Очевидно, що всі протиправні діяння так званих «Л/ДНР» можуть вважатися «*attributable*» щодо Російської Федерації. Тому, на думку автора, не слід взагалі розглядати так звані «Л/ДНР» як певні окремі суб'єкти – як щодо збройного протистояння, так і щодо дипломатичних переговорів. В Україні не може бути окремого конфлікту (навіть умовного) з так званими «Л/ДНР» вже тому, що фактично так звані «ЛНР» та «ДНР» є лише геополітичними фікціями, які використовуються Російською Федерацією для уникнення відповідальності.

Усі дії Російської Федерації є класичними проявами агресії, що було визнано Верховною Радою України, іноземними державами та міжнародними організаціями. Як було вказано вище, навіть до моменту введення регулярних російських військ на територію Донбасу, дії Росії підпадали під визначення агресії. Зокрема, пункт (g) цього визначення, затвердженого резолюцією 3314 (XXIX) ГА ООН від 14 грудня 1974 р., передбачає: «*The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein.*» (Французький аналог: «*ou le fait de s'engager d'une manière substantielle dans une telle action*»)<sup>8</sup>. Наразі доктрина міжнародного права не має єдиного підходу до визначення «значної участі». Зазначають, що пункт (g) охоплює два різні випадки, при цьому випадок «*substantial involvement*» є більш широким, ніж просте надсилання груп, передбачає ширші можливості для співпраці між державою та такими групами і має визначатись з огляду на конкретні обставини справи. Водночас важливо, що при підготовці самого тексту резолюції держави відмовилися від формулювання «*open and active participation*» на користь «*substantial involvement*»<sup>9</sup>. Зазначається також, що поняття «*substantial involvement*» у визначенні агресії залишає можливості для довільного тлумачення, оскільки на сьогодні не використовувалося в доктринальних поясненнях та ігнорувалося у судових рішеннях. Тобто, ніщо не перешкоджає тлумаченню терміна «*substantial involvement*» як такого, що охоплює масштабну підтримку збройних груп, без безпосередньої участі самої держави<sup>10</sup>. Відповідно, весь період збройного протистояння на Сході України є виключно проявом агресії Російської Федерації. Так звані народні республіки є маріонетковими утвореннями і повністю контролюються Росією<sup>11</sup>. О. Задорожній підкреслював, що «згідно з сучасним міжнародним правом все однозначно... На Сході України відбувається військова окупація з боку Російської Федерації. Держава-окупант має нести відповідальність згідно з нормами Женевської конвенції»<sup>12</sup>.

Слід зазначити, що така позиція жодним чином не може свідчити про унеможливлення мирних переговорів чи мирного процесу. Зокрема, на думку В. Мицика, «невизнання світовою спільнотою незалежності «Донецької та Луганської народних республік», або їх визнання Верховною Радою України та іншими державами і міжнародними організаціями терористичними організаціями не означатиме, що з ними не можна вести переговори»<sup>13</sup>.

На жаль, непослідовна позиція України простежується як у внутрішній політиці, так і на міжнародній арені.

Характеризуючи внутрішню складову, слід згадати, наприклад, позицію Міністерства з питань тимчасово окупованих територій та внутрішньо переміщених осіб України, яке протиставляє події в Криму і на Сході України, неправильно застосовуючи поняття «ефективний контроль» і не визнаючи окупацію східних територій<sup>14</sup>. Іншим прикладом є позиція деяких українських судів. Зокрема, Ожтбрський райсуд Полтави у своєму рішенні посилався на свідчення про смерть, видане «Кіровським відділом запису актів цивільного стану м. Донецька Державної Реєстраційної Палати Міністерства юстиції Донецької Народної Республіки». Крім того, суд використовував формулювання: «м. Донецьк (Донецька Народна Республіка)»<sup>15</sup>. Фактично, могло йтися про ad hoc визнання відповідних утворень судовою владою. На думку автора, подальші роз'яснення лише частково виправили ситуацію. Зокрема, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ у інформаційному листі повідомив наступне: «У цьому контексті слід враховувати те, що така практика є неприпустимою, оскільки факт існування ні т.зв. «Донецької народної республіки», ні т.зв. «Луганської народної республіки» не визнається органами влади України, а в окремих районах, місцях, селищах і селах Донецької та Луганської областей вводиться особливий порядок місцевого самоврядування. Вони визнані тимчасово окупованими територіями»<sup>16</sup>.

На міжнародній арені особливо показовим є позов України до Міжнародного Суду ООН, в якому говориться про збройне повстання (*In eastern Ukraine, the Russian Federation has instigated and sustained an armed insurrection against the authority of the Ukrainian state...*), якого насправді не було на території України, а не про пряму агресію<sup>17</sup>. На думку автора, «Л/ДНР» не лише не можуть отримати визнання, а й повинні розглядатися як окупаційна адміністрація Росії, а не як незнані утворення.

Таким чином, інститут визнання має важливе значення для захисту національних інтересів України. Водночас збройний конфлікт на Сході України продемонстрував непослідовність державної політики України щодо кваліфікації відповідних подій.

<sup>1</sup> Російський суд при арешті лютчиці Савченко «визнав» «ДНР» і «ЛНР»: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://dt.ua/UKRAINE/rosiyskiy-sud-pri-areshti-lotchici-savchenko-viznav-dnr-i-lnr-147169\\_.html](http://dt.ua/UKRAINE/rosiyskiy-sud-pri-areshti-lotchici-savchenko-viznav-dnr-i-lnr-147169_.html)

<sup>2</sup> О признании в Российской Федерации документов и регистрационных знаков транспортных средств, выданных гражданам Украины и лицам без гражданства, постоянно проживающим на территориях отдельных районов Донецкой и Луганской областей Украины: Указ 18 февраля 2017 г.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://kremlin.ru/events/president/news/53895>

<sup>3</sup> Там само.

<sup>4</sup> Росія поаяснила визнання «паспортів ДНР/ЛНР» // iPress.ua: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://ipress.ua/news/u\\_rossii\\_royasnyly\\_vyznannya\\_pasportiv\\_dnrlnr\\_200271.html](http://ipress.ua/news/u_rossii_royasnyly_vyznannya_pasportiv_dnrlnr_200271.html)

<sup>5</sup> Foreign Corporations Act 1991: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://origin-www.legislation.gov.uk/ukpga/1991/44/section/1?view=extent#extent%3Dwales>

<sup>6</sup> Kibris Turk Hava Yoralli and STA Holidays v Secretary of State for Transport. – Neutral Citation Number: [2009] EWHC 1918 (Admin): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://users.ox.ac.uk/~sann2029/Judgment%20-%20Kibris%20Turk%20Hava%20Yollari%20v%20SS%20for%20Transport%20and%20The%20Republic%20of%20Cyprus.pdf>

<sup>7</sup> Батырь Вячеслав. Международное гуманитарное право / Вячеслав Батырь. – Litres, 2015: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://books.google.com.ua/books?id=Rfq7AAAAQBAJ&dq=%D0%B1%D0%B0%D1%82%D1%8B%D1%80%D1%8C+2015&hl=uk&source=gb\\_s\\_navlinks\\_s](https://books.google.com.ua/books?id=Rfq7AAAAQBAJ&dq=%D0%B1%D0%B0%D1%82%D1%8B%D1%80%D1%8C+2015&hl=uk&source=gb_s_navlinks_s)

<sup>8</sup> Определение агрессии: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/aggression.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/aggression.shtml)

<sup>9</sup> Ruys Tom 'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice / Tom Ruys // Cambridge Studies in International and Comparative Law. – Cambridge University Press, 2010. – 616 p. – P. 388–389.

<sup>10</sup> Fastenrath Ulrich From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma / Ulrich Fastenrath. – Oxford University Press, 2011. – 1312 p. – P. 854.

<sup>11</sup> «ДНР» не является независимым актером, она является творением Кремля, – Atlantic Council // Голос Америки: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.facenews.ua/news/2017/358491/>

<sup>12</sup> Міжнародно-правова позиція України: питання дій та кваліфікації // Pravotoday: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravotoday.in.ua/ua/press-centre/publications/pub-1069/>

<sup>13</sup> Мицик В. В. Визнання в міжнародному праві: сучасна теорія та практика / В. В. Мицик // Міжнародний правопорядок: сучасні проблеми та їх вирішення: зб. матеріалів конференції «Міжнародний правопорядок: сучасні проблеми та їх розв'язання». До 125-річчя від Дня народження Володимира Михайловича Корецького / упор. І. М. Проценко; за ред. Ю. С. Шемшученка, В. Н. Денисова. – Л.: СПОЛОМ, 2015. – 316 с. – С. 58.

<sup>14</sup> Окупація та ефективний контроль: національне сприйняття та міжнародно-правові реалії: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://mtot.gov.ua/okupatsiya-ta-efektyvnyj-kontrol-natsionalne-sprinyattya-ta-mizhnarodno-pravovi-realiyi/>

<sup>15</sup> Матола В. Из «ДНР» чи без: як суди вирішують скарги мешканців окупованих територій / В. Матола // Українські Новини: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://ukr.lb.ua/news/2017/05/11/366003\\_iz\\_dnr\\_chi\\_bez\\_yak\\_sudi\\_virishuyut.html](https://ukr.lb.ua/news/2017/05/11/366003_iz_dnr_chi_bez_yak_sudi_virishuyut.html)

<sup>16</sup> ВССУ заборонив судам називати окуповані території Донбасу «ДНР» і «ЛНР» // Ні корупції!: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://nikorupciji.org/2017/04/12/vssu-zaboronyv-sudam-nazyvaty-okupovani-terytoriji-dobbasu-dnr-i-lnr/>

<sup>17</sup> Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/files/166/19314.pdf>

### Резюме

#### **Хмельова І. Є. Інститут визнання в контексті агресії Російської Федерації на сході України.**

Інститут визнання має важливе значення для захисту національних інтересів України. Стаття присвячена аналізу визнання в міжнародному праві в умовах агресії Російської Федерації проти України. У статті доводиться, що так звані «народні республіки» є маріонетковими утвореннями та окупаційними адміністраціями Російської Федерації. Визнання таких утворень є міжнародним протиправним діянням. Крім того, в статті проаналізовано політику України щодо кваліфікації статусу цих утворень. У статті також доводиться, що термін «гібридна війна» не повинен використовуватися для надання правової характеристики зазначених дій.

**Ключові слова:** міжнародне право, визнання в міжнародному праві, інститут визнання, міжнародні відносини, агресія.

### Резюме

#### **Хмелева И. Е. Институт признания в контексте агрессии Российской Федерации на востоке Украины.**

Институт признания имеет важное значение для защиты национальных интересов Украины. Статья посвящена анализу признания в международном праве в условиях агрессии Российской Федерации против Украины. В статье доказывается, что так называемые «народные республики» являются марионеточными образованиями и оккупационными администрациями Российской Федерации. Признание таких образований является международным противоправным деянием. Кроме того, в статье проанализирована политика Украины относительно квалификации статуса этих образований. В статье также доказывается, что термин «гибридная война» не должен использоваться для предоставления правовой характеристики указанных действий.

**Ключевые слова:** международное право, признание в международном праве, институт признания, международные отношения, агрессия.

### Summary

#### **Khmeleva I. Institute of recognition in the context of aggression of the Russian Federation in the east of Ukraine.**

The institute of recognition is important for the protection of Ukraine's national interests. The essay is devoted to the analysis of recognition in international law in conditions of aggression of the Russian Federation against Ukraine. The essay proves that the so-called "people's republics" are puppet formations and occupational administrations of the Russian Federation. Recognition of such entities is an international wrongful act. In addition, the essay analyzes Ukraine's policy of qualifying the status of these entities. The essay argues that the term "hybrid war" should not be used to provide the legal characterization of these actions.

**Key words:** international law, recognition in international law, institute of recognition, international relations, aggression.

**P. BUZÁS, B. RÉVÉSZ**

*Péter Buzás, Balázs Révész\**

**DRONES AND THE PROTECTION OF PRIVACY WITHIN THE JURISPRUDENCE  
OF THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES**

*In the far distance a helicopter skimmed down  
between the roofs, hovered for an instant like a bluebottle,  
and darted away again with a curving flight. It was the police  
patrol, snooping into people's windows.  
/George Orwell: 1984/*

**Introduction**

The use of unmanned aerial systems (UAS),<sup>1</sup> similarly to other modern surveillance technologies, may significantly affect the private life of the citizens by facilitating the collection of vast amount of information for law enforcement authorities. Some people are willing to sacrifice their privacy in order to live in a safer world expecting a positive trade-off between privacy and security.<sup>2</sup> Others have expressed concern regarding the application of the above-mentioned technologies.

Critics highlighted the negative impacts of the use of drones on privacy, taking into account the threats of surveillance in general. Furthermore, as these technologies became more advanced and at the same time publicly more available, concerns have been raised that the principles protecting privacy developed by the Supreme Court of the United States (SCOTUS) may not be efficiently applied regarding the use of UASs. Notwithstanding the lack of a judgment concerning drones, there is a solid case-law the collection of information by law enforcement authorities that shapes the protection of privacy in the U.S. These principles, constitutional tests and precedents may be rendered inapplicable in the future by the use of UASs by the authorities.

This article aims to provide an overview on the case-law of the SCOTUS concerning the right to privacy, and the applicability of the principles developed by the court in relation with the use of UASs by the authorities. Chapter 1 examines the impact of the use of drones on private life and the so-called panoptic effect. Chapter 2 analyzes the two primary arguments developed in the case-law of the SCOTUS on privacy: the property- and the privacy based approaches. Chapter 3 and 4 scrutinizes the aerial surveillance, and the decisions regarding the use of modern technology cases in accordance with the two main characteristics of drones. The article concludes that the approaches currently used by the SCOTUS do not protect the privacy of citizens. Therefore, as a solution, it draws the attention to the measures that may provide protection against unlawful use of drones by authorities: the need for a new approach applied by the courts, and to the importance of legislative actions in this rapidly developing field.

**1. The Impact of the Use of Drones on Private Life**

Today hundreds of “civilian” application of UASs are known.<sup>3</sup> One of the most rapidly developing field is the use of drones for law enforcement purposes. These systems may be equipped with technologies capable of collecting, recording, transmitting or processing information.<sup>4</sup> Furthermore, the technology facilitates the surveillance of one or more people, for instance the possible suspects of a crime.<sup>5</sup> These characteristics may serve the purposes of

---

© P. Buzás, B. Révész, 2017

\* **Péter Buzás** JD is currently the head of Unit of Freedom of Information at the National Authority for Data Protection and Freedom of Information. His professional expertise covers various aspects of the information rights. He has been a lecturer at ELTE Institute of Postgraduate Legal Studies since 2014. He teaches several courses on data protection, data security, and freedom of information. He is currently enrolled with his Ph.D. studies. His field of interest is the intersection of human rights and bioethics within the jurisprudence of the ECtHR. Mr. Buzás is the author of several academic articles and presentations on bioethics and human rights, data protection, and freedom of information.

**Balázs Révész** JD is currently the head of Department of Audit and Freedom of Information at the National Authority for Data Protection and Freedom of Information. He has been a lecturer at various institution, such as the National University of Public Service and at ELTE Institute of Postgraduate Legal Studies. He teaches several courses on data protection and freedom of information. He is currently enrolled with his Ph.D. studies. His field of interest is the data protection and freedom of information concerning the elections from a comparative perspective. Mr. Révész is the author of several academic articles and presentations on data protection and freedom of information.

prevention or detection of and fight against crime.<sup>6</sup> Therefore, law enforcement authorities more frequently apply UASs throughout their operations.<sup>7</sup> On the other hand, these systems considerably extend the power of the state over the everyday life of citizens. The technological component of UASs implies the possibility for serious interference with the individual's private life.<sup>8</sup> The moving platform only amplifies this impact.

The three main risks concerning privacy are the continuity, invisibility and the mass nature of surveillance. Firstly, the surveillance via these systems may be continuous. Between certain technical boundaries, drones may be operated for longer periods of time without interruption. Secondly, the surveillance by drones may be invisible since there is little or no chance for the individual to detect them.<sup>9</sup> Thirdly, the UASs may carry out mass surveillance. The technological and movement capabilities of these systems provide for the collection, recording and processing of information concerning masses of people.<sup>10</sup>

The three main risks culminate in the so-called "panoptic effect".<sup>11</sup> Due to fear of sanctions or other negative consequences, the individual under surveillance is more likely to obey the rules. However, this effect is independent from the actual surveillance hence even the slightest possibility may affect the person's behavior. Furthermore, the panoptic effect adversely affects human creativity and autonomy. The individual under surveillance is more likely to behave in accordance with actual or presumed expectations. According to Daniel J. Solove: "Surveillance is a different kind of privacy problem than disclosure, imposing a different type of injury to a different set of practices. Surveillance differs from disclosure because it can impinge upon practices without revealing any secrets. Being watched can destroy a person's peace of mind, increase her self-consciousness and uneasiness to a debilitating degree, and can inhibit her daily activities".<sup>12</sup>

## 2. Basic Approaches regarding the Protection of Privacy

Since the use of drones for law enforcement purposes threatens the privacy of individuals, the question arises that how could the constitutional system of the U.S. limit the application of such technologies. What constitutional principles apply to these activities of the authorities? Would these principles provide sufficient protection for citizens?

The Constitution of the U.S. does not contain a provision of the citizens' right to privacy.<sup>13</sup> However, the Fourth Amendment states that "[t]he right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized".<sup>14</sup> Originally, this provision recognized the principle of sanctity of property that protected against unreasonable searches and seizures on behalf of the government.<sup>15</sup> However, the Fourth Amendment has subsequently been used by SCOTUS to protect the private life of the citizens in general, e.g. against any kind of unwanted interference of the authorities.<sup>16</sup> It may then be concluded that currently this provision serves as the strongest constitutional limit regarding the use of drones for law enforcement purposes.<sup>17</sup>

Considering the relevant case-law, there are two different approaches developed by the courts concerning the Fourth Amendment. The first and historically the older one focuses on the protection of the individuals' property.<sup>18</sup> According to this line of judicial reasoning, the basis of constitutional protection is the property and all adjacent areas owned by the citizen. These premises are inviolable without due cause and the necessary judicial warrants. On the other hand, the starting point of the second argument is the reasonable expectation of the individual and the society concerning the boundaries of privacy. This approach thus emphasizes a rather subjective side of the protection outlined in the Fourth Amendment.

### 2.1. Property-based protection

The early jurisprudence of the SCOTUS based the decision a Fourth Amendment search had occurred on the common-law notion of trespass, and therefore on the protection of property.<sup>19</sup> The argument was first applied by the court in the case of *Boyd v. United States* in 1886.<sup>20</sup> In its judgment, the SCOTUS linked the constitutional protection of privacy to the property of the citizen by recognizing that the common law principle of the sanctity of property inspired the wording of the Fourth Amendment.<sup>21</sup> However, the most famous precedent in this respect is *Olmstead v. United States*.<sup>22</sup>

In *Olmstead*, the SCOTUS had to decide whether the wiretapping of telephone cables outside the apartment of the defendant shall be considered as search under the Fourth Amendment. In its judgment of 1928 – with a narrow majority – the court found that the surveillance had not infringed the rights of the defendant. According to the majority, the activities of the authorities had not been aimed at material objects, such as the person, his home or his documents. Human speech – similarly to naked eyesight – is immaterial therefore it may not serve as the basis of constitutional protection.<sup>23</sup> The second line of reasoning focused on the physical trespass argument. The court found in this respect that no unlawful search had occurred, since "the wiretaps were not a physical intrusion into a constitutionally protected area".<sup>24</sup>

It is obvious, that the application of the traditional, property-based approach to the use of drones provides no efficient safeguards to privacy of the individual.<sup>25</sup> The basis of the technology is its maneuverability and movement in airspace, therefore it would not "cross" the borders of private property. In the absence of physical trespass however, no Fourth Amendment search occurs regarding the use of UASs.<sup>26</sup>



## 2.2. Privacy-based protection

Although *Olmstead* did not receive favorable reactions from the public, it was the precedent for almost four decades.<sup>27</sup> In the late 1960s, as developments in the field of surveillance technologies raised more privacy concerns, the courts realized the insufficiency of the property-based protection of privacy. Therefore, a new approach emerged in the jurisprudence that focused on the individual's subjective and society's objective expectations of privacy instead of the physical trespass into one's property. The key judgment in this respect is the *Katz v. United States*.<sup>28</sup>

In *Katz*, the SCOTUS had to decide whether the wiretapping of a public telephone booth shall be considered as search under the Fourth Amendment. The court signaling the shift in its approach stated that constitutionality of the operation of the authorities shall be based on the expectations of the individual concerned: the Fourth Amendment protects the people not places.<sup>29</sup> According to the majority, the protection does not apply to activities that are made purposely public by the individual, even in his or her home or office. On the other hand, private activities carried out even in a publicly accessible area be subjected to constitutional protection.<sup>30</sup> The court thus focused on the intent of the defendant at the moment of entering the telephone booth and closing its doors. Recognizing the role of the telephone in modern society and telecommunications, it found that the defendant used the telephone booth under the presumption that his conversation in it remains private.<sup>31</sup> Consequently the police had violated his rights under the Fourth Amendment when it used wiretapping technologies.<sup>32</sup>

The arguments of the SCOTUS in *Katz* introduced the new, privacy-based approach to the jurisprudence. However, the majority decision did not provide clear-cut guidelines for the courts. The so-called *Katz* test has been derived from Justice Harlan's famous concurring opinion. The test has two basic prongs considering the constitutionality of any privacy intrusion. Firstly, the court shall examine whether the individual concerned has an actual expectation for the respect for his or her privacy.<sup>33</sup> Secondly, whether this expectation was considered reasonable by society.<sup>34</sup> The activities of the authorities will only be lawful in the case they comply with both the individual's subjective and society's objective expectations concerning privacy.<sup>35</sup>

The application of the *Katz* test to the use of UASs by authorities would have a slightly different outcome as the property-based approach. The subjective prong of the test would usually be met concerning areas where the individual has a reasonable expectation of privacy, for instance, the home, the curtilage, or any similar area.<sup>36</sup> However, the protection only applies when the individual took the necessary measures, such as the building of a fence, to protect the area against unwanted intrusion or trespass. Areas like open fields does not fall under the Fourth Amendment.<sup>37</sup> Even if the use of drones falls under the subjective prong of the *Katz* test, fulfilling the requirement of the objective prong would be more difficult. In case the constitutionally protected area become visible for external viewers, the subsequent collection of evidences is usually considered lawful by the courts. Due to their physical and technological capacities, UASs may gather information through ways that used to be considered impossible. For instance, through a little hole in a wall, or via thermal sensors. These capabilities may render the constitutional protection insufficient.<sup>38</sup>

## 3. Aerial Surveillance Trilogy<sup>39</sup>

Taking into account the technological capabilities of UASs, both the traditional property-based approach and the *Katz* test provide insufficient protection to privacy. The maneuverability and the application of modern technologies are factors that may render the constitutional principles inapplicable for surveillance carried out by drones. Thereafter, the jurisprudence of the SCOTUS concerning aerial surveillance and information gathering via the use of modern technologies shall also be examined.

Considering the constitutionality of aerial surveillance of the home, there three pivotal precedents in the relevant jurisprudence. In these cases, the court extended the application of the *Katz* test to situations in which the authorities used aircrafts in order to gather information and evidence concerning suspect of possible crimes. The decisive factors regarding the constitutionality of the complained activities were the technology used for surveillance (method) and the vantage point of the person carrying out surveillance (position of the aircraft).

In the case of *California v. Ciraolo*, the SCOTUS had to decide on the lawfulness of surveillance by the naked eye, from an airplane flying at an altitude of 1000 feet above the property of the Ciraolo. In 1986, the court found that the defendant had had a reasonable expectation of privacy concerning all activities carried out in his backyard surrounded by a fence, even in respect of the possession of illegal plants grown therein, therefore the case fell under the subjective prong of *Katz* test. On the other hand, the majority noted that police surveillance had been carried out from the publicly navigable airspace, at the altitude used by civilian aircrafts as well, hence all evidence had been gathered without physical trespass of the property. Furthermore, society had not recognized the defendant's expectation of privacy as reasonably since anyone travelling at the same altitude could have observed the criminal activities taking place in the property of Ciraolo.<sup>40</sup> The surveillance complained therefore had not met the objective requirement of the *Katz* test.<sup>41</sup>

In *Dow Chemical Co. v. United States*<sup>42</sup> the SCOTUS examined whether surveillance of an industrial area from 1200, 3000 and 12000 feet using a standard aerial mapping camera, constitutes search under the Fourth Amendment.<sup>43</sup> It found that the area owned by the company shall be considered as open field to which the constitutional protection had not been extended.<sup>44</sup> Finally, the court briefly dealt with the issue of the technology and noted that the camera used by the authorities had been available for the public. According to the SCOTUS, surveillance via commercial technologies did not violate the right to privacy of the citizens.<sup>45</sup>

In the 1989 case of *Florida v. Riley* the court examined whether surveillance of “the interior of a partially covered greenhouse in a residential backyard from the vantage point of a helicopter located 400 feet above the greenhouse” constitutes search under the Fourth Amendment.<sup>46</sup> While it found that the defendant had had an expectation of privacy concerning the interior of the greenhouse, this expectation had not been recognized by society as objectively reasonable.<sup>47</sup> The SCOTUS took into account that the helicopter used by the court had been flying in accordance with FAA regulations at the time of the case.<sup>48</sup> Since anyone travelling at an altitude of 400 feet could have surveilled the illegal activities of the defendant through partially covered roof of the greenhouse, the activities of the authorities had not violated to the Fourth Amendment.<sup>49</sup>

Since the operation of UASs is very similar to that of the fixed-wing aircrafts – airplanes or helicopters –, principles applied in the so-called Aerial Surveillance Trilogy shall also be taken into account regarding the use of drones for gathering of information by the authorities. Firstly, any surveillance carried out from a lawful vantage point, e.g. an altitude considered legal by the FAA, does not violate the rights of the citizens. Observance from an aircraft flying in the navigable airspace is constitutional, unless it endangers the health or life of the individuals.<sup>50</sup> Secondly, difference shall be made between naked eye surveillance and surveillance via the use of modern technologies. Information collected by naked eye and by commercial technologies is usually deemed lawful. On the other hand, the application of technologies that extends the information gathering capabilities of the person beyond naked eye, or technologies not available for the public may be considered the infringement of the right to privacy.

#### 4. Modern Technologies and the Protection of Privacy

It may be concluded from the jurisprudence concerning aerial surveillance that the technological component rather than the maneuverability may be the decisive factor of the use of UASs for collection of information. Modern technologies not only facilitate surveillance but extend the capabilities of authorities beyond everyday observations. As a consequence, it is necessary to analyze the relevant case-law of the SCOTUS concerning the used of advanced intelligence technologies.<sup>51</sup>

In *United States v. Knotts* the court had to decide on the constitutionality of a tracking device attached to barrels containing chemicals used for drug production, for the purposes of surveilling the movement of the defendant in public areas, such as roads.<sup>52</sup> The SCOTUS found that the outcome of the applied technology had been similar to the naked eye surveillance and following of the defendant by authority personnel.<sup>53</sup> Furthermore, it took into account that the tracking device had not transmitted signals from within constitutionally protected areas.<sup>54</sup> As a consequence, the court stated that the defendant could not have a reasonable expectation of privacy whilst travelling on public roads hence a Fourth amendment search had not occurred.<sup>55</sup> However, it also noted that unlimited and continuous surveillance may infringe upon the right to privacy.<sup>56</sup>

In the similar case of *United States v. Karo*, the SCOTUS found that the use of a tracking device violated the Fourth Amendment rights of the defendant.<sup>57</sup> In its judgment, the court found that the authorities could not observe the movement of the barrels containing chemicals used for drug production via the naked eye. Instead, they had followed the signals transmitted by the device. However, the technology had been operation from within the home of the defendant, a constitutionally protected area.<sup>58</sup> Consequently, the SCOTUS considered the activities of the authorities to be a Fourth Amendment search.<sup>59</sup>

In *Kyllo v. United States* the SCOTUS examined whether the use of a thermal-imaging device to detect heat signatures within a private home was unconstitutional.<sup>60</sup> The court faced for the first time in its jurisprudence the problem of surveillance of a constitutionally protected area with a technology that does not imply physical intrusion into the observed area.<sup>61</sup> To this end, it decided to apply both the property-based approach for the protection of privacy and the Katz test. Utilizing these arguments, the SCOTUS found that the use of any technology that enables the collection of information that would have been unobtainable without physical intrusion into a constitutionally protected area, violated the Fourth Amendment.<sup>62</sup> However, the applicability of this new principle was limited by the court to technologies that are not in “general public use”.<sup>63</sup> According to the majority, since the thermal-imaging device applied in the case of *Kyllo* had not been available for the general public, the authorities had violated the right to privacy of the defendant.

The recent judgment in *United States v. Jones* may be considered the most important since *Katz*.<sup>64</sup> In the case, the SCOTUS examined whether a surveillance by a global positioning device attached to the defendant’s vehicle for 28 days violated the Fourth Amendment.<sup>65</sup> The authorities had obtained a warrant legalizing the surveillance for 10 days, however they only attached the tracking device to the vehicle on the 11<sup>th</sup> day, and subsequently collected more than 2000 pages of information.<sup>66</sup> In its judgment, the court returned to the property-based approach and found that the attachment of the global positioning device to the vehicle constituted physical trespass into the defendant’s property.<sup>67</sup> Since the warrant had already been expired at the time of the application of the device, the right to privacy of the defendant had been violated by the authorities.<sup>68</sup> Notwithstanding the use of a rather originalist argument in the judgment, Justice Scalia writing for the majority emphasized that the Katz test had not been overturned, its application is only complemented by the property-based protection of privacy.<sup>69</sup>

Considering the constitutionality of the technological aspects of the use of drones, two main factors shall be examined. Firstly, whether the UASs applied for surveillance is a technology in general public use. In this respect, devices used for recreational or sport purposes meet this requirement.<sup>70</sup> However, there had been occasions where law enforcement authorities operated a UASs developed primarily for combat situations that is obviously been available for the public.<sup>71</sup> One may conclude that drones in general are available for the public on the market due the

commercialization of recreational devices but does this mean that all kinds of UASs fall under the requirement developed in *Kyllo*? And even if the drone itself is used in general public, the information processing technology equipped on it may not be considered as such. For instance, the most developed optical, infrared, thermal or other sensors capable of collecting information from a constitutionally protected area without physical intrusion may not be obtained from the commercial market, thus surveillance applying these devices would be contrary to the Fourth Amendment. But for how long? Everyday new technologies are introduced into the daily lives of individuals. The time for the commercialization of new inventions has shortened significantly in the past few decades. The pacing of development may render the above mentioned principles ineffective tomorrow and hence the protection of privacy built on them insufficient.

### Conclusion

The SCOTUS has not yet dealt with a case concerning the use of drones by authorities in order to gather evidence or collect other information regarding an individual. As to the current jurisprudence, it may be concluded that there are very few limitations concerning the application of UASs. Approaches applied by the court take into account facts that are already superseded by the drones solely because of their technological characteristics. The current constitutional framework therefore may not provide sufficient protection for the protection of privacy of the individual.

As a solution, some academics have emphasized the need for the development of a new privacy test applied by the SCOTUS in its jurisprudence.<sup>72</sup> The authors argue that the basis of the new approach would be the so-called “mosaic theory” found in two separate opinions in *Jones*. This theory introduces a kind of holistic approach towards surveillance that focuses on the constitutionality of the activities of the authorities in general instead of every single activity. This way the level of protection of privacy may be significantly raised.<sup>73</sup> Another argument focuses on the efficient legal regulation in this field.<sup>74</sup> They emphasize that the enacted laws may provide for a more efficient protection of unwanted intrusions of privacy. Either way, it is obvious that the use of UASs by the authorities demand urgent answers from both the judiciary and the legislators in order to protect the rights of the individuals.

<sup>1</sup> See FAA Modernization and Reform Act of 2012, Pub. L. No. 112-95, § 331(9).

<sup>2</sup> See for instance Daniel J. Solove: *Nothing to Hide – The False Tradeoff between Privacy and Security*. Yale University Press, New Haven, 2011.

<sup>3</sup> Towards a European Strategy for the Development of Civil Applications of Remotely Piloted Aircraft Systems (RPAS) (SWD(2012) 259 final). Available at: <https://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2013438%202012%20INIT>

<sup>4</sup> Jonathan Olivito: *Beyond the Fourth Amendment: Limiting Drone Surveillance through the Constitutional Right to Informational Privacy*, Ohio State Law Journal, 74(2014)/4, p. 677.

<sup>5</sup> Brendan Gogarty: *Unmanned Vehicles, Surveillance Saturation and Prison of the Mind*, Journal of Law, Information and Science, 21(2011–2012)/2, p. 181.

<sup>6</sup> Sean Sullivan: *Domestic Drone Use and the Mosaic Theory* (December 3, 2012). UNM School of Law Research Paper No. 2013-02. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2212398> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2212398>

<sup>7</sup> See Olivito, op. cit., p. 678.

<sup>8</sup> Margot E. Kaminski: *Drone Federalism: Civilian Drones and the Things They Carry*, California Law Review Circuit, 2013/4, p. 72.

<sup>9</sup> Steven Friedland: *The Difference between Invisible and Visible Surveillance in a Mass Surveillance World* (February 7, 2014). Elon University Law Legal Studies Research Paper No. 2014-02. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2392489>

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> Gogarty, op. cit., pp. 185–189.

<sup>12</sup> Daniel J. Solove: *Conceptualizing Privacy*, California Law Review, 90(2002)/4, p. 1130.

<sup>13</sup> Brandon Nagy: *Why They Can Watch You: Assessing the Constitutionality of Warrantless Unmanned Aerial Surveillance by Law Enforcement*, Berkeley Technology Law Journal, 29(2014)/1, p. 143.

<sup>14</sup> Available at: [www.law.cornell.edu/constitution/fourth\\_amendment](http://www.law.cornell.edu/constitution/fourth_amendment).

<sup>15</sup> See *Entick 95 Eng. Rep. 807*(Gr. Brit. 1765)).

<sup>16</sup> Sullivan, op. cit.

<sup>17</sup> Olivito, op. cit., p. 682.

<sup>18</sup> See Nagy, op. cit., p. 143–146.

<sup>19</sup> Nagy, op. cit., p. 143.

<sup>20</sup> *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616, 626–627. (1886).

<sup>21</sup> See *ibid.* pp. 616, 628.

<sup>22</sup> *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438. (1928).

<sup>23</sup> Andrew B. Talai: *Drones and Jones: The Fourth Amendment and Police Discretion in the Digital Age*, California Law Review, 102(2014)/3, p. 753.

<sup>24</sup> Nagy, op. cit., p. 145.

<sup>25</sup> Thomas Bryan: *State v. Bossart: Adapting the Fourth Amendment for a Future with Drones*, Catholic University Law Review, 63(2014)/2, p. 488.

<sup>26</sup> Talai, op. cit., p. 761.

<sup>27</sup> Nagy, op. cit., p. 145.

<sup>28</sup> *Katz v. United States*, 389 U.S. 347. (1967).

<sup>29</sup> Nagy, op. cit., p. 147.

<sup>30</sup> *Katz v. United States*, 389 U.S. 351. (1967).

<sup>31</sup> Nagy, op. cit., p. 148.

<sup>32</sup> Talai, op. cit., p. 754.

<sup>33</sup> Michael L. Smith: Regulating Law Enforcement's Use of Drones: The Need For State Legislation, *Harvard Journal on Legislation*, 52(2015)/2, 436.

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> Nagy, op. cit., p. 148.

<sup>36</sup> Ibid., p. 157.

<sup>37</sup> Bryan, op. cit., p. 472.

<sup>38</sup> Talai, op. cit., p. 76.

<sup>39</sup> Olivito, op. cit., p. 683.

<sup>40</sup> Talai, op. cit., p. 763.

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> *Dow Chemical Co. v. United States*, 476 U.S. 227. (1986).

<sup>43</sup> Nagy, op. cit., p. 150.

<sup>44</sup> Ibid., pp. 150–151.

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> *Florida v. Riley*, 488 U.S. 445. (1989).

<sup>47</sup> Olivito, op. cit., p. 686.

<sup>48</sup> Smith, op. cit., p. 437.

<sup>49</sup> Nagy, op. cit., p. 153.

<sup>50</sup> Bryan, op. cit., p. 488.

<sup>51</sup> Sullivan, op. cit., p. 23.

<sup>52</sup> *United States v. Knotts*, 460 U.S. 276. (1983).

<sup>53</sup> Bryan, op. cit., p. 473.

<sup>54</sup> Ibid., p. 474.

<sup>55</sup> Sullivan, op. cit., pp. 13–14.

<sup>56</sup> Smith, op. cit., p. 441.

<sup>57</sup> *United States v. Karo*, 468 U.S. 705. (1984).

<sup>58</sup> Bryan, op. cit., p. 474.

<sup>59</sup> Ibid., p. 474.

<sup>60</sup> *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27. (2001).

<sup>61</sup> Nagy, op. cit., p. 160.

<sup>62</sup> Ibid., pp. 160–161.

<sup>63</sup> Olivito, op. cit., p. 687.

<sup>64</sup> Bryan, op. cit., p. 478.

<sup>65</sup> *United States v. Jones*, 132 S. Ct. 945, 949. (2012).

<sup>66</sup> Sullivan, op. cit., p. 20.

<sup>67</sup> Nagy, op. cit., p. 163.

<sup>68</sup> The SCOTUS applied the property-based approach again in *Florida v. Jardines*, 569 U.S. (2013).

<sup>69</sup> Nagy, op. cit., p. 163.

<sup>70</sup> Bryan, op. cit., p. 490.

<sup>71</sup> *State v. Brossart*, No. 32-2011-CR-0049 (Dist. Ct. N.D. July 31, 2012).

<sup>72</sup> Talai, op.cit., pp. 778–780.

<sup>73</sup> Bryan, op. cit., p. 490.

<sup>74</sup> Smith, op. cit., pp. 448–453.

V. LULLIER

*Victoria Lullier, Master 2 recherche, Droit Privé (BAC+5) Spécialité Droit des Affaires Européennes et Internationales, UFR d'Orléans France et Master 2 recherche Droit (BAC+5), Spécialité Juriste en Droit Européen, UFR Tours France<sup>1\*</sup>*

**LA NORME ISO 9001 VERSION 2015 : UNE ÉTUDE DES DIFFICULTÉS STRUCTURELLES D'APPLICATION DANS L'ENTREPRISE, EXEMPLE FRANÇAIS**

La liste des abréviations :

AFNOR	L'Association Française de Normalisation
AFOM	L'analyse AFOM (Atouts – Faiblesses – Opportunités – Menaces) est un outil d'analyse stratégique qui combine l'étude des forces et des faiblesses d'une organisation
CEDH	La Cour européenne des droits de l'homme
CEN	Comité européen de normalisation
ISO	Organisation internationale de normalisation
OMC	Organisation Mondiale du Commerce
PDCA	Abréviation de Plan-Do-Check-Act, Norme ISO 9001:2015, § 0.3.2
PMBOK®	Le Project Management Body of Knowledge, est le guide du Project Management Institute définissant les champs de connaissance portant sur la gestion de projet
SMQ	Systèmes de management de qualité (SMQ) : « ensemble d'éléments corrélés ou en interaction d'un organisme, utilisés pour établir des politiques, des objectifs et des processus de façon à atteindre lesdits objectifs relatifs à la qualité », Norme ISO 9000:2015, § 3.5.4

**Introduction**

**Contexte de l'étude.** La norme ISO 9001 est la norme internationale de certification la plus connue dans le monde. Environ un million deux cents<sup>1</sup> d'organisations affichent cette carte de visite dans 163 pays, dont la France et l'Ukraine. Environ 40 % d'entre elles sont de petites ou très petites entreprises<sup>2</sup>. Les organisations publiques comme privées l'utilisent pour optimiser leur fonctionnement et prouver qu'elles sont adaptées pour satisfaire leurs clients. La nouvelle version de la Norme ISO 9001 a vu le jour en septembre 2015 avec trois ans de mise en place et peut être assimilée à une révolution dans le domaine du management de qualité. Cela s'explique par les changements significatifs d'abord « de surface », formels, de dimension quantitative, ainsi que par les changements « en substance », de dimension plus qualitative. Pour les entreprises ukrainiennes qui souhaitent naviguer à l'international, la connaissance de ces modifications nous semble être très utile.

Dans cet article, le lexème « norme » sera employée en majuscule chaque fois lorsqu'il s'agira de la Norme ISO 9001:2015. Cette distinction entre « norme » et « Norme » est faite pour faciliter la compréhension et saisir la différence entre « une norme » et « la Norme ISO 9001:2015 ».

**Actualité du sujet.** Ils ne restent que quelques mois pour renouveler la certification ISO 9001 en Management Qualité. L'organisme certificateur français AFNOR équivalente au DSTU en Ukraine lance une alerte : « La date butoir du 14 septembre 2018 sonnera le glas des certificats ISO 9001 des entreprises n'ayant pas adopté les nouveaux critères en vigueur. La majorité d'entre elles doit encore s'y conformer d'ici là pour conserver ce laissez-passer qui fait la différence lors des appels d'offres et soutient les exportations »<sup>3</sup>. Au-delà, les entreprises perdront leur certification, devront en informer les clients, et perdront donc des contrats et des parts de marchés.

**L'intérêt du sujet en général** consiste en la compréhension des changements de cette Norme et, à partir d'un exemple français, de sa place parmi les textes juridiques, puis de l'influence de cette Norme sur le fonctionnement de l'entreprise notamment sur sa structure qui inclut les relations individuelles du travail (le choix du personnel, la

---

© V. Lullier, 2017

\* Вікторія Люльєр, випускниця магістратури за спеціальністю «Європейське і міжнародне бізнес-право» Державного університету міста Орлеан (Франція) та магістратури за спеціальністю «Європейське право» Державного університету міста Тур (Франція)

conclusion, l'exécution et la rupture du contrat de travail). Ainsi, pour les dirigeants et managers ukrainiens **en particulier**, il peut être intéressant de comprendre le fonctionnement de leurs homologues français, leur philosophie et psychologie dans le but d'être compris par des partenaires en parlant le même langage. Ainsi, cela pourrait contribuer dans une concordance sur la qualité, la sécurité, la fiabilité, l'efficacité et l'interchangeabilité des produits et services entre les entreprises.

**Du conjoncturel au structurel.** Le succès d'une organisation n'est pas un postulat. Son fonctionnement est confronté aux difficultés de toutes sortes, qui peuvent être conjoncturelles ou structurelles. La première catégorie réunit les difficultés qui sont liées à la concurrence, à l'évolution des exigences des clients, aux changements technologiques, à la situation économique sectorielle, à des changements réglementaires ou normatifs. La deuxième englobe, quant à elle, les difficultés qui se portent sur la structure de l'entreprise, sa fiscalité et son personnel. Les deux catégories sont étroitement liées, car les difficultés conjoncturelles sont susceptibles, et très rapidement, d'engendrer des difficultés structurelles. Cette situation attire notre attention : comment le changement d'une norme relevant du domaine conjoncturel peut-il engendrer des changements structurels d'une entreprise, c'est-à-dire son organisation juridique (les contrats avec les clients-fournisseurs, les contrats de travail des salariés, les relations individuelles et collectives) et son organisation sociale dont l'environnement de travail, l'implication du personnel dans les objectifs, l'ambiance et la motivation des employés ? L'analyse de ces questions nous semble être très importante pour anticiper l'apparition des problèmes dans un contexte socio-économique tendu.

**Le but de l'étude** est de montrer, à partir d'un exemple français, comment la nouvelle version de la Norme en Management Qualité peut influencer les relations individuelles du travail françaises et mettre en évidence des changements structurelles qui peuvent en découler.

**L'état de lieux de la recherche.** La hiérarchie des normes et leurs interactions attirent l'attention de la doctrine française, par exemple Catherine Thibierge, Magali Farinelli, D. Misson. Cependant, les questions de son interaction avec le Droit du travail ne semblent pas être suffisamment traitées par la doctrine. C'est pour cette raison qu'il nous semble être intéressant d'attirer l'attention des juristes sur cette thématique.

Dans cet article, tout d'abord, nous focalisons notre attention sur quelques changements de la Norme ISO 9001 (**Partie I**), puis, nous étudions ses caractéristiques et chercherons sa place parmi les sources du Droit du travail français (**Partie II**), ensuite, nous observons l'influence de cette Norme sur le choix du personnel d'une entreprise, la conclusion, l'exécution et la rupture des contrats de travail entre l'entreprise et son salarié (**Partie III**). Nous arguerons nos suppositions par des exemples réels issus de la jurisprudence française.

#### **Partie I. Des changements apportés par la Norme ISO 9001:2015**

Parmi les principaux changements de la Norme, nous voudrions évoquer ceux portant sur la forme (**A**) et sur le fond (**B**) qui inclue les termes et définitions.

**A. Des changements formels de la Norme.** A la première lecture des deux versions des Normes 9001, il est impossible de ne pas remarquer que la structure de celle de 2015 a radicalement changé par rapport à l'ancienne version de 2008. Le nouveau plan contient dix parties : domaine d'application, références normatives, termes et définitions, contexte d'organisme, leadership, planification, support, réalisation des activités opérationnelles, évaluation des performances, amélioration. Dans le Plan stratégique ISO pour 2020<sup>4</sup>, il est souligné que les normes ISO, dans un avenir proche, seront révisées et construites sur le plan identique deca-parties. Cela vise à harmoniser les normes de la famille 9000 (La famille des normes ISO 9000 comprend les normes 9000, 9001 et 9004) pour faciliter leur utilisation conjointe et d'inviter de nouveaux adhérents. Il s'agit ainsi de casser l'image des normes ISO de la famille 9000 qui sont jugées actuellement comme difficiles, d'alléger leur compréhension et les rendre applicables même pour les non-spécialistes en la matière. En ce qui concerne les termes, ils se trouvent entièrement dans la norme 9000:2015.

**B. Des changements du fond.** Quant aux principaux changements de fond de la Norme, nous commençons, tout d'abord, par ses **destinataires**. Analysant son champ d'application, nous pouvons observer qu'il inclut « tout organisme, quels que soient son type ou sa taille, ou les produits et services qu'il fournit » (ISO 9001:2015, § 04). Dans la deuxième partie « Références normatives » il est marqué que cette Norme s'adresse aux organismes du secteur industriel comme du secteur des services (ISO 9001:2015, § 2.4). L'ajout des entreprises tertiaires dans le champ d'application de la Norme prévoit l'augmentation du nombre de certifications dans le monde entier qui, selon une estimation, atteint un million<sup>5</sup> d'entreprises. Le secteur public est de plus en plus concerné.

**Parties intéressées.** La quatrième partie de la Norme « Contexte d'organisme » attire particulièrement notre attention en raison des changements apportés sur la perception du fonctionnement d'une société. *In brevi*, le nouveau concept englobe d'une part l'analyse des enjeux internes et externes dans le but d'ajuster le SMQ pour atteindre les objectifs (ISO 9001:2015, § 4.1). D'autre part, il fixe une obligation de déterminer les « parties intéressées » (ISO 9001:2015, § 3.2.3) avec leurs attentes et, plus particulièrement, les exigences des « parties intéressées pertinentes » ayant une influence positive ou négative sur l'entreprise (ISO 9001:2015, § 4.2). Cette approche appelée « fixer le périmètre » permet de déterminer les limites du « domaine d'application du SMQ » (ISO 9001:2015, § 4.3). L'analyse de l'environnement inclut l'analyse de la situation économique inhérente à une société pour détecter, le plus vite possible, les difficultés et leurs probabilités. Elle aboutit, dans un dernier temps, à la détermination des risques (« effet de l'incertitude », ISO 9000:2015, § 3.7.9). Ce point est particulièrement important : la notion de l'action préventive a disparu dans la version de 2015 comme unité indépendante. Elle est remplacée par l'approche de la gestion des risques qui est mise au centre du SMQ et concerne tous les processus du processus général de la démarche qualité (ISO 9001:2015, § 6.1.2). Elle devient un moyen pour justifier la cohérence du SMQ aux objectifs qualité. La gestion des risques devient une condition sine-qua-non de la réussite du SMQ d'une organisation.

**Planifier en 2008<sup>6</sup> et en 2015<sup>7</sup>.** Le changement radical concerne le lexème « planifier », paru dans le texte de la Norme ISO 9001:2015, qui est prolongé par la locution « et identifier et traiter les risques et opportunités » (ISO 9001:2015, § 0.3.2.) dans sa définition ce qui fait entrer la gestion des risques au cycle PDCA. Ce changement peut créer une ambiguïté et devenir un élément perturbateur pour les usagers déjà habitués au lexique de la version précédente de la Norme. Le fait d'inclure la gestion des risques dans le cycle PDCA pourra augmenter la responsabilité des dirigeants et des managers.

**Frais moindres.** Dans la vision de rendre la Norme plus accessible aux entreprises PMI-PME, la nouvelle version de la Norme donne des moyens pour alléger les frais d'instauration du SMQ. En effet, l'exigence de nommer une personne responsable-qualité a disparu au profit d'une possibilité de redistribuer les responsabilités liées à la qualité entre plusieurs personnes dans l'entreprise (ISO 9001:2015, § 5.3). Dans ce cas, la responsabilité pourra être attribuée aux responsables d'échelons inférieurs ou aux superviseurs de chaque sous-processus. Ce point de protection des hauts échelons des dirigeants et le transfert de la responsabilité aux middle échelons seront analysés dans cette étude.

**Leadership.** Une nouvelle notion apparaît dans la nouvelle version de la Norme 9001, celle du leadership (ISO 9001:2015, § 5). Le leadership, vu comme un groupe de dirigeants avec les responsabilités attribuées, a pour mission de créer un environnement propice dans lequel le personnel doit être impliqué dans la démarche qualité pour réaliser les objectifs fixés. Le leadership est placé au centre du cycle PDCA et représente la force motrice d'une société. Il est tenu d'avoir une posture exemplaire, d'assumer et assurer les responsabilités. Il doit s'assurer que les exigences des clients BtoB et/ou BtoC, exprimées ou non, sont déterminées, comprises et satisfaites (ISO 9001:2015, § 5.1.2). Dans cette vision, il doit aussi gérer les risques et opportunités pour atteindre les objectifs. Parmi ses missions, citons la communication à tous les niveaux sur la vision et la stratégie qualité d'une société, la promotion de l'approche par les risques et les processus, l'amélioration continue. S'y ajoutent le développement des valeurs partagées, l'instauration de l'environnement de confiance, la motivation et l'encouragement du personnel à s'impliquer dans le système qualité (ISO 9001:2015, § 2.3.2.4). En trois dimensions, nous imaginons le nouveau schéma du cycle PDCA, comme une structure pyramidale à base quadrilatère. Le sommet, qui est le leadership, dirige l'ensemble des processus et assure la mise en place du SMQ.

**Mode projet.** Une nouvelle exigence concerne le mode de fonctionnement du SMQ. En effet, la Norme préconise le fonctionnement en mode projet<sup>8</sup> (ISO 9001:2015, § 8.5.6). L'entreprise doit assurer les processus en aval (les produits et services délivrés par les prestataires externes (ISO 9001:2015, § 8.4), puis, en amont (après la libération des produits et des services). De plus, elle doit démontrer la maîtrise des « éléments de sorties non conformes » (ISO 9001:2015, § 8.7) de chaque processus avec les résolutions appropriées. Une telle mesure demande une qualification adéquate avec les compétences spécifiques du candidat au poste de responsable-qualité, ce qui peut influencer la procédure de recrutement.

**Les attentes des clients.** La nouvelle version de la Norme exige non seulement la satisfaction des exigences exprimées par les clients, mais aussi leurs attentes futures par anticipation. Les activités après la libération des produits et services (ISO 9001:2015, § 8.5.5) doivent être instaurées, maîtrisées et surveillées par l'entreprise (ex. enquêtes de satisfaction). De plus, la perception des clients doit faire l'objet d'une analyse et doit être placée au centre du système SMQ. Cette exigence peut influencer l'organigramme fonctionnel d'une entreprise au profit des postes service après-vente.

**La place des ressources humaines dans l'entreprise.** Une autre évolution concerne la valorisation de la place des ressources humaines et le renforcement de l'aspect humain au sein d'une entreprise. Les connaissances et les compétences du personnel sont considérées par la Norme comme une source de richesse d'une société qui n'entre pas dans son bilan. D'une part, l'acquisition et l'évaluation des connaissances avec une obligation de justifier que le personnel possède un niveau satisfaisant de qualification, par les moyens de la « formations initiales ou professionnelles ou d'une expérience appropriée<sup>9</sup> » (ISO 9001:2015, § 7.2) et d'autre part, leurs transmissions en interne deviennent les points clés du système SMQ. En plus, l'entreprise doit justifier sa capacité d'accéder aux compétences, et acquérir celles qui manquent pour la mise à niveau en matière de qualité en cas de besoin. Elle doit rassurer les clients BtoB tout comme BtoC sur son aptitude à fournir constamment et durablement les produits et/ou services tout en respectant les exigences de ces derniers (ISO 9001:2015, § 7.1.6). La question de la conservation des compétences au sein d'une entreprise, sous le prisme du droit du travail, devient très importante.

**Information documentée.** La notion de « l'information documentée » (ISO 9001:2015, § 7.5) remplace la notion de « documentation et d'enregistrements ». Elle devient plus souple et simple au niveau de la gestion, mais avec une traçabilité<sup>10</sup> renforcée. Cette mesure peut être interprétée comme un outil de justification de l'efficacité du système-qualité avec les preuves matérielles facilement démontrables.

**Les points critiques.** Cependant, il existe des points critiques selon certains experts comme Kachalov V.A.<sup>11</sup> qui considèrent que la présence des avantages de l'utilisation de la Norme ISO 9001:2015 dans son corps d'exigences (ISO 9001:2015, § 0.1) équivaut à une démarche commerciale tacite. Ce point de vue n'est pas étranger au spécialiste de la normalisation technique D. Misson qui s'étonne des pratiques du comité ISO et ajoute que « la norme s'achète. Si « nul n'est censé ignorer la loi », il faut dorénavant ouvrir sa bourse pour la connaître. Il faudra donc acquérir cette norme, « via le site internet de l'institut de normalisation concerné, en prenant soin auparavant de communiquer ses propres coordonnées »<sup>12</sup>.

**Les termes et définitions des normes de la famille ISO 9000.** Les changements ne concernent pas que la forme et le contenu de la Norme. Ils s'appuient aussi sur les unités élémentaires, c'est-à-dire les éléments constructifs

de base, qui sont les termes et définitions. Ils se retrouvent dans la Norme ISO 9000:2015 qui remplace la version de 2005. C'est pourquoi l'analyse de la matrice comparative du lexique constitue une étape préliminaire de l'étude de la Norme ISO 9001:2015 et devient indispensable pour sa compréhension.

**Les problèmes d'utilisation du vocabulaire commun** demandent une explication complémentaire. En effet, dans la Norme 9001:2015, l'utilisation de la terminologie présentée est uniquement recommandée pour aider l'utilisateur à comprendre les termes et concepts essentiels. Les usagers qui ne prennent pas en compte ces changements risquent d'être incompris par les partenaires parlant ce nouveau langage. De plus, certains articles peuvent être interprétés de façon ambiguë et engendrer des problèmes d'interprétation et d'application. Par exemple, § 0.3.1. (9001:2015) dit « afin d'accroître la satisfaction des clients par le respect de leurs exigences ». Il reste à préciser comment et pour quelle raison il faut accroître la satisfaction des clients si leurs exigences sont respectées et satisfaites. Le lexème « accroître » risque de devenir un point perturbateur. Un autre exemple, le paragraphe 3.4.1 (9000:2015) définit le terme « processus » comme « ensemble d'activités corrélées ou en interaction... » en utilisant le quantificateur disjonctif « ou » qui pourrait être compris comme exclusif. Dans ce cas, cette définition tient compte des systèmes corrélés ou en interaction excluant les systèmes combinés qui, en réalité, représentent une grande partie de systèmes. L'utilisation du quantificateur combiné « et/ou » il nous semble être plus raisonnable.

Le paragraphe 8.5.2 (9001:2015) dit « l'organisme doit utiliser des moyens appropriés pour identifier les éléments de sorties lorsqu'il est nécessaire de s'assurer de la conformité des produits et services » cela contredit les articles 7.5.1, 7.5.3 et 8.1.e.2) disant que c'est toujours nécessaire. La question émerge : les sous-traitants seront-ils obligés de respecter ce point seulement lorsqu'il est nécessaire ?

Le paragraphe 10.1 (9001:2015) dit que « l'organisme doit (...) accroître la satisfaction du client » en prenant « en compte les besoins et attentes futures ». La question se pose de la faisabilité de cette exigence car les méthodes pour satisfaire les exigences non exprimées ne sont pas présentées dans le texte de la Norme.

Parmi les nouveaux concepts et principes, on peut citer : « contexte d'organisme » (§ 2.2.3.), « parties intéressées » (§ 2.2.4.), « orientation clients » (§ 2.3.1.), « leadership » (§ 2.3.2.), « approche processus » (§ 2.3.4.), etc. C'est au travers du prisme de la Norme ISO 9000:2015 que la compréhension du contenu de la nouvelle version de la Norme semble être possible. Pourtant, l'application de la méthode « emboîtée » ne semble pas être si évidente dans la construction de la terminologie. On peut s'interroger sur les causes d'incompréhension des nouvelles exigences de la Norme et donc de leur transgression. Cela pourrait conduire à la notion de l'incompétence professionnelle et, par la suite, au conflit et à la rupture du contrat du travail qui nous avons l'ambition d'analyser dans cette étude.

**Les changements dans la terminologie ont un caractère double** : d'une part, c'est l'augmentation du nombre de termes définis<sup>13</sup>, ce qui a pour vocation de mettre les usagers sur les mêmes longueurs d'ondes et, d'autre part, c'est la modification de la signification de certains termes de base. Par exemple, la notion de client a évolué et signifie, selon la nouvelle version de la Norme, la « personne ou organisme qui est susceptible de recevoir ou qui reçoit un produit ou un service destiné à, ou demandé par, cette personne ou cet organisme (ISO 9000:2015, § 3.2.4). Selon cette définition, une personne qui est tout simplement susceptible de recevoir un service de l'entreprise est déjà son client. Dans ce cas, « satisfaire les exigences des clients » signifie « satisfaire les exigences des personnes susceptibles de recevoir un service ». Dans le cadre du commerce électronique, quand les offres de services sont exposées à un auditorium des internautes innombrables, comment est-il possible d'évaluer leur satisfaction et justifier la prise en compte de leurs suggestions ?

En clôturant le panorama non exhaustif des changements de la nouvelle version de la Norme ISO 9001, nous voudrions souligner que ces points ont été évoqués pour étudier, par la suite, la normativité de cette Norme et sa place parmi les sources du Droit de travail en France (**Partie II**), puis, chercher à comprendre des mécanismes par lesquels elle peut influencer les contrats du travail des partenaires (**Partie III**).

## **Partie II. La normativité<sup>14</sup> de la Norme ISO 9001:2015 et son intégration au sein du droit du travail**

**L'adoption de la Norme ISO 9001:2015 est-elle obligatoire ?** La fin du XX<sup>e</sup> siècle a été marquée par un nombre grandissant de normes et règlements de toutes sortes : verticales et horizontales. Provenant de sources différentes, elles forment un univers normatif très dense. Les normes ISO, en sont un parfait exemple. En vingt ans, leur nombre a été multiplié par cent<sup>15</sup> avec une estimation de la croissance exponentielle du nombre de certifiés dans le monde entier et principalement dans les pays en développement (PED)<sup>16</sup>. Cette tendance s'explique d'une part par la mondialisation et d'autre part par l'évolution technologique et le besoin d'harmonisation des exigences techniques entre les pays avec les modes de productions différents. Dans cette optique, les normes internationales, comme les normes ISO, trouvent leurs places et leur utilité.

Par ailleurs, les exigences et les attentes des clients<sup>17</sup> ont évolué. Aujourd'hui, le client occidental est habitué aux produits et services conformes, de bonne qualité et aux prix étudiés. Progressivement, le centre de gravité de ses intérêts se déplace vers des produits nouveaux, des nouvelles technologies, de qualité supérieure et aux prix accessibles. Il n'est pas contestable que, pour rester compétitives, les entreprises doivent s'adapter aux exigences des clients et optimiser leur processus de production tout en maîtrisant les dangers. Dans le but de satisfaire les clients BtoB<sup>18</sup> et/ou BtoC<sup>19</sup> qui sont, de plus en plus, exigeants en matière de la qualité, les entreprises internationales orienteront leur choix des partenaires vers ceux qui pourront justifier leur qualité. Ces derniers, à leur tour, seront motivés à faire la même démarche pour démontrer la qualité en aval. Cette démarche en cascade contribuera à la formation d'un réseau des entreprises qui nous pouvons appeler « le cercle des qualitatistes » dont les membres fonctionnent avec le même mode de Management, c'est-à-dire elles instaurent le SMQ. Déjà aujourd'hui, pour les sociétés de cer-



tains secteurs, comme les télécommunications, avia-construction et autres, si le développement de leur activité à l'international est indispensable, la mise en œuvre du SMQ est strictement nécessaire. « Dans certaines sphères, les voies ainsi tracées, si elles sont négligées, se traduiront par une perte de compétitivité ou par une marginalisation du produit proposé sur le marché »<sup>20</sup>. De ce fait, cette Norme qui est officiellement volontaire, ne l'est pas forcément de *facto* et pourrait être appelée par l'oxymore « volontairement obligatoire ».

**La normalisation et la Norme ISO 9001:2015.** S'intéresser à l'univers de la normalisation signifie s'approcher d'un « monde parallèle, celui dans lequel les acteurs économiques s'accordent pour définir des « normes » qui leur serviront de référence tout en étant, pourtant, qualifiées de volontaires »<sup>21</sup>. Ces normes privées, dont les normes ISO (créé en 1947) « résultat de discussion entre parties intéressées organisées »<sup>22</sup>, sont créées par les groupements privés et n'entrent pas dans les canons de l'action publique. Cependant, les pouvoirs publics ne sont pas très éloignés ; dans la composition des commissions d'élaboration, leurs représentants sont présents<sup>23</sup>. La prise de décisions, appartenant au départ aux acteurs privés, se démocratise avec la participation des acteurs publics. La normalisation signifie un accord sur les standards concernant les produits, les services et les pratiques dans un monde technique éclectique et concurrentiel. C'est pour cette raison qu'elle devient un instrument consensuel, un terrain d'accord pour les acteurs très différents, mais qui souhaitent construire un schéma ensemble. Selon D. Mission, la normalisation « garantit la compatibilité et l'interopérabilité de produit, elle stimule la qualité et la sécurité de ces services, elle facilite les échanges commerciaux. Elle est la cristallisation symbolique de cahiers de charges techniques, visant à décrire les applications, à définir les pratiques et à en identifier le niveau de qualité et de sécurité »<sup>24</sup>. La normalisation intervient dans les situations différentes : *primo*, dans les situations où la réglementation est inexistante ou insuffisante, ou *secundo*, dans les situations où les règles ont un caractère divergent, notamment à l'international. Dans ces cas, le rôle principal des normes privées, dont ISO, est d'harmoniser le fonctionnement pour rendre la compréhension et les échanges possibles. « Elles constituent un langage commun, une nomenclature de référence permettant de se comprendre mutuellement »<sup>25</sup>. Les normes ISO fédèrent et propulsent des pratiques innovantes harmonisées. Le processus de la normalisation, au départ national, suit depuis longtemps une tendance d'internationalisation. Dans le contexte de mondialisation, cette tendance permet d'observer un déplacement du centre de gravité vers les échelons internationaux de plus en plus élevés. Sur le plan européen, le CEN pilote les actions, quant aux agences nationales, comme l'AFNOR en France, elles sont sollicitées pour enrichir les échanges et garantir l'applicabilité des normes nationalement.

**Les fonctions de la Norme ISO 9001 (tracé et mesure).** En général, en ce qui concerne le terme « norme », issu du latin « norma » une confusion pour un observateur extérieur est possible. Cette notion ancienne<sup>26</sup>, dans la vie courante d'aujourd'hui est comprise comme la « valeur obligatoire »<sup>27</sup> et le critère de la normalité. En droit, une norme<sup>28</sup> a une double vocation : dans un premier temps, guider l'action qui s'appelle le tracé et, dans un second temps<sup>29</sup>, la juger ce que l'on nomme la mesure. En ce qui concerne la fonction du tracé de la Norme ISO 9001, elle est décrite dans son texte qui détermine le modèle du management. Si les préconisations de la Norme sont respectées, le ménagement de l'entreprise peut être perçu comme de qualité (« présumé conforme »<sup>30</sup>). La fonction du tracé de cette Norme semble être bien complète : la version de 2008 est enrichie par de nombreux éléments qui décrivent et précisent le modèle pour réussir l'instauration du SMQ. Quant à la fonction de mesure de la Norme ISO 9001:2015 déterminée par P. Foulquié comme « type idéal ou règles par rapport auxquelles sont portés des jugements de valeurs »<sup>31</sup>, la Norme fournit un « repère pour s'orienter »<sup>32</sup>, propose un « modèle de conduite qui laisse une liberté quant à sa mise en œuvre »<sup>33</sup>. « Son non-respect peut en effet contribuer à caractériser une faute et retenir une responsabilité et ne saurait en revanche engendrer un contrôle de légalité »<sup>34</sup>. De ce fait, la mesure de cette Norme semble être incomplète par son caractère volontaire, car l'instrument pour juger appartient en effet aux auditeurs de la Norme et aux organismes de certification. Ils peuvent, le cas échéant, retirer la certification ISO. L'éditeur de la Norme ISO, a vocation de fournir aux destinataires des moyens pour qu'ils puissent prouver la qualité de leur management. Dans le cas du non-respect de ces préconisations, l'éditeur de la Norme n'est pas responsable de l'échec de l'entreprise, car l'adoption de la Norme officiellement n'est pas obligatoire ; l'entreprise risque de perdre l'image de marque auprès de ses clients et mettre en péril son prestige.

**La Norme ISO est-elle technique ?** En droit, dans toute l'hétérogénéité des normes, il existe celles qui cumulent les deux fonctions, à la fois instrument pour agir et instrument pour juger (par exemple, la règle du droit) et celles qui peuvent avoir une des deux fonctions incomplète ou inexistante. Selon professeur Catherine Thibierge, une norme technique est une norme dont la fonction de mesure n'est pas complète, voire inexistante<sup>35</sup>. Dans notre cas, il nous semble que la Norme ISO 9001:2015, bien qu'elle ait son tracé déterminé par son texte, elle n'a pas de mesure clairement identifiée : elle est parfois volontaire et non-contraignante, parfois obligatoire et contraignante. Cette dichotomie peut engendrer une confusion dans l'esprit d'un lecteur quant à son caractère technique.

**La juridicité de la Norme ISO 9001:2015** peut être déterminée par une approche qui consiste en « l'utilisation ou la possible utilisation de la norme par le juge, au fondement de sa décision. Un autre indicateur nous renvoie vers « la recevabilité, ou en amont encore l'invocabilité d'une norme comme moyen de droit par le justiciable, au fondement de sa prétention »<sup>36</sup>. Observons le cas d'utilisation de cette Norme au niveau international. Elle est perçue alors comme une exigence du marché ; l'absence de certification peut marginaliser les produits et/ou services. Cette tendance s'amplifie avec le partenariat de Norme l'ISO avec l'OMC<sup>37</sup>. Au niveau européen, par principe, les institutions de l'UE, n'imposent pas les normes ISO aux entreprises. Les sous-traitants certifiés sont libres de choisir leurs collaborateurs, mais avec une préférence évidente pour les certifiés ISO ou équivalents qui partagent leur vision et acceptent d'être certifiés. La Norme ISO 9001:2015, qui n'est pas obligatoire par principe, devient « volon-

tairement obligatoire » *de facto* pour ces derniers. De plus, si le critère de sélection des sous-traités est la certification ISO 9001, la stratégie managériale semble être bien tracée. La Norme ISO, si elle est imposée, elle devient obligatoire et contraignante.

Voici deux exemples. Le premier, le point onze de la Directive n°2001/96/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 établissant les exigences et les procédures harmonisées pour le chargement et le déchargement sur des vraquiers énonce qu'« *en vue de sa reconnaissance internationale, le système de contrôle de la qualité devrait être compatible avec la série des normes ISO 9000 adoptée par l'Organisation internationale de normalisation. Afin de laisser aux nouveaux terminaux suffisamment de temps pour obtenir la certification correspondante, il importe de prévoir à leur intention, pour une période limitée, une autorisation temporaire d'exploitation* ». Le deuxième exemple porte sur la Directive n°2012/721/UE, de la Commission du 14 novembre 2012 qui établit les critères écologiques pour l'attribution du label écologique de l'Union européenne aux détergents textiles à usage industriel ou destinés aux collectivités, énonce dans les annexes au point numéro un « *évaluation et vérification* » a) *exigences* « *dans la mesure du possible, il convient que les essais soient réalisés par des laboratoires respectant les exigences générales de la norme EN ISO 17025 ou équivalent* »<sup>38</sup>.

Au niveau national français, la Norme ISO 9001:2015 peut également devenir obligatoire dans le cas où dans un contrat du droit privé une clause se réfère expressément à cette Norme, ou à « *une appellation équivalente à une telle référence* »<sup>39</sup> ; cette norme devient obligatoire et de ce fait s'impose aux parties contractantes. Son non-respect peut engager la responsabilité contractuelle du fauteur dans le domaine civil et pénal.

La Norme ISO devient impérative si les pouvoirs publics se réfèrent à cette Norme de manière explicite. Elle intègre le champ des normes juridiques, ce qui engage la responsabilité civile et pénale dans le cas de son non-respect. En vertu de l'article 122-4 du Code pénal, « *n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal* ». Il est possible d'illustrer ces propos par différents textes :

Le Ministère de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement relatif aux contrôles périodiques de grands récipients pour vrac, destiné aux transports des marchandises dangereuses énonce dans son article 3.2 que « *la délivrance d'une autorisation se fait sous les conditions suivantes...c) pour chaque site concerné, l'établissement industriel est titulaire d'une certification au titre de la Norme ISO 9001 ou de toute autre certification du système d'assurance de la qualité validée par l'organisme agréé* »<sup>40</sup>. Trois arrêtés relatifs à l'écologie et l'environnement éclairent aussi cette idée.

Le premier, daté du 19 juin 2015 relatif au système de gestion de la qualité mentionnée à l'article D541-12-14 du code de l'environnement qui, dans l'article 2, énonce que « *les installations dont le système de gestion de la qualité a été certifié conforme à la norme internationale NF EN ISO 9001...couvrant les processus de contrôle des critères de sortie du statut de déchet, sont exemptes de l'article 1<sup>e</sup>* »<sup>41</sup>.

Le deuxième, l'arrêt du 23 mai 2006, relatif à la préparation des combustibles solides de récupération en vue de leurs utilisations dans des installations relevant de la rubrique 2971 de la nomenclature des installations classées pour la protection de l'environnement, énonce que « *le système de gestion de qualité est vérifié par un organisme d'évaluation de la conformité qui est accrédité pour la certification du système de gestion de la qualité dans le domaine d'activité correspondant à la préparation de la CSR ou du système de gestion de la qualité suivant la norme internationale NF ISO 9001 version du 5 novembre 2008. Cette vérification a lieu tous les trois ans* »<sup>42</sup> (article 8-IV).

Le troisième arrêt daté du 28 septembre 2011 relatif aux conditions d'utilisation d'habitation des sociétés fournissant un service de télépéage, au bénéfice des redevables de la taxe alsacienne et de la taxe nationale sur les véhicules de transport de marchandises. L'article 1<sup>er</sup> énonce que « *toute société demandant une habilitation(...)doit remplir les conditions suivantes : a) détenir une certification EN ISO 9001 ou équivalent* »<sup>43</sup>. Ces illustrations montrent que les domaines de l'environnement et de l'écologie sont concernés de près par la certification ISO 9001 au niveau national français.

De plus, au niveau national, en ce qui concerne la juridicité de la Norme ISO 9001, nous citons deux textes juridiques qui s'y réfèrent. Le premier est R5334-12 du Code des transports qui énonce qu'une entreprise de « *manutention chargée à terre de l'opération de chargement ou de déchargement met en œuvre un système de contrôle de qualité conforme à la norme ISO 9001:2000 ou une norme équivalente et fait l'objet d'audits selon les orientations de la Norme ISO 10011:1991 ou une norme équivalente* »<sup>44</sup>. Le second, l'article R202-36 du Code rural de la pêche maritime exige que « *tout réactif de catégories A, B ou C figurant sur cette liste doit être produit, importé et distribué par des entités ayant mis en œuvre un système de management de la qualité reconnue conforme à la norme ISO 9001 par un organisme certificateur...* »<sup>45</sup>.

Pour résumer, nous avons observé le fait que la Norme ISO 9001 est incluse dans des textes officiels et qu'elle est utilisée pour fonder des décisions des juges. De ce fait, elle obtient le statut des textes qui la mentionnent, et devient juridique.

**La place de la Norme ISO 9001:2015 parmi les sources de droit du travail.** Les sources du Droit du travail français sont classées en trois catégories : les sources étatiques, les sources supra étatiques et les sources professionnelles parmi lesquelles figurent les engagements unilatéraux de l'employeur – source définitivement consacrée par la jurisprudence en 1990 (Soc. 4 avr.1990). Si la Norme ISO 9001:2015 peut s'approcher aux sources du droit du travail, c'est uniquement cette dernière catégorie qui peut être concernée. Notre raisonnement est basé sur le fait qu'en cas de la certification en management de la qualité, l'entreprise s'engage à respecter les exigences de la Norme. Parmi ces préconisations figurent celles de former le leadership avec les attributions spécifiques, et respecter les

exigences concernant les ressources humaines (§ 7.1.1). La volonté de l'employeur à respecter les exigences quant au traitement de qualité, à tout niveau, peut être perçue comme **l'engagement unilatéral de l'employeur « proclamé »** puisqu'elle naît effectivement de l'affirmation de sa volonté d'accorder une sorte d'avantage – un avantage de traitement de qualité à ses salariés. « *Pour qu'elle vaille engagement, l'expression de la volonté de l'employeur doit simplement être suffisamment ferme pour avoir fait naître, dans l'esprit des salariés, une attente légitime. De tels engagements s'expriment de toutes sortes de manières* »<sup>46</sup>. Cependant, compte tenu du principe de faveur et de la crise de hiérarchie des normes du droit du travail apparue suite à l'adoption de la nouvelle loi du travail en 2016, nous ne pouvons par donner, pour le moment, plus d'indications sur la place actuelle de cette Norme dans la pyramide des sources du droit du travail.

Après avoir abordé la présentation des principaux changements de la nouvelle version de la Norme ISO 9001 « **Systèmes de Management de Qualité** », une étude de sa normativité et sa place parmi les sources du Droit du travail français, il sera intéressant de s'interroger, à partir de l'exemple français, sur la question de savoir de quelle manière cette Norme peut-elle influencer les relations individuelles du travail, c'est-à-dire influencer le choix du personnel, la conclusion, l'exécution et la rupture du contrat de travail (**Partie III**).

*A suivre prochainement / Продолжение следует*

<sup>1</sup> Aujourd'hui, le nombre de certifiées de l'ISO 9001 dans le monde entier dépasse 1 200 000, *Au cœur de l'ISO 9001:2015*, Marc Bazinet, 2015, AFNOR, p. XIX.

<sup>2</sup> <http://www.afnor.org>, consulté le 03/01/2018.

<sup>3</sup> [https://www.afnor.org/presse\\_septembre2017/certification-iso-9001-plus-quun-an-pour-passer-a-la-nouvelle-version/](https://www.afnor.org/presse_septembre2017/certification-iso-9001-plus-quun-an-pour-passer-a-la-nouvelle-version/), consulté le 12/10/2017.

<sup>4</sup> Plan stratégique ISO 2016-2020 [http://www.iso.org/iso/fr/iso\\_strategy\\_2016-2020.pdf](http://www.iso.org/iso/fr/iso_strategy_2016-2020.pdf) consulté le 5 mai 2017.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> **Planifier en 2008** : « établir les objectifs du système, ses processus ainsi que les ressources nécessaires pour fournir des résultats correspondant aux exigences des clients et aux politiques de l'organisme », *Norme ISO 9001:2008*, 0.3.2..

<sup>7</sup> **Planifier en 2015** : « établir les objectifs du système, ses processus ainsi que les ressources nécessaires pour fournir des résultats correspondant aux exigences des clients et aux politiques de l'organisme; et identifier et traiter les risques et opportunités », *Norme ISO 9001:2015*, 0.3.2.

<sup>8</sup> Mode projet : gestion d'un projet par les processus du management, *PMBOK, V5*, 2013.

<sup>9</sup> à l'exception des savoir-faire par rapport à la Norme ISO 9001:2008, § 3.10.4.

<sup>10</sup> **Traçabilité** : aptitude à retrouver l'historique, la mise en œuvre ou l'emplacement d'un objet, *ISO 9000:2015*, § 3.6.13.

<sup>11</sup> Качалов В. А. (Kachalov V. A.) *Неразрешенные проблемы новых версий ISO 9001, Методы менеджмента качества (Les problèmes sans solutions des nouvelles versions ISO 9001)*, n°10, [www.ria-stk.ru](http://www.ria-stk.ru), consulté le 12/04/2016.

<sup>12</sup> D. Misonne. *La normalisation technique* in *Les sources du droit revisitées*, Vol1, Anthemis, Bruxelles, 2012, p. 507.

<sup>13</sup> Le nombre de termes définis dans la Norme ISO 9000:2015 est de 146 au lieu de 76 dans l'ancienne version.

<sup>14</sup> Normativité : « celle de ce qui doit être la norme peut, dans ce registre, se concevoir diversement comme un idéal, comme un but, comme règle ou principe, et de manière synthétique et unitaire, comme un modèle », C. Thibierge, *Au cœur de la norme : le tracé et la mesure ; pour une distinction entre normes et règles de droit*.

<sup>15</sup> « L'ISO a publié plus de 21990 Normes internationales et publications associées qui couvrent la quasi-totalité des secteurs », <http://www.iso.org/iso/fr/home/about.htm>, consulté le 03/01/2018.

<sup>16</sup> Plan stratégique 2016–2020 de l'ISO [http://www.iso.org/iso/fr/home/iso\\_strategy\\_2016-2020\\_en-lr.pdf](http://www.iso.org/iso/fr/home/iso_strategy_2016-2020_en-lr.pdf)

<sup>17</sup> **Client – 2015** : « personne ou organisme qui est susceptible de recevoir ou qui reçoit un produit ou un service destiné à, ou demandé par, cette personne ou cet organisme. *Norme ISO 9000 :2015*, § 3.2.4.

<sup>18</sup> **BtoB** : L'acronyme de BtoB, pour business to business, désigne l'activité commerciale inter-entreprises, c'est à dire les activités pour lesquelles les clients et prospects sont des entreprises.

<sup>19</sup> **BtoC** : L'acronyme de BtoC est utilisé pour désigner l'activité « business to consumer » ou commerce en détail.

<sup>20</sup> D. Misonne, *suscité*, p. 503.

<sup>21</sup> *Ibid.* et, p. 495 et s.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> voir « Composition du comité de la normalisation » dans le texte de la Norme.

<sup>24</sup> D. Misonne, *suscité*.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> **Norme** : modèle pour guider et modèle pour juger. Catherine Thibierge, *Au cœur de la norme : le tracé et la mesure ; pour une distinction entre normes et règles de droit*.

<sup>27</sup> Paul Amsselek, *Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques* in *Force normative, Naissance d'un concept*, Catherine Thibierge et alii, LGDJ Paris, 2009, p. 33–52.

<sup>28</sup> **Norme** : Définie dans la Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 comme « une spécification technique approuvée par un organisme reconnu à activité normative pour application répétée ou continue, et qui relève de l'une des catégories suivantes : norme internationale, norme européenne, norme nationale.

<sup>29</sup> « en second temps » est utilisé pour une action simultanée mais qui découle de la première.

<sup>30</sup> D. Misonne, *suscité*, p. 507.

<sup>31</sup> P. Foulquié cité dans C. Thibierge.

<sup>32</sup> C. Thibierge, *suscitée*.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> D. Misonne, *suscité*

<sup>38</sup> JOUE n°L326, 24 novembre 2012. <http://www.legifrance.gouv.fr>, consulté le 12/10/2017.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> Ministère de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement, 10 février 2012 (n°2002/2). <http://www.legifrance.gouv.fr>

<sup>41</sup> NORDEVP1427230A, JO 2 juillet 2015, la Ministre de l'Écologie du développement durable et de l'énergie ; publics concernés : exploitants d'installations mentionnées aux articles L214-1 ou L511-1 du code de l'environnement. <http://www.legifrance.gouv.fr>

<sup>42</sup> NOR DEVP1525038A, JO 25 mai 2016, par la Ministre de l'Environnement, de l'énergie et de la mer, chargée des relations internationales sur les clients ; public concernés : préparateurs de combustibles solides de récupération (CSR). <http://www.legifrance.gouv.fr>

<sup>43</sup> NOR DEVT1125141A, JO 30 sept 2011, par la ministre de l'écologie, du développement durable et du logement et la ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat, porte-parole du Gouvernement ; public concerné : les sociétés de télépéage souhaitant offrir un service de télépéage aux redevables de la taxe alsacienne et de la taxe sur les véhicules de transport de marchandise. <http://www.-daloz-fr.budistant.univ-orleans.fr/documentation/PopupToolsAction?ctx...>

<sup>44</sup> Article crée par le décret n°2014-1670 du 30 décembre 2014.

<sup>45</sup> <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000026103178&cidTexte=LEGITEXT000022197698&dateTexte=20160617>

<sup>46</sup> E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du travail 2016*, Dalloz, p. 184.

#### Резюме

**Люльєр В. Міжнародний стандарт ISO 9001 версія 2015: етюд труднощів структурного характеру при впровадженні на прикладі французького підприємства.**

Дана стаття присвячена аналізу можливого впливу нової версії міжнародного стандарту ISO 9001 версія 2015 року « Системи Менеджменту Якісті » на трудові відношення на прикладі французького підприємства. Після біглого огляду основних нововведень у першій частині статті, автор аналізує нормативну силу цього документа та робить спробу знайти його місце серед правових джерел по праці у другому розділі. Третя частина присвячена вивченню можливого впливу вищезазначених змін на трудовий договір, а саме на його заключення, виконання та припинення. У цьому номері ми публікуємо перші два розділи.

**Ключові слова:** Стандарт – ISO 9001 – Менеджмент – Якість – Лідерство – Ризик – Відповідальність – Трудовий договір – Нормативність – Правові джерела.

#### Резюме

**Люльєр В. Международный стандарт ИСО 9001 версия 2015: этюд трудностей структурного характера при внедрении на примере французского предприятия.**

Данная статья посвящена анализу возможного влияния новой версии международного стандарта ИСО 9001 версии 2015 года « Системы Менеджмента Качества » на трудовые отношения на примере французского предприятия. После краткого обзора основных нововведений в первой части статьи, автор анализирует нормативную силу этого документа и пытается определить его место среди правовых источников по труду во втором разделе. Третья часть посвящена изучению возможного влияния вышеупомянутых изменений на трудовой договор, а именно на его составление, выполнение и прерывание. В этом номере мы публикуем первых два раздела.

**Ключевые слова:** Стандарт – ИСО 9001 – Качество – Лидерство – Риск – Ответственность – Трудовой договор – Нормативность – Правовые источники.

#### Summary

**Lullier V. The international standard ISO 9001 version 2015: a study of difficulties of structural nature at implementation by the example of French company.**

The article is devoted to analysis of possible influence of a new version of international standard ISO 9001 version 2015 Quality Management Systems to labour relations by the example of French company. After overview of the main innovations in the first part of the article, the author analyses the normative value of this document and tries to define his place among legal sources on labour in the second section. The third part is devoted to studying of possible influence of above-mentioned changes to contract of employment, namely to his constitution, implementation and interruption. In this magazine we publish the first two sections.

**Key words:** Standard – ISO 9001 – Management – Quality – Leadership – Risk – Responsibility – The contract of employment – The normative value – Legal sources.

**О. В. БОЙКО**

*Олександр Володимирович Бойко, студент магістратури Київського університету права НАН України*

## **ЩОДО ПОНЯТТЯ «КРИМІНАЛІСТИЧНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ»**

Дослідження питань щодо забезпечення розслідування злочинів, слідчої практики проходить досить активно, адже про складність цих проблем та інтенсивність їхнього вивчення свідчить те, що в криміналістичній науці визначились неоднозначні підходи до їх пізнання.

Питання криміналістичного забезпечення досліджували такі вчені, як О. О. Белов, І. О. Ієрусалимов, А. В. Іщенко, І. П. Красюк, В. В. Лисенко, В. Г. Лісогор, Є. Д. Лук'янчиков, В. В. Матвієнко, В. Д. Сущенко, О. В. Таран, Ж. В. Удовенко, А. В. Хірсін та інші. На сьогодні існує значна кількість різних за якісним і кількісним складом його дефініцій. У наукових колах донині тривають численні дискусії щодо поняття, структури та змісту криміналістичного забезпечення. Аналіз криміналістичної літератури свідчить про широке застосування поняття «техніко-криміналістичне забезпечення» та про значну кількість монографічних досліджень, присвячених техніко-криміналістичному забезпеченню того або іншого виду діяльності, пов'язаної з виявленням, досудовим розслідуванням та запобіганням вчиненню злочинів.

Варто зазначити, що розробка криміналістичних прийомів, методів і рекомендацій щодо розслідування та запобігання злочинам має надзвичайно важливе значення, адже тільки в результаті здійснення даних дій можна досягти головної мети криміналістики – сприяння в боротьбі зі злочинністю. При цьому розроблені прийоми, методи і рекомендації повинні бути реально здійсненними і дієвими в певних ситуаціях.

Розслідування злочинів – комплексна, складна та багатопланова проблема. Складність розслідування злочинів пов'язана із необхідністю виявлення, встановлення, дослідження доказової інформації та доведення участі конкретної особи у вчиненні злочину. Особами, якими вчинюються злочинні діяння, виконується цілий комплекс дій та заходів з метою полегшення вчинення злочину та приховування його слідів. Особливо це проявляється щодо виявлення та розслідування злочинів у сфері господарської діяльності, злочинів, пов'язаних з несплатою податків. Комплексність проблеми розслідування злочинів має також різнопланову спрямованість. Напрями розслідування злочинів визначаються кримінально-правовою кваліфікацією вчиненого діяння, порядком, який визначається кримінально-процесуальним законодавством. На цей процес мають вплив управлінські рішення, оскільки у розслідуванні злочинів беруть участь співробітники як окремих підрозділів (слідчий, оперуповноважений, експерт), так і окремих органів (науково-дослідні установи тощо). На процес розслідування злочинів мають вплив різні чинники. Це відповідне грошове та матеріальне забезпечення, рівень підготовки кадрів, організація оперативно-розшукової діяльності, психологічні можливості окремих співробітників розв'язувати завдання, поставлені перед правоохоронними органами щодо виявлення, розслідування злочинів та в цілому протидії злочинності.

Зміст криміналістичної науки становлять криміналістичні знання. Вони є результатом пізнання нею закономірностей, що являють собою предмет криміналістики, і матеріалізації цього результату у вигляді запропонованих практиці засобів, методів і рекомендацій щодо розкриття та розслідування злочинів<sup>1</sup>.

Виходячи із загальноживаного значення слів, можна сформулювати поняття «криміналістичного забезпечення» як «постачання» криміналістичними знаннями посадових осіб, які беруть участь у розслідуванні злочинів. Дане поняття потрібно розглядати не як матеріальне забезпечення криміналістичними рекомендаціями та засобами, а як процес їх розробки та надання вказаним особам.

Уперше до поняття криміналістичного забезпечення звернувся В. Г. Коломацький, який у кінці 70-х – на початку 80-х рр. ХХ століття підготував відповідну лекцію в Академії МВС СРСР<sup>2</sup>, в якій було запропоновано таке визначення: «Криміналістичне забезпечення діяльності органів внутрішніх справ з розслідування злочинів – це система впровадження в практичну діяльність посадових осіб, підрозділів, служб та органів внутрішніх справ з охорони громадського порядку та боротьби зі злочинністю криміналістичних знань, що втілені в уміння працівників органів внутрішніх справ використовувати наукові, методичні та тактичні криміналістичні рекомендації, техніко-криміналістичні засоби та технології їх застосування з метою попередження, розкриття та розслідування злочинів»<sup>3</sup>. Виходячи з цього визначення, можна стверджувати, що криміналістичне забезпечення – це насамперед система, яка має в своїй структурі взаємопов'язані елементи, кожний з яких може бути розглянуто окремо, при цьому тільки їх сукупність буде утворювати криміналістичне забезпечення як дієвий і цілісний механізм розкриття, розслідування та попередження злочинів.

В. О. Волинський, приділяє увагу деяким важливим обставинам:

а) самі по собі криміналістичні знання та вміння не виникають, вони формуються в процесі певної діяльності (наукової, навчальної);

б) такі знання та вміння реалізуються знову ж таки в діяльності з розкриття та розслідування злочинів;  
в) застосовувати криміналістичні засоби, методи і технології можна лише тоді, коли вони розроблені й впроваджені в практику. А це також діяльність;

г) нарешті, всі ці напрями діяльності – не самоціль. У практиці боротьби зі злочинністю реалізуються їх результати, практика визначає їх зміст (цілі, завдання, форми), виходячи зі своїх повсякденних потреб<sup>4</sup>.

На нашу думку, потрібно погодитися з В. О. Волинським, що криміналістичні знання та вміння не виникають самі по собі, вони формуються в процесі певної діяльності і для розкриття змісту визначення криміналістичного забезпечення за допомогою вказівки на даний вид діяльності (формування криміналістичних знань) цього недостатньо.

Водночас формування (створення, розробка) криміналістичних знань передувє власне криміналістичному забезпеченню. Крім того, реалізація в діяльності по розкриттю та розслідуванню злочинів знань і вмінь, а також «визначення їх змісту (цілі, завдання, форми), виходячи зі своїх щоденних потреб» є похідним від криміналістичного забезпечення.

Проте проблема криміналістичного забезпечення набагато складніша за своїм змістом і структурою, принаймні, з погляду розв'язуваних завдань, систему яких у загальному вигляді можна представити так:

а) науково-дослідні завдання, вирішення яких спрямовано на вдосконалення складових криміналістичного забезпечення (криміналістичних методів, засобів, рекомендацій, правового регулювання їх застосування тощо);

б) організаційно-управлінські, або «зовнішні» щодо предмета криміналістики в його загальноприйнятому тлумаченні завдання. У своїй основі вони пов'язані із впровадженням сучасних досягнень науки і техніки в практику розкриття та розслідування злочинів;

в) завдання щодо використання криміналістичних методів, засобів і рекомендацій у повсякденній практиці розкриття та розслідування злочинів<sup>5</sup>.

На думку П. Т. Скорченка, техніко-криміналістичне забезпечення – це система правових, наукових, організаційних заходів з розробки, впровадження та практичного користування техніко-криміналістичними засобами й науковими методами з метою успішного розкриття, розслідування та попередження злочинів. У зв'язку з цим він виокремлює наступні елементи – правове, наукове та організаційне забезпечення<sup>6</sup>. Проте серед цих елементів немає найголовнішого – самих технічних засобів.

Відомий білоруський криміналіст Г. І. Грамович стверджує, що техніко-криміналістичне забезпечення – це регламентована нормативними актами діяльність науково-дослідних, судово-експертних та інших закладів, а також відповідних посадових осіб, на котрих покладено обов'язок розробки та реалізації комплексу взаємопов'язаних заходів з метою створення оптимальних умов ефективного застосування спеціальних знань та науково-технічних засобів в процесі боротьби зі злочинністю<sup>7</sup>. Отже, техніко-криміналістичне забезпечення розглядається ним як організаційно-функціональна система, однак автор доволі узагальнено уявляє суб'єктів цієї системи – науково-дослідні, судово-експертні та інші заклади, а також відповідні посадові особи. Тому залишається незрозумілою при цьому роль слідчих органів досудового розслідування, прокурора, які безпосередньо забезпечують функціонування цієї системи і використання її можливостей в процесі досудового розслідування злочинів. У зв'язку з цим навряд чи виправдано обмежувати її завдання лише розробкою і реалізацією заходів з метою створення оптимальних умов ефективного застосування спеціальних знань і науково-технічних засобів у боротьбі зі злочинністю. Доцільність уособлення «техніко-криміналістичного забезпечення» не лише як поняття, а й як самостійного виду діяльності працівників правоохоронних органів, зумовлена причинами практичного характеру. Загальновідомо, що необхідною умовою функціонування та подальшого розвитку кожного із інститутів в сфері кримінального судочинства є формування його основ, котрі носять комплексний характер і містять теоретичні, правові та організаційні напрями. Безумовно, теоретичні основи «техніко-криміналістичного забезпечення досудового розслідування» повинні становити передусім положення криміналістики, тому що «техніко-криміналістичне забезпечення» формується в надрах криміналістики й адаптує її дані, розробки в контексті актуальних проблем свого розвитку. Проте обмеження застосуванням в якості наукової бази «техніко-криміналістичного забезпечення» лише криміналістики, яка безумовно є основним джерелом її засобів і методів, навряд чи продуктивне. Вочевидь, у випадку, що розглядається, доцільним слід вважати залучення елементів кримінального процесу. Визначення техніко-криміналістичного забезпечення протидії злочинності можна сформулювати як систему правових, наукових, організаційних та дидактичних заходів з розробки, впровадження й практичного застосування техніко-криміналістичних засобів та наукових методів органами досудового розслідування для найбільш ефективного вирішення цілей і завдань, що стоять перед ними.

Соціальна спрямованість криміналістики зумовлює необхідність її розвитку з урахуванням вимог і потреб практики виявлення та розслідування злочинів, у зв'язку з чим доречно буде зауважити, що ці потреби змінюються залежно від безлічі факторів, пов'язаних із процесами, що відбуваються в суспільстві. Відповідно, з часом може зазнати змін і сам предмет криміналістики, який через перераховані вище причини не може бути статичним.

Отже, єдності думок щодо поняття та змісту криміналістичного забезпечення розслідування злочинів немає. Це пояснюється тим, що забезпечення розслідування злочинів перебуває на межі криміналістики та інших наук, але тільки криміналістика заінтересована в практичній реалізації відповідних рекомендацій та пропозицій, у результатах впровадження сучасних досягнень науки і техніки в практику. Розроблення нових

і вдосконалення вже існуючих криміналістичних засобів, методів і рекомендацій – одне з основних завдань криміналістики, а ефективність таких розробок проявляється через практику використання їх результатів у розкритті та розслідуванні злочинів, що пов'язано з підготовкою фахівців, здатних професійно грамотно використовувати сучасні досягнення криміналістики.

<sup>1</sup> Шмонин А. В. Понятие и структура криминалистического обеспечения расследования преступлений / А. В. Шмонин // Труды Академии управления МВД России. – 2010. – № 1 (13). – С. 3–8. – С. 3.

<sup>2</sup> Коломацкий В. Г. К истории криминалистического обеспечения расследования преступлений / В. Г. Коломацкий // Информационный бюллетень. – 2001. – № 13. – С. 19–25. – С. 19.

<sup>3</sup> Коломацкий В. Г. Криминалистическое обеспечение деятельности органов внутренних дел по расследованию преступлений / В. Г. Коломацкий // Криминалистика: в 3-х т. ; под ред. Р. С. Белкина, В. Г. Коломацкого, И. М. Лузгина. – М. : Академия МВД РФ, 1994. – Т. 1: История, общая и частные теории. – 345 с. – С. 62.

<sup>4</sup> Волинский В. О. Криминалистическое обеспечение предварительного расследования преступлений: право и права, традиции и современность / В. А. Волинский // Информационный бюллетень. – М.: Акад. управления МВД России, 2001. – № 13. – С. 28–29.

<sup>5</sup> Волинский А. Ф. Инновационная деятельность в криминалистическом обеспечении расследования преступлений / А. Ф. Волинский // Вестник Владимирского юридического института. – Владимир, 2001. – № 3 (20). – С. 77–79.

<sup>6</sup> Скорченко П. Т. Криминалистика : технико-криминалистическое обеспечение расследования преступлений : учеб. пособие для вузов / П. Т. Скорченко. – М., 1999. – 272 с. – С. 21.

<sup>7</sup> Грамович Г. И. Некоторые вопросы технико-криминалистического обеспечения уголовного судопроизводства / Г. И. Грамович // Актуальные проблемы судебной экспертизы и криминалистики : тезисы науч.-практ. конференции. – К., 1993. – С. 86–88. – С. 37.

#### Резюме

##### **Бойко О. В. Щодо поняття «криміналістичне забезпечення розслідування злочинів».**

У статті досліджено різні думки вчених-криміналістів щодо визначення поняття криміналістичного забезпечення розслідування злочинів.

Визначено, що комплексність проблеми розслідування злочинів має також різнопланову спрямованість, а розроблені прийоми, методи й рекомендації повинні бути реально здійсненними і дієвими в певних ситуаціях.

Сформульовано поняття «криміналістичне забезпечення», досліджено його зміст та структуру. Вказано на доцільність уособлення «техніко-криміналістичного забезпечення» не лише як поняття, а й як самостійного виду діяльності працівників правоохоронних органів.

**Ключові слова:** криміналістика, забезпечення, криміналістичне забезпечення, впровадження, розслідування злочинів, розробка криміналістичних прийомів.

#### Резюме

##### **Бойко А. В. Относительно понятия «криминалистическое обеспечение расследования преступлений».**

В статье исследованы различные мнения ученых-криминалистов относительно определения понятия криминалистического обеспечения расследования преступлений.

Определено, что комплексность проблемы расследования преступлений имеет также разноплановую направленность, а разработанные приемы, методы и рекомендации должны быть реально выполнимыми и эффективными в определенных ситуациях.

Сформулировано понятие «криминалистическое обеспечение», исследованы его содержание и структура. Указано на целесообразность олицетворения «техничко-криминалистического обеспечения» не только как понятия, но и как самостоятельного вида деятельности работников правоохранительных органов.

**Ключевые слова:** криминалистика, обеспечение, криминалистическое обеспечение, внедрение, расследование преступлений, разработка криминалистических приемов.

#### Summary

##### **Boiko O. In relation to the concept «criminalistic provisions of crimes investigation»**

The article examines different opinions of criminal scientists-lawyers in Criminology on the definition of criminalistic investigation of crimes. Certainly, that the complexity of the problem of crime investigation has also diversified orientation, and methods and recommendations, must be really feasible and effective in certain situations. It is formulated the concept of «criminalist provisions», it is explored its maintenance and structure. It is indicated that the expediency of personification of the «techno-criminalistic providing» not only as a concept but also as an independent type of activity of law enforcement authorities.

**Key words:** criminalistics, provision, criminalistic providing, introduction, investigation of crimes, development of criminalistics.

Л. О. КАТЕРИНЮК

*Лілія Олегівна Катеринюк, студентка V курсу Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

## КРИМІНОЛОГІЧНИЙ ПРОФАЙЛІНГ У ДІЯЛЬНОСТІ ФЕДЕРАЛЬНОГО БЮРО РОЗСЛІДУВАНЬ: ЕФЕКТИВНИЙ МЕТОД РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ ЧИ НАУКОВА ФІКЦІЯ?

Задуманий у середині 1970-х років як техніка профілактики злочинності, що фокусується на психологічних властивостях та закономірностях, кримінологічний профайлінг продовжує бути суперечливою стратегією боротьби зі злочинністю у XXI столітті. Він поєднує у собі досягнення наук кримінології, соціології, психології та медицини, що робить досить складним визначення єдиного підходу до розуміння терміна і самої сутності діяльності з кримінологічного профілювання, та призводить до різночитань на рівні як правоохоронних органів, так і наукових спільнот різних країн світу. За допомогою оцінки місця вчинення злочину, комбінування інформації про жертву та інших доказів профайлер визначає сутнісні характеристики злочинця, що допомагає звузити коло підозрюваних та визначити напрям проведення розслідування. Проте існування профайлінгу, як наукової дисципліни та юридичної практики, а також його ефективність ставляться під сумнів серед науковців. Так, в останні роки серед зарубіжних вчених було опубліковано низку наукових праць, що заперечують наявність теоретичних засад та емпіричної бази існування самого феномена кримінологічного профайлінгу. Зокрема, серед них можна виділити праці Річарда Козіса та Джорджа Палермо<sup>1</sup>, Крейга Джексона, Девіда Вілсона та Балжит Каур Рана<sup>2</sup>. Самому поняттю та сутності кримінологічного профайлінгу присвячені праці таких зарубіжних вчених: Брента Тьорві, Девіда Кантера, Джессіки Вудхемс, Джона Дугласа, Ейдона Саммонса, Енн Буржесс, Ентоні Біча, Керол Хартман, Роберта Ресслера, Рональда Холмса, Стівена Холмса, Шеннон Веттор та інших. Серед вітчизняних науковців відсутні комплексні дослідження феномена кримінологічного профайлінгу, проте окремі питання кримінологічного профілювання були викладені у роботах таких вітчизняних науковців: В. І. Алексейчука, Р. Л. Ахмедшина, О. І. Богучарової, С. Н. Бокова, Г. М. Гетьман, А. М. Зініна, І. М. Мацкевича, А. І. Папкіна, О. М. Подільчак та ін.

**Метою** даної статті є аналіз існуючих понять кримінологічного профайлінгу та визначення єдиного підходу до їх розуміння; вивчення шляху становлення кримінологічного профайлінгу; визначення органів, що здійснюють кримінологічне профілювання у США та дослідження ефективності їх діяльності; окреслення існуючих проблем кримінологічного профайлінгу та визначення можливих шляхів їх подолання.

У науковій літературі кримінологічний профайлінг (criminological profiling) також відомий як психологічний профайлінг (psychological profiling), кримінальний профайлінг (criminal profiling), кримінально-слідчий аналіз (criminal investigative analysis), аналіз місця вчинення злочину (crime scene analysis), поведінковий профайлінг (behavioural profiling), профілювання кримінальної особистості (criminal personality profiling), профілювання злочинця (offender profiling), соціально-психологічний профайлінг (socio-psychological profiling), профайлінг зв'язку (linkage profiling). У вітчизняній літературі поняття профайлінгу використовується дуже рідко, натомість поширеним є термін «портретування», що за своїми сутнісними характеристиками є тотожним кримінологічному профайлінгу. Незважаючи на різні назви, всі ці тактики мають спільну мету: допомогти слідчим дослідити докази отримані з місця вчинення злочину та показання жертви і свідків, щоб розробити опис злочинця. Р. Холмс стверджує, що основна функція профілювання полягає у сприянні виявленню правопорушників шляхом екстраполяції їх особистих ознак з інформації, яку дає змогу отримати вчинений злочин<sup>3</sup>.

Д. Россі визначає кримінологічний профайлінг як «сукупність версій («a collection of leads»)<sup>4</sup>, Б. Тьорві – як «створення сфери взаємодії («interfaces») фізичних, емоційних, психологічних і навіть професійних характеристик злочинця»<sup>5</sup>, В. Геберт – як «освічену спробу забезпечити специфічну інформацію про певний тип злочинця»<sup>6</sup> та як «судово-медичну техніку, яка націлена на надання конкретним слідчим органам інформації, яка допоможе зосередити увагу на особах з персоніфікованими рисами, які координуються з ознаками інших винних осіб, які вчинили подібні правопорушення»<sup>7</sup>, Р. Ворпагель – як «біологічний начерк поведінкових моделей, трендів та тенденцій»<sup>8</sup>, К. Бартол – як «процес ідентифікації особистісних рис, поведінкових тенденцій, географічного місцезнаходження та демографічних перемінних»<sup>9</sup>, Б. Берг – як «метод ідентифікації підозрюваного, метою якого є визначення ментальних, емоційних та інших особистісних характеристик особи»<sup>10</sup>. Серед сучасних авторів варто зазначити запропоновану Е. Хікі дефініцію: «кримінологічний профайлінг належить до процесу виявлення рис особистості, поведінкових тенденцій, географічного положення та демографічних або біологічних ознак правопорушника на основі характеристик злочину»<sup>11</sup>, а також визначення кримінального профайлінгу С. Еггера як «спроби надати слідчим більше інформації про серійного вбивцю, особу якого ще не встановлено»<sup>12</sup>. На думку С. Хікса та Б. Сейлса, кримінологічний профайлінг належить до



діяльності з прогнозування особистісних, поведінкових та демографічних характеристик злочинця, що засновується на доказах з місця вчинення злочину. Ця діяльність включає в себе аналіз усієї отриманої інформації на місці злочину для складання психосоматичного уявлення про особу злочинця»<sup>13</sup>.

Незалежно від конкретного визначення, що використовується науковцями, на первинному рівні всі дефініції зводяться до однієї опорної бази, відповідно до якої кримінологічний профайлінг являє собою процес виявлення специфічних характеристик особи, яка вчинила певний злочин, шляхом ретельного систематичного спостереження та аналізу місця вчинення злочину, особи потерпілого, криміналістичних доказів та відомих фактів злочину. Композит передбачуваних характеристик часто називають кримінальним профілем, мета якого полягає у наданні допомоги слідчим в ідентифікації і, таким чином, подальшому затриманні невідомого злочинця. Визначивши дефініцію кримінального профайлінгу, важливо ідентифікувати та вирізнити цей процес від аналогічно описаних понять. Кримінологічний профайлінг у контексті даного дослідження не слід плутати з агрегованими профілями, які іноді називають расовим профілем, або расовим профайлінгом. Кримінологічний профайлінг належить до систематичного аналізу індивідуального злочину або пов'язаних між собою злочинів з метою побудови профілю, який описує різні характеристики правопорушника, який вчинив злочин. Використання кримінологічного профілю зазвичай виникає в контексті триваючого кримінального розслідування злочину або серії злочинів. Разом із тим расові профілі являють собою сукупний демографічний показник шаблонного типу індивідуума, який, як вважається, здійснює певні види злочинів<sup>14</sup>. Один із способів оцінити різницю між расовим і кримінальним профайлінгом виникає з контексту, в якому вони використовуються. Наприклад, результати расового профайлінгу митні служби та працівники аеропортів можуть використовувати як посібник для ідентифікації імовірного терориста або наркоторговця<sup>15</sup>. Кримінологічний же профайлінг застосовується під час фактичного розслідування вже скоєного злочину. Також варто зазначити, що кримінологічний профайлінг може застосовуватись не до всіх видів правопорушень. Найдоречнішим є профілювання ймовірних правопорушників, що вчинили злочини, з яких можна визначити наявність у злочинця психопатології; серійні злочини; насильницькі злочини; контактні злочини (в яких жертва протягом певного часу була задіяна в комунікації зі злочинцем); ритуальні вбивства; безмотивні підпали; згвалтування<sup>16</sup>. Дж. МакКенн зазначає, що «справи, пов'язані з руйнуванням власності, нападом або вбивством» під час вчинення пограбування взагалі не підходять для профілювання, оскільки особистість злочинця, як правило, не виявляється в таких місцях злочину. Аналогічно злочини, пов'язані з наркотиками, не надають позитивних результатів у профілюванні, оскільки справжня особистість правопорушника часто видозмінюється<sup>17</sup>.

Досить часто в науковій літературі зустрічається думка, що кримінологічний профайлінг це більшою мірою мистецтво, ніж наука, і докази його дійсності обмежені. Р. Холмс повідомляє дані ФБР 1981 р., які свідчать, що в 192 випадках генерації профілю було заарештовано 88 злочинців, але лише 17 % з них були заарештовані за допомогою кримінологічного профілю. Однак те ж саме опитування показало, що 77 % респондентів профілі допомагали зосередитись на розслідуванні. У ще одному дослідженні, проведеному у Великій Британії, понад 75 % опитаних поліцейських зазначили, що поради професіонала були корисними для прогнозування злочину. І це, не зважаючи на те, що лише 3 % опитаних повідомили про використання порад профайлерів при виявленні правопорушників<sup>18</sup>. Д. Кентер та Р. Херітейдж наводять більш пізні дані ФБР, відповідно до яких кримінологічний профайлінг на 80 % точний<sup>19</sup>. Проте дані не були належним чином верифіковані відповідно до вимог наукового методу, а тому неможливо стверджувати про реальну ефективність кримінального профайлінгу<sup>20</sup>. Як зазначає Д. Кентер, «якщо мета психологічного профайлінгу – досягти міцнішої основи, ніж астрологія або спиритизм в допомозі поліції, – психологи мають не тільки встановити прогностичну дійсність процесу, але також довести, чому цей метод працює»<sup>21</sup>.

Перше сучасне застосування кримінологічного профайлінгу як інструменту розслідування вченими біхевіористами було здійснено американським психіатром Джеймсом Брюсселем у справі Нью-Йоркського «Безумного підричника» у 1940–1950 роках. Вірогідно його можна вважати засновником сучасного кримінологічного профайлінгу<sup>22</sup>. Метод Брюсселя включав діагноз психічних розладів невідомих правопорушників з використанням біхевіористичних доказів, отриманих з місця вчинення злочину. Він визначав характеристики невідомих правопорушників, частково порівнюючи злочинну поведінку з власним досвідом лікування пацієнтів, які мали подібні розлади. Доктор Дж. Брюссель також погоджувався з думкою про те, що певні психічні захворювання пов'язані з певними фізичними властивостями. У 1940-х і 1950-х рр. «mad bomber» тероризував місто Нью-Йорк. Він встановив щонайменше 37 бомб по всьому місту. Брюсселю було запропоновано проаналізувати справу, і він вирішив, що особа, відповідальна за злочини, має такі характеристики: чоловік, володіє знаннями з металообробки, переробки та електроенергії, серйозно постраждав від несправедливості газової компанії Consolidated Edison, яка зробила його хронічно хворим, страждав від параної та стійких галюцинацій; мав хронічний розлад, страждав на систематизовані, логічно вивірені манії, патологічно егоцентричний, має симетричну, атлетичну будову тіла, середнього віку, не одружений, вірогідно незайманий, живе один або з жінкою, з якою знаходиться в «материнських» стосунках, слов'янин та католик, жив у Коннектікуті, носить двобортний піджак на гудзиках<sup>23</sup>.

Коли поліція у 1957 р. нарешті заарештувала Джорджа Метескі, спираючись на створений профіль Доктора Дж. Брюсселя, він був визнаний загалом точним. Незважаючи на популярний міф, Дж. Метескі був заарештований, одягнений в піжаму, а не його двобортний костюм. Йому дозволили передягтись, перш ніж взяти під варту, і саме тоді він вдягнув двобортний піджак<sup>24</sup>.

Спираючись на роботу доктора Дж. Брюсселя, ФБР у 1970-х рр. почали розширювати сферу застосування кримінологічного профайлінгу і створили у 1974 р. Біхевіоричний науковий відділ (BSU) в академії ФБР у Куантіко, штат Вірджинія, з метою вивчення серійних випадків згвалтувань та вбивств, який було ліквідовано у 2014 році<sup>25</sup>. Говард Тетен (Howard Teten) і Пет Маллені (Pat Mullany) були першими інструкторами цього підрозділу. Згодом, у 1975 р., до них приєдналися Роберт Ресслер, Дік Аулт та Джон Дуглас. Саме Робертом Ресслером та Джоном Дугласом було виконано перше дослідження у сфері кримінального профайлінгу шляхом використання методу інтерв'ю. Розпочате як власна ініціатива без владної підтримки, дослідження згодом отримало фінансування Національного інституту юстиції у розмірі 400 тис. доларів. Дослідники мали відповісти на такі запитання:

1. Що є причинами становлення серійного вбивці, і яким шляхом може бути здійснено запобігання?
2. Який механізм вчинення злочинів?
3. Яка лінія поведінки жертви є найоптимальнішою?
4. Чи можлива соціальна реабілітація серійного злочинця?

Дослідження будувалося на аналізі інтерв'ю 36 засуджених серійних злочинців і 118 їх жертв. Наприкінці 1979 р. за допомогою першого офіційного використання методу кримінологічного профайлінгу був затриманий серійний вбивця Девід Карпентер (David Carpenter). У 1988 р. група Дугласа публікує монографію «Сексуальні вбивства: мотиваційна модель». З моменту виходу цієї книги метод кримінологічного профайлінгу злочинця був визнаний майже всіма вченими-криміналістами світу<sup>26</sup>.

Таким чином, кримінологічний профайлінг стає інструментом дослідження, який використовується наразі Відділом біхевіористики (BAU – Behavioral Analysis Unit) Національного центру вивчення насильницьких злочинів (NCAVC – National Center Analysis Violent Crime) підрозділу Групи реагування критичних інцидентів ФБР (CIRG – Critical Incident Response Group). Знання про функції та призначення кожного з цих підрозділів необхідне для розуміння, як кримінологічний профайлінг використовується в правоохоронній діяльності.

Як ФБР пояснює в своїй місії, CIRG «полегшує швидке реагування та управління кризовими інцидентами». Створена в 1994 р. для інтеграції тактичних і слідчих ресурсів та експертизи критичних інцидентів, які вимагають негайної відповіді правоохоронних органів, CIRG використовує «слідчих фахівців для реагування на терористичну діяльність, захоплення заручників, викрадення дітей та на інші високоризикові повторювані злочини»<sup>27</sup>. CIRG складається з Відділу підтримки операцій, Відділу тактичної підтримки та Національного центру вивчення насильницьких злочинів (NCAVC). NCAVC, підрозділ CIRG, «поєднує слідчу та операційну підтримку, функції, дослідження та навчання для надання допомоги федеральним, державним, місцевим та іноземним правоохоронним органам, які досліджують незвичайні або повторювані насильницькі злочини». NCAVC складається з п'яти Відділів біхевіористики (BAU): BAU1 (контртероризм, підпали і бомбардування), BAU2 (погрози, кіберзлочинність, корупція), BAU3 (злочини проти дітей), BAU4 (злочини проти дорослих), BAU5 (дослідження, стратегія та інструкції), Центру розшуку померлих дітей (CASMIRC) та системи комп'ютерної звітності (VICAP).

Спеціальні агенти BAU «забезпечують соціально-психологічну (біхевіористичну) підтримку, засновану на слідчій та оперативній діяльності». BAU отримує запити на послуги від федеральних, державних, місцевих та міжнародних правоохоронних органів. Коли ці органи запитують про допомогу, «послуги BAU надаються під час проведення на місці телефонних конференц-дзвінків, та/або консультації, що проводяться в BAU із слідчими по справі».

Загалом існує три різних підходи до практичного використання кримінологічного профайлінгу: діагностична оцінка, або клінічний підхід (Diagnostic Evaluation or Clinical approach), кримінально-слідчий аналіз (Criminal Investigative Analysis or «the FBI approach») та слідчо-психологічний підхід (Investigative Psychology or Environmental Psychology approach). У даній статті буде розглянуто підхід, що застосовується у діяльності ФБР, тобто кримінально-слідчий аналіз.

Наріжним каменем підходу ФБР є класифікація місць вчинення злочинів (і, отже, самих правопорушників) на організовані та дезорганізовані. ФБР дійшло висновку, що організовані та дезорганізовані злочинці мають різні демографічні та біхевіористичні характеристики. Так, місце вчинення злочину організованого злочинця вирізняється наявністю ознак планування, контролю дій, криміналістичної компетенції злочинця (визначається відсутністю фізичних слідів на місці). Р. Ресслер дійшов висновку, що організовані злочинці – зазвичай старші діти в сім'ї, батьківська дисципліна сприймається ними як суперечлива, мають автомобіль, найчастіше обирають незнайомця в якості жертви, розумні, соціально досвідчені, сексуально компетентні, живуть з партнером, можливо, знаходяться у стані депресії, стежать за новинами щодо власного злочину<sup>28</sup>. Разом із тим для дезорганізованих злочинців характерні такі ознаки, як відсутність планування, випадковість нападу, злочин, вчинений під впливом емоцій, зняття злочину заздалегідь не приготовлене, зазвичай злочинець залишає його на місці вчинення злочину, він не намагається приховати сліди злочину.

ФБР також виділяють змішаний вид місця вчинення злочину та атиповий. Змішаним видом є місце злочину, що показує характеристики як організованого, так і дезорганізованого видів. Дж. Девіс зазначає, що «це могло б вказати на наявність двох правопорушників у злочині, або це може означати, що один правопорушник запланував злочин, а потім відмовився від плану через непередбачені обставини, або це може свідчити про те, що правопорушник інсценував місце вчинення злочину чи замаскував його»<sup>29</sup>. Атипова ситуація на місці вчинення злочину характеризується неможливістю класифікації через відсутність достатньої інфор-

мації. Це, як правило, відбувається у випадках коли місце вчинення злочину виявлено через значний проміжок часу.

Дослідниками з ФБР (Дж. Дугласом, Р. Ресслером, Е. Буржесс і К. Хартман) була вироблена стратегія профайлінгу. Так, виокремлено шість стадій профілювання:

*Перша стадія* (Profiling Inputs) включає збір інформації про злочин, в тому числі доказів і фотографій з місця злочину, результатів судово-медичної експертизи, показань жертви та свідків.

*Друга стадія* (Decision Process Models) передбачає вирішення профайлером типу злочину і самого злочинця та аналіз усіх даних, отриманих на першій стадії.

*Третя стадія* (Crime Scene Assessment) є вирішальною. На цій стадії профайлер намагається реконструювати поведінку злочинця та потерпілого. Визначаються знаряддя вчинення злочину, характер поранень, місце розташування тіла і спосіб вбивства, на підставі чого робиться висновок про можливий мотив вчинення злочину, чи були знайомі потерпілий та нападник та інші питання.

На *четвертій стадії* (Criminal Profile) профайлер складає профіль ймовірного злочинця. Профіль вказує ймовірну стать, вік, зріст, сімейне становище, професію, освіту, місце проживання, військове минуле, соціальні навички, наявність кримінального досвіду, сексуальне життя та інші ознаки.

*П'ята стадія* (Investigation) передбачає передачу виробленого профілю органам слідства, які будуть концентруватись на визначених ознаках для встановлення особи підозрюваного.

*Шоста стадія* (Apprehension) використовується у випадку, якщо злочинець був заарештований. Методом інтерв'ю визначається ефективність відтвореного профілю та відсоток збігу визначальних рис.

Підхід ФБР вважається першою систематичною спробою використання кримінологічного профайлінгу, у зв'язку з чим він був запозичений правоохоронними органами інших країн, як, наприклад, Нідерландами (NCID Offender Profiling Unit). Проте науковим підґрунтям даного підходу є лише вищезазначене дослідження 36 злочинців, виконане Дж. Дугласом і його колегами, та практичний досвід агентів у кримінальному розслідуванні. Типологічна класифікація місця злочину не була кількісно перевірена та не була встановлена на суворій основі методологічного дослідження. Більше того, Р. Козісом, Е. Хейесом, Х. Ірвіном, Е. Пінізотто та Н. Фінкелем заперечуються прогностичні здібності самого професійного профайлеру ФБР. У типовому експерименті професійним профайлерам та непрофільній групі було запропоновано переглянути деталі розкритого злочину (або серії злочинів), а потім здійснити прогнози щодо можливого правопорушника за допомогою анкети з вибором варіантів відповіді. Прогнози були поділені на чотири категорії: когнітивні процеси, фізичні атрибути, модель поведінки та соціальна історія/звички. Точність прогнозів перевірялася на фактичних характеристиках злочинця. Б. Снук та Дж. Іствуд провели два мета-аналізи цих досліджень, за результатами яких точність професійних профайлерів незначним чином відрізнялась від непрофесіоналів<sup>30</sup>.

Наразі існує лише близько 140 статей про кримінологічний профайлінг, лише 18 з яких є емпіричними. Одною з причин такого стану наукових досліджень є високий рівень (80–90 %) відмови журналів у публікації через неможливість віднесення кримінологічного профайлінгу до сфери науки<sup>31</sup>. Як зазначає Б. Снук, оскільки кримінологічному профайлінгу не вистачає емпіричної бази, від даного методу слід відмовитися на офіційному рівні<sup>32</sup>. Проте останнім часом можна говорити про зміну наявного стану речей. У 2012 р. Б. Фокс і Д. Фаррінгтон провели аналіз вчинення латентних грабежів, заснований на вирішених справах для чотирьох поліцейських департаментів у Флориді<sup>33</sup>. Для аналізу було обрано групу правопорушників зі схожими характеристиками із числа заарештованих осіб за грабежі, яку згодом було диференційовано. Найважливіше у цьому дослідженні – використання статистичного методу, що є одним із перших кроків до стандартизації. Б. Фокс і Д. Фаррінгтон провели емпіричне дослідження на чотирьох поліцейських ділянках, використовуючи одну з них як експериментальну групу, а три інших – як контрольні. Використовуючи статистично виведені профілі, які вони створили для грабіжників у 2012 р., науковці виявили, що експериментальний відділ поліції за допомогою статистично виведених профілів більш ніж втричі збільшив кількість арештів у сфері пограбувань<sup>34</sup>.

Отже, не зважаючи на відсутність значної емпіричної основи, в США напрацьовано методологічну та технічну базу кримінологічного профайлінгу. Можна стверджувати, що кримінологічний профайлінг має перспективи становлення як наукового та офіційного методу розслідування злочинів у багатьох державах світу. В Україні кримінологічний профайлінг може застосовуватись при розслідуванні серійних злочинів, насильницьких злочинів, зокрема, статевих та інших, в яких неможливо встановити особу злочинця через відсутність свідків та інших прямих доказів. Використання практичного досвіду ФБР у сфері кримінологічного профайлінгу допоможе збільшити відсоток розкриття злочинів, саме тому виникає питання про професійну підготовку спеціалістів-психологів, які будуть займатися питаннями кримінологічного профілювання.

<sup>1</sup> Kocsis R. Contemporary Problems in Criminal Profiling / R. Kocsis, G. Palermo // Criminal Profiling: International Theory, Research, and Practice / R. Kocsis, G. Palermo. – Totowa, NJ: Humana Press Inc., 2007. – P. 327–345.

<sup>2</sup> Jackson C. The usefulness of criminal profiling / C. Jackson, D. Wilson, B. K. Rana, 2011 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.crimeandjustice.org.uk/publications/cjm/article/usefulness-criminal-profiling>

<sup>3</sup> Holmes R. M. Profiling Violent Crimes: An Investigative Tool / R. M. Holmes, S. T. Holmes. – Thousand Oaks: Sage Publications Inc., 2009. – 319 p.

<sup>4</sup> Rossi D. Crime scene behavioral analysis: Another tool for the law enforcement investigator. –Police Chief, 1982. – Vol. 57 – P. 152.

- <sup>5</sup> *Turvey B. E.* Criminal Profiling: An Introduction to Behavioral Evidence Analysis / Brent Turvey. – Academic Press, 2011. – 679 p.
- <sup>6</sup> *Geberth V. J.* Psychological profiling / V. J. Geberth. – Law and Order, 1981. – Vol. 29. – 46 p.
- <sup>7</sup> *Geberth V. J.* Practical homicide investigation: Tactics, procedures and forensic techniques. – Boca Raton, FL: CRC Press, 1983. – 236 p.
- <sup>8</sup> *Vorpagel R. E.* Painting psychological profiles: Charlatanism, coincidence, charisma or new science. – Police Chief. – Vol. 3. – Issue 8. – 1982. – P. 156–159.
- <sup>9</sup> *Bartol C. R.* Psychology and law / C. R. Bartol, A. M. Bartol. – Pacific Grove, CA: Brooks/Cole. – 1994. – 167 p.
- <sup>10</sup> *Berg B.* Criminal Investigation – 4<sup>th</sup> edition. – NY: McGraw-Hill Humanities, 2008. – 210 p.
- <sup>11</sup> *Hickey E.* The encyclopedia of murder and violent crime. – Thousand Oaks, CA: Sage, 2003. – 186 p.
- <sup>12</sup> *Egger S.* The need to kill: Inside the world of the serial killer. – Upper Saddle River, NJ: Prentice-Hall, 2003. – 193 p.
- <sup>13</sup> *Hicks S. J.* Criminal profiling: Developing an effective science and practice / S. J. Hicks, B. D. Sales. – Washington, DC: American Psychological Association, 2006. – P. 45.
- <sup>14</sup> *Tyler T. R.* Profiling and police legitimacy: Procedural justice attributions of motive, and acceptance of police authority / T. R. Tyler, C. J. Wakslak, 2004. – Vol. 42. – Issue 2. – P. 253–281.
- <sup>15</sup> *Kocsis R.* What Is Criminal Profiling? / R. Kocsis, G. Palermo // Criminal Profiling: International Theory, Research, and Practice / R. Kocsis, G. Palermo. – Totowa, NJ: Humana Press Inc., 2007. – P. 4–5.
- <sup>16</sup> *Ebisike N.* The Use of Offender Profiling Evidence in Criminal Cases : Doctor`s thesis. / Ebisike Norbert. – San Francisco, California, 2007. – 338 p. – P. 27 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1023&context=theses>
- <sup>17</sup> *McCann J. T.* Criminal Personality Profiling in the Investigation of Violent Crime: Recent Advances and Future Directions. – Behavioral Sciences and the Law, 1992. – Vol. 10. – 476 p.
- <sup>18</sup> *Abumere, F. I.* Effectiveness of Criminal Profiling. – 2012. – P. 4 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.academia.edu/2333675/Effectiveness\\_of\\_Criminal\\_Profiling](http://www.academia.edu/2333675/Effectiveness_of_Criminal_Profiling)
- <sup>19</sup> *Blackburn R.* The Psychology of Criminal Conduct: Theory, Research and Practice. – John Wiley & Sons, Inc., 1993. – 496 p.
- <sup>20</sup> *Muller D. A.* Criminal profiling: real science or just wishful thinking? – Homicide Studies, 2000. – Vol. 4. – Issue 3. – P. 234–264.
- <sup>21</sup> *Canter D.* Offender Profiling: The Psychologist – Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling. – Vol. 1. – Issue 1. – John Wiley & Sons, Ltd. – 2004. – P. 12–16.
- <sup>22</sup> *Ebisike N.* The Use of Offender Profiling Evidence in Criminal Cases : Doctor`s thesis. / Ebisike Norbert. – San Francisco, California, 2007. – 338 p. – P. 23 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1023&context=theses>
- <sup>23</sup> *Brussel J. A.* Casebook of a Crime Psychiatrist. – Bernard Geis Associates, 1968. – 212 p. – P. 71–73.
- <sup>24</sup> *Turvey B. E.* Criminal Profiling: An Introduction to Behavioral Evidence Analysis / Brent Turvey. – Academic Press, 2011. – 679 p. – P. 33.
- <sup>25</sup> Behavioral Science Unit // Federal Bureau of Investigations // Archive [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://web.archive.org/web/20161222060638/https://www2.fbi.gov/hq/td/academy/bsu/bsu.htm>
- <sup>26</sup> *Ахмедшин Р. Л.* Методика построения «психологического портрета» преступника в зарубежной криминалистической науке : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.jourclub.ru/34/1335/>
- <sup>27</sup> Critical Incident Response Group (CIRG) // Federal Bureau of Investigations : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.fbi.gov/services/cirg>
- <sup>28</sup> *Ressler R. K.* Sexual Homicide: Patterns and Motives / R. K. Ressler, A. W. Burgess, J. E. Douglas. – Free Press; Reprint edition, 1995. – 256 p. – P. 121.
- <sup>29</sup> *Davies J. A.* Criminal Personality Profiling and Crime Scene Assessment: A Contemporary Investigative Tool to Assist Law Enforcement Public Safety / Davies Joseph. – Journal of Contemporary Criminal Justice, 1999. – Vol. 15. – No. 3. – 296 p.
- <sup>30</sup> Taking stock of criminal profiling: A narrative review and meta-analysis / [B. Snook, J. Eastwood, P. Gendreau et al.]. – Criminal Justice and Behavior, 2007. – Vol 34. – Issue 4. – P. 437–453.
- <sup>31</sup> *Dowden C.* Advances in Offender Profiling: A Systematic Review of the Profiling Literature Published Over the Past Three Decades / C. Dowden, C. Bennell, S. Bloomfield // Springer Science and Business Media, LLC. – Journal of Police and Criminal Psychology. – Vol. 22. – Issue 1. – 2007. – P. 44–46 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://pdfs.semanticscholar.org/7e87/ff66fa20dd7311559895b7206fd6af24a747.pdf>
- <sup>32</sup> The Criminal Profiling Illusion: What`s behind the smoke and mirrors? / [B. Snook, R. M. Cullen, C. Bennell et al.]. – Criminal Justice and Behavior, 2008. – Vol. 35. – Issue 10. – P. 1257–1276.
- <sup>33</sup> *Fox B. H.* Creating Burglary Profiles Using Latent Class Analysis: A New Approach to Offender Profiling / B. H. Fox, D. P. Farrington. – Criminal Justice and Behavior, 2012. – Vol. 39. – Issue 12. – P. 1582–1611.
- <sup>34</sup> *Fox B. H.* An Experimental Evaluation on the Utility of Burglary Profiles Applied in Active Police Investigations. / B. H. Fox, D. P. Farrington. – Criminal Justice and Behavior, 2015. – Vol. 42. – Issue 2. – P. 156–157.

## Резюме

**Катеринюк Л. О.** Кримінологічний профайлінг у діяльності Федерального бюро розслідувань: ефективний метод розслідування злочинів чи наукова фікція?

У статті проведено аналіз існуючих наукових підходів до визначення терміна кримінологічного профайлінгу та запропоновано синтезоване його визначення. Здійснено дослідження шляху становлення кримінологічного профайлінгу у діяльності ФБР, окреслено органи, що здійснюють кримінологічне профілювання у США та досліджено ефективність їхньої діяльності. Представлено техніки кримінологічного профайлінгу, наведено приклади їх використання у практичній діяльності для визначення особи злочинця, його мотивації та можливих моделей поведінки. Висвітлено актуальні проблеми кримінологічного профілювання та наведено можливі шляхи їх подолання.

**Ключові слова:** кримінологічний профайлінг, кримінологічний профіль, поведінковий аналіз, запобігання злочинності, розкриття злочинів, профілювання злочинця, портретування злочинця, аналіз місця вчинення злочинів.

Резюме

**Катеринюк Л. О. Кримінологічний профайлінг в діяльності Федерального бюро розслідувань: ефективний метод розслідування преступлений или научная фикция?**

В статті проведено аналіз існуючих наукових підходів до визначення терміна кримінологічного профайлінга і запропоновано синтезоване його визначення. Здійснено дослідження шляху становлення кримінологічного профайлінга в діяльності ФБР, названі органи, які здійснюють кримінологічне профілювання в США і визначено ефективність їх діяльності. Представлено техніки кримінологічного профайлінга, наведено приклади їх використання на практиці для визначення особистості злочинця, його мотивації і можливих моделей поведінки. Розглянуто актуальні проблеми кримінологічного профілювання і наведено можливі способи їх вирішення.

**Ключові слова:** кримінологічний профайлінг, кримінологічний профіль, поведінковий аналіз, запобігання злочинам, розкриття злочинів, профілювання злочинця, портретування злочинця, аналіз місця злочину.

Summary

**Kateryniuk L. Criminological profiling in FBI's investigation activities: effective investigative technique or scientific myth?**

The author analyzes existing scientific approaches to the definition of the term «criminological profiling» and proffers a synthesized definition. The article contains the research of the development of criminological profiling in FBI's activities and outlines the bodies that conduct criminological profiling in the US. The techniques of criminological profiling and examples of their use in determining the identity, motivation and possible behavioral model of the criminal are also presented. The current problems of criminological profiling are highlighted and possible solutions are suggested as well.

**Key words:** criminological profiling, criminological profile, behavioral analysis, crime prevention, detection of crime, criminal personality profiling, offender portrayal, crime scene analysis.

УДК 342.53:328.12

**І. Р. РОМАНЮК**

*Ірина Романівна Романюк, студентка ІV курсу юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

**ФРАКЦІЙНІ МІГРАЦІЇ В УКРАЇНІ: ТЕОРІЯ ТА ПРАГМАТИЧНИЙ ПОЗИТИВІЗМ**

Депутатські фракції відіграють надзвичайно важливу роль у структуруванні парламенту і впливають на ефективність діяльності законодавчого органу влади нашої держави. Основне завдання парламентської фракції полягає у формуванні спільної думки в парламенті. Депутатська фракція не є абстрактним об'єднанням, а її склад і чисельність є фактором реального впливу фракції на процеси утворення коаліції депутатських фракцій, виборів Голови Верховної Ради України та його заступників, створення комітетів та тимчасових спеціальних і тимчасових слідчих комісій Верховної Ради України. Таким чином, наявність депутатських фракцій, їх склад, а відповідно, й питання входження, відмови від входження та вихід народного депутата з депутатської фракції є надзвичайно важливими для повноцінної діяльності парламенту.

Існування парламентських фракцій пов'язане з тим, що політична фрагментація, яка властива будь-яким країнам, за допомогою демократичних виборів переноситься у стіни парламенту. Після отримання мандата депутата парламенту природним бажанням більшості народних обранців є прагнення об'єднати свої зусилля з однодумцями для досягнення спільної мети. Спроби організуватись, як правило, зумовлюють формування різноманітних депутатських об'єднань. Усі вони своєю діяльністю покликані забезпечувати функціонування представницького органу та реалізацію його завдань. Ключове місце у структурах парламентів країн з демократичним політичним режимом належить власне депутатським фракціям<sup>1</sup>.

Сам термін «фракція» походить від латинського слова «fractio» і означає розламування, подрібнення. Політична енциклопедія визначає фракцію як групу депутатів парламенту, об'єднаних на основі своєї партійної належності. У цій же енциклопедії зазначається, що парламентська фракція формується з членів однієї політичної партії або тих партій, що на парламентських виборах входили до одного виборчого блоку; до неї можуть входити також безпартійні парламентарії<sup>2</sup>.

Формальний підхід до дефініції терміна «депутатська фракція» наголошує, що вона є основною організаційною формою парламентської діяльності політичних партій.

На даний час в українському законодавстві не міститься чіткого визначення поняття «депутатська фракція». Частково дане поняття знаходить своє визначення в Рішенні Конституційного Суду України від 17 вересня 2008 р. № 16-рп/2008 в контексті офіційного тлумачення положень Конституції України щодо коаліції депутатських фракцій. Так, у даному Рішенні зазначається, що депутатська фракція – це група народних де-

путатів України, обраних за виборчим списком відповідної політичної партії (виборчого блоку політичних партій). Саме депутатські фракції є суб'єктами формування коаліції депутатських фракцій<sup>3</sup>.

У найбільш загальному визначенні депутатська фракція – це об'єднання парламентарів, в основі якого лежить спільний партійний інтерес.

У правовому полі країни поняття фракції вперше з'явилося у травні 1994 р., коли постановою Верховної Ради України було затверджено Положення про депутатські групи (фракції) у Верховній Раді України<sup>4</sup>. Відповідно до цього Положення депутатськими фракціями називалися депутатські групи, сформовані на основі партійної належності депутатів. До складу депутатської фракції могли також входити й позапартійні депутати, які підтримували програмні документи відповідної партії. Об'єднуватися у депутатські групи (фракції) народні депутати України могли добровільно за умови, що до складу кожної депутатської групи (фракції) входило не менш як 25 депутатів<sup>5</sup>.

На сьогоднішній день Положення про депутатські групи (фракції) у Верховній Раді України, затверджене постановою Верховної Ради України від 13 травня 1994 р. № 11/94-ВР, втратило чинність, а питання щодо формування та діяльності депутатських фракцій тією чи іншою мірою регулюється Конституцією України, Законом України «Про Регламент Верховної Ради України», Законом України «Про статус народного депутата України».

Так, у Законі України «Про Регламент Верховної Ради України» ціла глава 11 присвячена регулюванню відносин з приводу формування депутатських фракцій (депутатських груп) у Верховній Раді України. Відповідно до положень, закріплених у даній главі, депутатські фракції формуються на першій сесії Верховної Ради нового скликання до розгляду питань про обрання Голови Верховної Ради України, створення органів Верховної Ради. Якщо цього не відбулося, головуючий на пленарному засіданні оголошує перерву для їх формування. Перед наступним пленарним засіданням Апарат Верховної Ради надає народним депутатам інформаційні матеріали, які були подані до Апарату Верховної Ради за день до початку зазначеного пленарного засідання, про сформовані відповідно до вимог Регламенту Верховної Ради України депутатські фракції.

З прийняттям Закону України «Про внесення змін до Регламенту Верховної Ради України» від 6 листопада 2012 р. в Регламенті Верховної Ради України скасовано обмеження щодо мінімальної кількості народних депутатів, необхідних для формування депутатської фракції. До внесення таких змін мінімальна кількість народних депутатів для формування депутатської фракції повинна була становити не менше ніж 15 чоловік.

Також у главі 11 Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» зазначається, що політична партія має право формувати у Верховній Раді лише одну депутатську фракцію. Народний депутат може входити до складу лише однієї депутатської фракції (депутатської групи). Голова Верховної Ради України, Перший заступник та заступник Голови Верховної Ради України входять до складу депутатської фракції (депутатської групи) не можуть.

Відповідно до ст. 58 Закону України «Про регламент Верховної Ради України» депутатські фракції формуються із числа народних депутатів, обраних за виборчими списками політичних партій та народних депутатів, які були висунуті політичною партією в одномандатних округах. При формуванні депутатської фракції до її складу також за умови додержання засад діяльності такої фракції можуть увійти народні депутати, обрані в одномандатних округах, які реєструвалися кандидатами у народні депутати шляхом самовисування, або народні депутати, які були висунуті політичною партією, що за результатами виборів не взяла участь у розподілі депутатських мандатів. Якщо народний депутат не увійшов до складу депутатської фракції, був виключений або вийшов зі складу депутатської фракції, то він отримує статус позафракційного<sup>6</sup>.

Беручи до уваги вищезазначений спосіб формування депутатських фракцій, а саме його партійну основу, постає питання, наскільки вільним для депутатів є вихід із парламентської фракції та чи можливе невходження до депутатської фракції взагалі.

Аналіз чинного законодавства вказує на відсутність єдиних положень з цього питання. Так, ст. 81 Конституції України вказує, що невходження народного депутата України, обраного від політичної партії (виборчого блоку політичних партій), до складу депутатської фракції цієї політичної партії (виборчого блоку політичних партій) або виходу народного депутата України зі складу такої фракції є підставою для дострокового припинення повноважень народного депутата України<sup>7</sup>.

Тут необхідно зазначити, що в законодавстві України існує колізія між нормами Конституції України, в яких згадуються виборчі блоки політичних партій, та виборчими законами, які не передбачають можливості створення виборчих блоків політичних партій. Виборчі блоки політичних партій реально не є суб'єктами виборчого процесу на даний момент, однак виключення поняття виборчого блоку політичних партій із законодавства взагалі приведе до порушення багатьох принципів виборчого процесу. Так, у Спільному висновку Венеціанської комісії та ОБСЄ/Бюро з демократичних інститутів та прав людини щодо законопроекту «Про вибори народних депутатів України» від 17 жовтня 2011 р. № 635/2011 зазначається, що скасування можливості політичних партій створювати виборчі блоки політичних партій є негативним явищем. Якщо не існує законних підстав для заборони формування блоків, політичні партії повинні мати право обирати, чи хочуть вони об'єднатися з іншими партіями у коаліцію, або брати участь у виборах самостійно. Таке обмеження зачіпає право партій на свободу об'єднань. Такі зміни не сприяють доступу багатьох політичних партій до парламенту<sup>8</sup>. У зв'язку з цим поняття виборчого блоку політичних партій не було виключено з Конституції України.

Повертаємося до згаданої вище ст. 81 Конституції України, у якій зазначається, що у разі невходження народного депутата України, обраного від політичної партії (виборчого блоку політичних партій), до складу депутатської фракції цієї політичної партії (виборчого блоку політичних партій) або виходу народного депутата України із складу такої фракції його повноваження припиняються достроково на підставі закону за рішенням вищого керівного органу відповідної політичної партії (виборчого блоку політичних партій) з дня прийняття такого рішення<sup>9</sup>.

Однак закон, до якого нас відсилає дана норма Конституції, не передбачає процедури дострокового припинення повноважень депутата у зв'язку з вищезазначеною підставою.

Так, Закон України «Про Регламент Верховної Ради України» встановлює лише загальний порядок розгляду питання про дострокове припинення повноважень народного депутата, не зважаючи на особливості процедури дострокового припинення повноважень народного депутата з підстав невходження народного депутата України, обраного від політичної партії (виборчого блоку політичних партій), до складу депутатської фракції цієї політичної партії (виборчого блоку політичних партій) або виходу народного депутата України із складу такої фракції<sup>10</sup>.

Водночас у ст. 4 Закону України «Про статус народного депутата», котра містить перелік підстав для дострокового припинення повноважень народного депутата України, така підстава, як невходження народного депутата України, обраного від політичної партії (виборчого блоку політичних партій), до складу депутатської фракції цієї політичної партії (виборчого блоку політичних партій) або виходу народного депутата України із складу такої фракції, взагалі відсутня. Порядок дострокового припинення повноважень народного депутата України регламентує ст. 5 вищезазначеного закону. Однак з відсутністю підстави для невходження народного депутата України, обраного від політичної партії (виборчого блоку політичних партій), до складу депутатської фракції цієї політичної партії (виборчого блоку політичних партій) або виходу народного депутата України із складу такої фракції, відповідно відсутній і регламентований даним законом порядок дострокового припинення повноважень депутата з цієї підстави<sup>11</sup>.

Зважаючи на такі розбіжності в законодавстві, постає питання, чи взагалі необхідна така підстава для дострокового припинення повноважень народного депутата України, як невходження народного депутата України, обраного від політичної партії (виборчого блоку політичних партій), до складу депутатської фракції цієї політичної партії (виборчого блоку політичних партій) або виходу народного депутата України із складу такої фракції, чи не порушуються такою підставою права депутата та який вплив вона здійснює на функціонування парламенту.

Венеціанська комісія у своєму Висновку № 339 від 13 червня 2005 р. вирішила, що депутат має бути вільний залишити або не приєднуватись до парламентської фракції партії (блоку), за списком якої він був обраний, і настійливо рекомендувала вилучити з тексту Конституції України вищезазначену підставу для дострокового припинення повноважень народного депутата. Прив'язка мандата народного депутата до членства в парламентській фракції є несумісною з іншими конституційними положеннями, враховуючи те, що члени парламенту повинні представляти народ, а не свої партії<sup>12</sup>.

Конституційний Суд України висловив дещо іншу позицію з даного питання у Рішенні у справі про перебування народного депутата України у депутатській фракції від 25 вересня 2008 р. № 12-рп/2008, наголосивши на визначальній ролі депутатських фракцій в процесі структурування та внутрішньої організації діяльності Верховної Ради України, як єдиного органу законодавчої влади в державі. Об'єднання депутатів у фракції має на меті консолідацію зусиль для досягнення цілей та завдань, визначених виборчими програмами політичних партій (виборчих блоків політичних партій), та об'єктивно приводить до необхідності дотримання депутатами вимог фракційної дисципліни. Належність народного депутата України до фракції є конституційним обов'язком, а не правом народного депутата<sup>13</sup>.

Таким чином, обов'язковість входження народного депутата України, обраного від політичної партії (виборчого блоку політичних партій), до складу депутатської фракції цієї політичної партії (виборчого блоку політичних партій) та перебування у такій фракції сприяють фракційній єдності, дотриманню народними депутатами фракційної дисципліни, що в свою чергу впливає на ефективне прийняття парламентом рішень, спрямованих на досягнення цілей і завдань, визначених виборчими програмами політичних партій.

Поняття фракційної єдності за своїм змістом повинно охоплювати не тільки безпосередні голосування депутата, а й його поведінку в цілому. Крім цього, найголовніший критерій єдності – це власне членство у фракції. Припинення членства саме собою означає неможливість подальшого забезпечення фракційної єдності.

Найбільш серйозним фактором впливу на фракційну єдність є «міграція» депутатів, переходи з однієї парламентської фракції до іншої. З одного боку, такі дії підривають не тільки фракційну єдність, а й авторитет парламенту як представницького органу в цілому. З другого ж – це необхідний елемент вільного представницького мандата. Але якщо припускати, що переходи зумовлені особистими цілями депутата, то це має явно негативний аспект. Проте можливою є й інша ситуація, коли депутат об'єктивно залишається в меншості у фракції, яка через певні політичні потреби «коригує» свою позицію та поведінку. Саме на такий момент розраховане так зване «коаліційне право» депутата змінити фракційну приналежність чи стати незалежним позафракційним депутатом.

У переважній більшості демократичних парламентів «коаліційне право» гарантується як невід'ємна складова вільного представницького мандата. Щоправда, форми його вияву та обмеження можуть бути най-

різноманітнішими, оскільки в цілому це негативне явище, яке зумовлює роздробленість парламенту<sup>14</sup>. Але в усталених демократіях випадки переходу депутата з однієї фракції до іншої є досить непоширеними, бо тягнуть за собою серйозні політичні наслідки (втрата представницького мандата, місця у комітеті, тавро «зрадника»). У політичній практиці таких країн питання запобігання міжфракційним переходам вирішується головним чином за рахунок неписаних політичних традицій, відповідальності політиків та впливу громадської думки.

В Україні питання про підвищення партійної та фракційної дисципліни постало у зв'язку з частими міжфракційними міграціями депутатів у Верховній Раді України попередніх скликань, що призводило до зменшення чисельності депутатських фракцій, які подолали виборчий бар'єр, та ставило під загрозу саме їх існування (коли кількість депутатів у їх складі ставала нижчою за мінімальну), відсутність зобов'язань депутата (т. зв. партійної лояльності) перед «рідною» фракцією (особливо болісно сприймається тими партійними фракціями, члени яких стали депутатами за їх списками, але пізніше залишили партію, що зробила їх парламентарями). Усе вищезазначене призводило до відсутньої деформації політичної структури українського парламенту та мало своїми наслідками: «політичну корупцію» народних депутатів, викривлення політичного волевиявлення населення, зростання впливу фінансово-політичних груп на внутрішньопарламентські процеси<sup>15</sup>. Тому внесення до Конституції України такої підстави дострокового припинення повноважень народного депутата України, як невходження народного депутата України, обраного від політичної партії (виборчого блоку політичних партій), до складу депутатської фракції цієї політичної партії (виборчого блоку політичних партій) або виходу народного депутата України із складу такої фракції було більше продиктовано політичними реаліями, ніж прагненням обмежити права народного депутата.

Якщо говорити про імперативний мандат, то головна ідея такого мандата та всіх його варіацій полягає у забезпеченні політичної структуризації, передбачуваності та стабільності парламентської діяльності. Однак противники імперативного мандата вважають таку мету політичною, і тому стверджують, що більш доречним було б використання політичного інструментарію для врегулювання відносин, пов'язаних із фракційною єдністю та фракційною дисципліною. Йдеться про найрізноманітніші форми впливу на особу як члена партії, але не як члена парламенту. Можливим є виключення з партії чи притягнення до внутрішньопартійних заходів відповідальності<sup>16</sup>.

Як бачимо, питання невходження парламентаря, обраного від політичної партії (виборчого блоку політичних партій), до складу депутатської фракції цієї політичної партії (виборчого блоку політичних партій) або виходу парламентаря із складу такої фракції є дискусійним і досі не знайшло однозначного вирішення. Однак наявні розбіжності в законодавстві України можуть спричинити неоднозначне розуміння щодо можливості невходження народного депутата України, обраного від політичної партії (виборчого блоку політичних партій), до складу депутатської фракції цієї політичної партії (виборчого блоку політичних партій) або виходу народного депутата України із складу такої фракції.

Конституція України закріплює обов'язок депутата, обраного від політичної партії (виборчого блоку політичних партій), бути членом депутатської фракції цієї політичної партії (виборчого блоку політичних партій). Порушення такого обов'язку є підставою дострокового припинення повноважень народного депутата. А оскільки Конституція України є Основним Законом держави, і норми інших нормативно-правових актів повинні відповідати їй, то вважаємо за необхідне закріпити вищенаведену підставу дострокового припинення повноважень народного депутата України і в спеціальному законі, а саме в Законі України «Про статус народного депутата», а також закріпити порядок розгляду питання про дострокове припинення повноважень народного депутата із визначеної підстави у Законі України «Про статус народного депутата» та Законі України «Про регламент Верховної Ради України».

Таке закріплення сприятиме однозначному розумінню всіма громадянами обов'язку депутата, обраного від політичної партії (виборчого блоку політичних партій), бути членом депутатської фракції цієї політичної партії (виборчого блоку політичних партій). Переконані також, що відповідне закріплення сприятиме фракційній єдності, формуванню спільної думки в парламенті, збільшенню ефективності діяльності законодавчого органу нашої держави та його стабільності.

<sup>1</sup> Токар О. В. Процедурні та правові аспекти формування депутатських об'єднань Верховної Ради України / О. В. Токар. – К.: НІСД, 2012. – 37 с. – С. 5–6.

<sup>2</sup> Політична енциклопедія / редкол.: Ю. Левенець (голова), Ю. Шаповал (заст. голови) та ін. – К.: Парламентське вид-во, 2011. – 808 с. – С. 751.

<sup>3</sup> Рішення Конституційного Суду України від 17 вересня 2008 року № 16-рп/2008: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v016p710-08>

<sup>4</sup> Гнатенко Н. Депутатська фракція у Верховній Раді України: елемент політичної структуризації парламенту чи інструмент лобізму? / Н. Гнатенко // Вісник Національної академії державного управління при Президенті України: науковий журнал / Національна академія державного управління при Президенті України. – К., 2009. – № 2. – С. 235–242. – С. 237.

<sup>5</sup> Постанова Верховної Ради України про депутатські групи (фракції) у Верховній Раді України від 13 травня 1994 р. № 11/94-ВР: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/11/94-%D0%B2%D1%80/para03#o3>

<sup>6</sup> Про Регламент Верховної Ради України: Закон України від 10 лютого 2010 р. № 1861-VI в редакції від 3 серпня 2017 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1861-17/para465#n465>

<sup>7</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.



<sup>8</sup> Спільний висновок Венеціанської комісії та ОБСЄ/Бюро з демократичних інститутів та прав людини щодо законопроекту «Про вибори народних депутатів України» від 17 жовтня 2011 р. № 635/2011 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.osce.org/uk/odhr/elections/84449?download=true>

<sup>9</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. –1996. – № 30. – Ст. 141.

<sup>10</sup> Про Регламент Верховної Ради України : Закон України від 10 лютого 2010 р. № 1861-VI в редакції від 3 серпня 2017 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1861-17/paran465#n465>

<sup>11</sup> Про статус народного депутата України : Закон України від 17 листопада 1992 р. № 2790-XII в редакції від 1 січня 2017 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2790-12>

<sup>12</sup> Висновок Венеціанської Комісії від 13 червня 2005 р. № 339 / 2005 щодо Закону про внесення змін до Конституції від 8 грудня 2004 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://lib.rada.gov.ua/static/about/text/venez\\_konst.html](http://lib.rada.gov.ua/static/about/text/venez_konst.html)

<sup>13</sup> Рішення Конституційного Суду України від 25 вересня 2008 р. № 12-рп/2008 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-08>

<sup>14</sup> Венгер В. Поняття та політико-правова природа фракційної дисципліни в парламенті / В. Венгер // Вибори та демократія. – 2011. – С. 42–47. – С. 44–45.

<sup>15</sup> Токар О. В. Процедурні та правові аспекти формування депутатських об'єднань Верховної Ради України / О. В. Токар. – К. : НІСД, 2012. – 37 с. – С. 15.

<sup>16</sup> Венгер В. Вказана праця. – С. 45.

#### Резюме

##### **Романюк І. Р. Фракційні міграції в Україні: теорія та прагматичний позитивізм.**

Стаття присвячена аналізу теоретичних та законодавчих положень, що стосуються фракційних міграцій. З цією метою в статті розкривається поняття фракції, її складу та процесу формування, розглядаються поняття фракційної єдності, вільного та імперативного мандату, підстава дострокового припинення повноважень парламентаря, пов'язаного з членством в депутатській фракції. Пропонується внесення змін до законодавства з метою уникнення колізії правового регулювання, формування єдиного підходу до правозастосування, а також збільшення ефективності діяльності законодавчого органу нашої держави.

**Ключові слова:** фракція, фракційна єдність, фракційні міграції.

#### Резюме

##### **Романюк І. Р. Фракционные миграции в Украине: теория и прагматический позитивизм.**

Статья посвящена анализу теоретических и законодательных положений, касающихся фракционных миграций. С этой целью в статье раскрываются понятие фракции, ее состав и процесс формирования, рассматривается понятие фракционного единства, свободного и императивного мандата, основание досрочного прекращения полномочий парламентария, связанного с членством в депутатской фракции. Предлагается внесение изменений в законодательство с целью избежания коллизии правового регулирования, формирования единого подхода к правоприменению, а также увеличение эффективности деятельности законодательного органа нашего государства.

**Ключевые слова:** фракция, фракционная единство, фракционные миграции.

#### Summary

##### **Romaniuk I. Factional Migrations in Ukraine: Theory and Pragmatic Positivism.**

The article is devoted to the analysis of the theoretical and legal provisions concerning factional migrations. The article reveals the concept of a faction, its composition and the process of its formation, the concept of factional unity, free mandate and imperative mandate, the cases of early termination of the authority of the People's Deputy of Ukraine. It is proposed to amend the legislation in order to avoid a conflict within legal regulation, to form a unified approach to law enforcement, as well as to increase the effectiveness of the legislative body of our state.

**Key words:** faction, factional unity, factional migration.

**О. В. СКРИПНЮК, К. О. САВЧУК**

*Олександр Васильович Скрипнюк, доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, заступник директора Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

*Костянтин Олександрович Савчук, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

### **ОРИГІНАЛЬНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ ТЕОРЕТИЧНИХ ПРОБЛЕМ КОНСТИТУЦІЙНОГО МЕХАНІЗМУ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ\***

Нещодавно вийшла друком індивідуальна монографія кандидата юридичних наук, доцента, заслуженого юриста України Володимира Анатолійовича Шатіла, присвячена концептуальним проблемам конституційного механізму державної влади. Ця робота є результатом багаторічних досліджень науковця в галузі вітчизняного та зарубіжного конституційного права.

Автор рецензованої монографії поставив перед собою досить амбітну мету, що полягає в комплексному дослідженні поняття, структури, принципів та особливостей функціонування конституційного механізму державної влади крізь призму проблем співвідношення організаційних структур та функцій державної влади, і слід зазначити, що йому загалом вдалося цю мету реалізувати.

У монографії ґрунтовно розкривається виникнення та основні етапи розвитку доктринальних концепцій щодо конституційного механізму державної влади, які, як справедливо зазначає сам автор, привертати увагу «вчених і філософів величезного історичного періоду – від філософських тлумачень Стародавнього світу до наукових монографій ХХІ ст.» (С. 9). Досліджуючи світові моделі конституційного механізму державної влади автор пропонує розрізнити 4 моделі конституціоналізму: 1) модель парламентського конституціоналізму із елементами партійного конституціоналізму із судовою владою як структурою, яка виконує функції противаги, наводячи в якості класичного прикладу такої моделі Велику Британію; 2) модель президентського конституціоналізму (президентіалізму) із елементами партійного конституціоналізму та із судовою владою як структурою, що виконує функції противаги, розглядаючи в якості зразка такої моделі США; 3) модель конкурентного конституціоналізму, в умовах якого обраний народом президент і парламентська більшість та різні політичні сили, які входять до неї, конкурують між собою (Франція); 4) модель аксіологічного конституціоналізму скандинавських країн у вигляді доктрини «дієвого права» або розподілу (балансу влади) (С. 48–52). Варто зазначити що подібна класифікація видається достатньо науково обґрунтованою. Водночас викликає заперечення віднесення автором Німеччини до моделі конкурентного конституціоналізму, оскільки в Німеччині, на відміну від Франції, президент має здебільшого представницькі функції й наділяється серйозними політичними повноваженнями лише у виключних випадках. Характеризуючи український конституціоналізм, автор справедливо зазначає, що він «формувався на слабко розвинених етатистських традиціях радянського та пострадянського періодів, які поєднувалися із криміналізацією інститутів державної влади та зростанням політичної впливовості олігархату» (С. 59) і стверджує, що навіть сьогодні він має переважно номінальний та уявний характер. Шляхами виходу з такої ситуації він називає «розвиток конституційних ідей і досвіду конституційної практики, зростання і вкорінення конституційних установ і правосвідомості».

Другий розділ рецензованого дослідження автор присвятив розкриттю загальнотеоретичних засад дослідження конституційного механізму державної влади та визначення його структури. На основі аналізу значної кількості вітчизняних та зарубіжних джерел він пропонує своє власне розуміння поняття «конституційний механізм державної влади», визначаючи його як «засновану на правових принципах єдину систему взає-

---

© О. В. Скрипнюк, К. О. Савчук, 2017

\* Рецензія на кн.: Шатіло В. А. Теоретичні проблеми конституційного механізму державної влади: співвідношення організаційних структур та функцій (вітчизняний і світовий досвід): монографія. – К.: Видавництво «Юридична думка», 2017. – 364 с.

мопов'язаних, публічних, легальних, нормативно визначених та організаційно та функціонально забезпечених інститутів, що мають на меті практичну реалізацію функцій держави та спираються на наявні ресурси» (С. 91). Серед організаційних принципів конституційного механізму державної влади автор називає принципи єдності та поділу державної влади, народного суверенітету, гласності, законності та верховенства права, юридичної рівності суб'єктів конституційного механізму державної влади, демократизму механізму державної влади, легітимності конституційного механізму державної влади; унітарності територіального устрою. Стосовно функцій конституційного механізму державної влади автор вважає доцільним здійснювати їхню диференціацію за такими критеріями як сфера діяльності суб'єктів такого механізму, принцип поділу державної влади та зміст діяльності суб'єктів. Структуру конституційного механізму державної влади автор визначає як «складну багаторівневу систему нормативних та організаційно-правових засобів, за допомогою яких здійснюється цілеспрямований, результативний вплив на державно-владні відносини за допомогою взаємообумовленого, збалансованого функціонування всіх структурних елементів з метою створення оптимальних політичних, економічних, соціальних, духовно-культурних, ідеологічних, правових та інших умов для функціонування суверенної, незалежної, демократичної держави» (С. 157).

У третьому розділі монографії автор намагається дати розгорнуту функціональну характеристику окремих елементів структури конституційного механізму державної влади, зокрема парламенту, президенту, виконавчої влади, судової влади та прокуратури тощо. Варто відмітити, що у своєму дослідженні автор широко використовує порівняльний метод, не обмежуючись аналізом норм конституційного права України, а навпаки аналізує досвід багатьох зарубіжних держав.

Сподіваємося, що монографія В. А. Шатіла буде корисною як вітчизняним науковцям, аспірантам, студентам і викладачам, так і практичним працівникам і керівникам органів державної влади та місцевого самоврядування України, та й всім, хто цікавиться проблемами організації і функціонування державної влади в Україні та зарубіжних державах.

### С. В. ПРИЛУЦЬКИЙ

*Сергій Валентинович Прилуцький, доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ ДОСЛІДЖЕННЯ ШЕНГЕНСЬКОГО ПРОСТОРУ\*

Монографія висвітлює основні передумови становлення Шенгенського простору, зокрема, інтеграцію держав у межах європейських співтовариств – Європейського Співтовариства вугілля та сталі, Європейського економічного співтовариства та Євроатому. З розвитком європейських співтовариств європейська інтеграція пройшла економічний, політичний, соціальний та правовий рівні такого процесу. У 50–70-х рр. європейські співтовариства поступово здійснювали відкриття внутрішніх кордонів їх держав-членів, посилюючи при цьому зовнішні кордони. Однак з огляду на неготовність держав співтовариств передати вирішення даних питань до компетенції європейських співтовариств ці питання належним чином не були врегульовані.

Автором належним чином встановлено, що процес європейської інтеграції в рамках Європейського Союзу пройшов всі етапи свого розвитку – починаючи від створення зони вільної торгівлі, пройшовши митний союз, спільний ринок та економічний союз – закінчуючи політичним союзом. Іншими словами, досяг рівня координації економічної, зовнішньої та внутрішньої політики держав-членів Європейського Союзу. Однією з важливих сфер співпраці між державами під час європейської інтеграції є створення Шенгенського простору.

У монографії детально розглядаються ухвалені інститутами ЄС документи, що є складовими Шенгенського асвісу та формують основні напрями співробітництва держав-членів у межах Шенгенського простору. До таких напрямів належать: правова співпраця держав-членів Шенгенського простору в реалізації спільної візової політики ЄС; спільної імміграційної політики ЄС; співробітництво держав-членів Шенгенського простору у сфері прикордонного співробітництва; співпраця правоохоронних органів держав-членів ЄС у сфері забезпечення внутрішньої безпеки; співробітництво держав-членів Шенгенського простору в питаннях надання притулку; співробітництво держав-членів Шенгенського простору у сфері захисту персональних даних; співробітництво в межах Шенгенської та Візової інформаційних систем; співпраця держав-членів ЄС у реалізації ними Шенгенського асвісу у відносинах із третіми країнами.

Спеціальна увага приділена положенням Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, що є найбільш ефективним міжнародно-правовим інструментом співробітництва України з Європейським Союзом. Автором проаналізовано низку договорів, зокрема, у сфері візової політики.

© С. В. Прилуцький, 2017

\* Рецензія на кн.: *Мушак Н. Б. Правові засади функціонування Шенгенського простору: монографія / Мушак Наталія.* – Одеса: Фенікс, 2017. – 442 с.

У роботі Н. Б. Мушак відзначено, що укладаючи міжнародні договори з ЄС та його державами-членами, а також розробляючи внутрішні нормативно-правові акти, на основі яких має відбуватися імплементація їхніх положень, Україна долучається до процесу виконання Шенгенських *acquis* Євросоюзу, що, у свою чергу, створює передумови для забезпечення свободи руху її громадян територіями держав Шенгенського простору.

Монографія написана на основі нових теоретичних і емпіричних матеріалів з використанням цілої низки зарубіжних і вітчизняних джерел.

Значна увага в монографічному дослідженні приділяється співробітництву України з державами Шенгенського простору, що не є членами Євросоюзу. Як правило, така співпраця відбувається шляхом укладення міжнародних договорів переважно на двосторонній основі. Прикладами такої співпраці є укладені договори у кримінальних справах, у боротьбі з нелегальною імміграцією, угоди про реадмісію осіб та угоди про спрощення візового режиму. Останні правові акти є важливими кроками нашої держави у процесі лібералізації режиму поїздок громадян України на територію європейських держав. У свою чергу, реалізація положень таких угод сприятиме подальшому розвитку тісних відносин між Україною та державами Шенгенського простору, а також розвитку економічних, гуманітарних, культурних, наукових та інших зв'язків між сторонами.

Отже, монографія Мушак Наталії Богданівни є актуальною і своєчасною науковою працею, яка не лише пропонує вирішення назрілих проблем у функціонуванні Шенгенського простору, а й відкриває широкий простір для роздумів і дискусій як серед учених-правників, так і серед юристів-практиків.

### О. О. ХАРЧУК

*Олександр Олександрович Харчук, кандидат юридичних наук, доцент кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства Київського університету права НАН України*

## БАГАТОПЛАНОВЕ ДОСЛІДЖЕННЯ ТОРГОВОГО ПРАВА НІМЕЧЧИНИ\*

Нещодавно вийшла друком цікава та самобутня індивідуальна монографія нашої колеги, наукової співробітниці відділу міжнародного права та порівняльного правознавства Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України та одночасно доцента кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства Київського університету права НАН України Проценко Ірини Миколаївни. Вона присвячена нетривіальному питанню – історії становлення торгового права Німеччини, його сутності та змісту. Актуальність цього видання є беззаперечною, оскільки торгівля, як один із основних сегментів економіки, потребує особливого правового регулювання, яке б створило необхідні обставини для швидкого та злагодженого її здійснення у прозорих та безпечних умовах, які б, відповідно, забезпечили максимальну ефективність та прибутковість торгового обігу. Німеччина якраз належить до числа держав, які мають саме таке правове регулювання і його якість перевірена сторіччями. Натомість Україна, як республіка СРСР, протягом ХХ ст. будувала економічні відносини на основі неефективних командно-адміністративних методів і ставши незалежною змушена була самотужки створювати правове регулювання торгових відносин, яке б відповідало сучасним вимогам ринкової економіки. Звичайно, що за двадцять шість років незалежності в державі вже напрацьована система законодавчого регулювання торгових відносин, однак невирішених питань залишилося ще багато і відповіді на них можна знайти в праві іноземних держав. До того ж, на наш погляд, із зміцненням української економіки, в основу приватного права та цивільно- і господарсько-процесуального права України варто буде покласти принцип «презумпції професійної підготовки підприємця», який сприятиме прискоренню торгового обігу й окремі аспекти якого також розкрито в індивідуальній монографії І. М. Проценко.

На нашу думку, однією з прикметних ознак монографії є те, що авторка хоча й обґрунтовано доводить, що торгове право в Німеччині за своєю сутністю є виключно приватним правом, разом із цим розкриває багато аспектів, які є цікавими і для фахівців з міжнародного економічного права. Такими є висновки авторки щодо характерних рис, змісту та структури *jus mercatorum* та *jus mercatoria*, які також можна розглядати як систему чинного в рамках ряду країн Європи заснованого переважно на звичаях уніфікованого (схожого) приватно-правового регулювання торгових відносин і дані висновки сприяють кращому розумінню сутності сучасної теорії *Lex mercatoria*. Окрім цього, І. М. Проценко значну увагу приділила правовим засадам Німецького митного союзу 1834–1866 рр., який зміг дати поштовх до формування єдиного торгового законодавства в рамках німецьких земель, не готових до політичного об'єднання. Цей історичний приклад є ще одним доказом того, що в сфері міждержавних економічних відносин можна більш швидко запровадити уніфіковане правове регулювання, ніж в інших сферах міжнародного співробітництва. Окрім цього, в індивідуальній монографії показано вплив права ЄС на регулювання окремих видів приватно-правових відносин у Німеччині. Розкриття цих аспектів надало проведеному дослідженню глибини і багатоплановості.

© О. О. Харчук, 2017

\* Рецензія на кн.: *Проценко І. М. Торгове право Німеччини: історія становлення та сучасний стан: монографія* / І. М. Проценко; за наук. ред. В. Н. Денисова. – Одеса: Фенікс, 2017. – 280 с.

До позитивних ознак монографії І. М. Проценко слід також віднести доступність викладення матеріалу, обґрунтованість висновків та слушністю зроблених пропозицій щодо вдосконалення законодавства України.

Крім цього, до позитивних рис індивідуальної монографії І. М. Проценко також слід віднести опрацювання нею доволі широкої, переважно німецькомовної, джерельної бази, до якої, окрім монографій та підручників з цивільного та торгового права Німеччини, входять також законодавчі акти цієї держава (й окремі нормативно-правові акти Австрії та Швейцарії) та рішення Конституційного суду ФРН, а також Федерального верховного суду Німеччини, що значно підвищило цінність проведеного дослідження.

Таким чином, індивідуальна монографія І. М. Проценко буде цікавою всім фахівцям, які вивчають торгове право України та зарубіжних країн, а також всім, хто спеціалізується на міжнародному економічному праві.

### П. Л. ЯРОЦЬКИЙ

*Петро Лаврентійович Яроцький, доктор філософських наук, професор, провідний науковий співробітник відділення релігієзнавства Інституту філософії ім. Г. С. Сковороди НАН України*

## АКТУАЛЬНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ КАТОЛИЦЬКОЇ ЦЕРКВИ В МІЖНАРОДНОМУ ПРАВОПОРЯДКУ\*

Монографічне дослідження Михайла Івановича Отроша «Місце і роль Католицької церкви у міжнародному правопорядку» присвячено актуальній, як з точки зору теорії міжнародного права, так і з огляду на практику державно-церковних відносин, темі. Автор монографії проаналізував місце і роль Католицької Церкви у міжнародному правопорядку від перших століть християнства і до сьогодні. У монографічному дослідженні також висвітлено правову природу Католицької Церкви та її міжнародно-правову доктрину, аналіз яких проведено на основі офіційних документів Святого Престолу та з урахуванням позицій світської і церковної науки про діяльність католицизму на міжнародній арені та його вплив на розвиток міжнародного права й міжнародних відносин.

Актуальність теми монографічного дослідження викликана, як зауважується, відсутністю в науці міжнародного права, у т.ч. і вітчизняній, комплексного дослідження міжнародно-правової природи Католицької Церкви та її міжнародно-правової доктрини, яке б враховувало відповідні документи Святого Престолу та останні публікації і праці з тих чи інших аспектів порушеної проблематики. Водночас нагальна потреба в такому дослідженні є очевидною, особливо після встановлення 8 лютого 1992 р. дипломатичних відносин між Україною і Ватиканом, оскільки для зовнішньополітичного відомства України та інших органів виконавчої влади нашої держави набуває особливої актуальності правильне розуміння місця й ролі Католицької Церкви як у міжнародному правопорядку, так і в житті нашої країни, на території якої мешкає понад 10 млн католиків латинського і східного обрядів.

Займаючись багато років релігійними дослідженнями, зокрема католицизмом, розумію автора монографії, як не легко було йому досліджувати названу тему під кутом зору міжнародного права, адже в оцінці діяльності Католицької Церкви, у тому числі на міжнародній арені, як світські дослідники, так і християнські автори різних конфесій, дуже розходяться. Однак це не завадило автору монографії, як свідчить аналіз дослідження, уникнути крайніх точок зору і досягти потрібної об'єктивності при аналізі церковно-політичних подій, що відбувалися впродовж майже двох тисяч років за участі Католицької Церкви. Заслуговує на особливу увагу також і те, що, незважаючи на достатньо велику кількість використаних при підготовці монографії джерел, справжню основу теоретичної бази дослідження становлять насамперед міжнародні договори, що стосуються Католицької Церкви, і католицькі нормативно-правові акти та інші документи, зокрема Кодекс канонічного права 1983 року, Кодекс канонів Східних Церков 1990 року, апостольська конституція «Pastor Bonus» 1988 року, Катехизм Католицької Церкви 1992 року, Компендіум соціальної доктрини Церкви 2004 року, документи Вселенських соборів (325–870 рр.), I Ватиканського собору (1869–1870 рр.) та II Ватиканського собору (1962–1965 рр.), а також офіційні акти Папи Римського та Римської курії – енцикліки, апостольські конституції, послання, звернення тощо, які є офіційними документами Католицької Церкви і містять католицьке бачення щодо розв'язання тих чи інших проблем у людському суспільстві, у тому числі й у рамках міжнародного співтовариства.

У монографії виразно показано, що інтереси Католицької Церкви у відносинах із суб'єктами міжнародного права (державами й міжнародними організаціями) та іншими Церквами забезпечуються системою підпорядкованих Папі Римському органів дипломатичного й недипломатичного характеру. Значну увагу автор

© П. Л. Яроцький, 2017

\* Рецензія на кн.: *Отрош М. І. Місце і роль Католицької церкви у міжнародному правопорядку.* – Одеса: Фенікс, 2017. – 596 с.

монографії приділив аналізу католицької концепції природного міжнародного права, специфіки церковної концепції у сфері захисту прав людини, позиції Католицької Церкви щодо зміцнення миру і безпеки та її внеску в утвердження миру і врегулювання міжнародних спорів. У монографії проаналізовано також католицький підхід до розв'язання глобальних проблем у людському суспільстві та ідеї Католицької Церкви щодо необхідності реформування засадничих правил та організації міжнародного співтовариства.

У монографії докладно аналізується доктрина Католицької Церкви щодо діалогу між релігіями, з якою, будучи фахівцем із релігійних питань, ознайомився з особливим інтересом. Католицька Церква, починаючи з II Ватиканського собору (1962–1965 рр.), бере активну участь у підтриманні міжрелігійного та екуменічного діалогу (у тому числі католицько-православного – як напряду в екуменічному діалозі, що започаткував новий етап у пошуках взаємного зближення для досягнення єдності), чим робить, як справедливо зауважує автор монографії при всебічному висвітленні цієї проблематики, вагомий внесок в утвердження миру та взаєморозуміння між релігіями й народами.

Підсумовуючи, хочеться зазначити, що автор монографії продемонстрував високий теоретичний рівень викладу матеріалу, логічно та послідовно здійснив науковий аналіз ключових проблем предмету дослідження. Вищенаведені аргументи дають підстави для висновку, що рецензована монографія М. І. Отроша на тему «Місце і роль Католицької церкви у міжнародному правопорядку» є, без перебільшення, непересічним позитивним явищем у вітчизняній науці, і не тільки юридичній.

### **Візит делегації КУП НАНУ до Дебреценського університету**

11 вересня 2017 р. в рамках візиту делегації КУП НАН України до Угорщини студенти університету разом із ректором, професором Юрієм Бошицьким відвідали юридичний факультет Дебреценського університету – найбільший навчальний заклад м. Дебрецен та один із провідних університетів Угорщини. Делегація зустрілася з деканом юридичного факультету, професором Веронікою Сікорою, а також налагодили зв'язки з керівництвом студентського парламенту Дебреценського університету.

Під час зустрічей студенти гідно представили Київський університет права та проінформували угорську сторону про значну кількість спільних проєктів КУП НАН України з провідними університетами Грузії, Азербайджану, Угорщини та відомими іноземними організаціями, а також про конференції та майстер-класи, які регулярно відбуваються в Київському університеті права НАН України.

Представники професорського складу юридичного факультету Дебреценського університету та ректор Київського університету права, професор Юрій Бошицький обговорили майбутню співпрацю та організацію спільних українсько-угорських проєктів.

### **Візит делегації КУП НАНУ до Конституційного суду Угорщини**

12 вересня 2017 р. в рамках візиту до Угорщини делегація Київського університету права НАН України відвідала Конституційний суд країни.

Візит був здійснений на запрошення та за сприяння омбудсмена Парламенту Угорщини Аттілі Петерфалві, *honoris causa* КУП НАНУ.

Під час зустрічі представники апарату Конституційного суду Угорщини розповіли студентам про структуру, основні функції, поточну роботу й діяльність установи, а також про особливості розгляду окремих категорій справ суддями Конституційного суду Угорщини.

Упродовж тривалої бесіди представники Суду на чолі зі суддею Конституційного суду Угорщини Dr. Balázs Schanda та делегація Київського університету права обговорили проблеми конституційного права України та Угорщини, окремі аспекти порівняльного конституційного права та системи національного й міжнародного права в цілому.

У рамках візиту делегація КУП НАНУ також оглянула будівлю суду, зал судових засідань та музей, розташований на території зазначеної установи.

### **Презентація робіт студентів КУП НАНУ в офісі Президента Національного комітету Угорщини з питань захисту персональних даних**

13 вересня 2017 р. студенти Київського університету права НАН України в рамках візиту до Угорщини представили свої дослідження на тему окремих аспектів законодавства у сфері захисту персональних даних.

У ході конференції студенти ґрунтовно розкрили питання захисту персональних даних як в Україні, так і в окремих країнах Європейського союзу, гідно представивши свій університет. Після закінчення офіційної частини делегація Київського університету права на чолі з ректором Юрієм Бошицьким була запрошена на зустріч з угорським омбудсменом Аттілою Петерфалві. На обговорення були винесені питання щодо сучасних аспектів діяльності захисту персональних даних, а саме дослідження питань у сфері захисту персональних даних на місцевому та регіональному рівнях, відповідної стратегії та можливих перспектив її розвитку. Також обговорювалися питання особливостей національно-правового підґрунтя функціонування інституту омбудсмена в Угорщині, його структура та вектори міжнародного співробітництва.

Результати цієї надзвичайно плідної зустрічі стануть корисними не лише для розвитку теоретичних і практичних навичок студентів факультетів правознавства й міжнародних відносин КУП НАН України, а й важливим кроком на шляху розвитку співробітництва між Україною та Угорщиною в правовій та освітній сферах.

### **Зустріч делегації КУП НАНУ з Надзвичайним і Повноважним Послом України в Угорщині Любов'ю Непоп**

13 вересня 2017 р. під час візиту делегації КУП НАН України до Угорщини в рамках конкурсного проєкту з питань захисту персональних даних та прозорості повноважень органів державної влади відбулася

зустріч Надзвичайного і Повноважного Посла України в Угорщині пані Любові Непоп із ректором Київського університету права НАН України, професором Юрієм Бошицьким та студентами університету.

Під час зустрічі сторони обговорили майбутню співпрацю та організацію спільних проєктів, зокрема й за підтримки Посольства України в Угорщині, що проводитимуться в Україні та Угорщині.

Наприкінці зустрічі ректор КУП НАН України Юрій Бошицький запросив Надзвичайного і Повноважного Посла України в Угорщині пані Любов Непоп відвідати Університет та провести майстер-клас для студентів та викладачів.

### **Зустріч делегації КУП НАНУ з Головою департаменту Державного комітету Угорщини з прав людини Ковачем Желтом**

13 вересня 2017 р. делегація студентів Київського університету права НАН України на чолі з ректором, професором Юрієм Бошицьким відвідала Офіс Омбудсмена з питань захисту прав людини Угорщини, де ознайомилася з історією виникнення, структурою, правовим статусом та поточною діяльністю відповідної інституції.

У сучасному світі питання захисту прав і свобод людини є надзвичайно актуальним аспектом функціонування як національної, так і міжнародної системи права. У найбільш прогресивних та розвинених державах обов'язок щодо здійснення контролю за забезпеченням захисту прав людини та реалізації законних інтересів громадян у діяльності органів влади та посадових осіб покладається на відповідну посадову особу – омбудсмена.

Під час зустрічі з професором Ковачем Желтом студенти мали змогу обговорити сучасні аспекти діяльності Уповноваженого Державних Зборів (Парламенту) Угорщини з прав людини, а саме результати останніх досліджень Офісу омбудсмена у галузі захисту прав інвалідів, дітей, прав національних меншин та проблем захисту довкілля. Окрема увага була приділена особливостям національно-правового підґрунтя функціонування інституту омбудсмена в Угорщині, його структурі та напрямам міжнародного співробітництва. У ході дискусії, серед іншого, було також обговорено питання компетенції та діяльності інституту омбудсменів в цілому.

### **Презентація Антиплагіатної Інтернет-системи компанії «Плагіат»**

19 вересня 2017 р. в приміщенні Київського університету права НАН України за сприяння професора Юрія Бошицького відбулася презентація Антиплагіатної Інтернет-системи Plagiat.pl.

Директор офіційного представництва компанії Plagiat.pl в Україні, к.т.н. Олександр Стрямець поінформував присутніх на заході, що представлена ним Інтернет-система, перш за все, призначена для перевірки оригінальності текстів, які представляють аспіранти та студенти перед захистом своїх бакалаврських та магістерських дипломних робіт. Крім того, програмний продукт використовується іншими державними і приватними установами, які прагнуть захищати власні авторські права.

О. Стрямець зазначив, що даний програмний комплекс автоматично перевіряє автентичність тексту та має простий і зручний для користування інтерфейс.

Компанія Plagiat.pl, міжнародним брендом якої є StrikePlagiarism.com, була заснована у червні 2002 р. з метою надання допомоги викладачам, які боролися з «чужою» плагіату у вишах. Як результат, виникла Антиплагіатна Інтернет-система Plagiat.pl, яка стала потужною відповіддю поширеній проблемі використання студентами методу «сору/paste» у своїх дипломних роботах і дисертаціях.

Нині компанія є лідером у своєму сегменті на ринках Польщі та Румунії, активно працює в Україні, Казахстані, Азербайджані, Молдові, Німеччині та Колумбії під брендом StrikePlagiarism.com.

У ході зустрічі представники компанії мали нагоду обговорити з професорсько-викладацьким складом Університету сучасні вимоги, які висуваються перед вищими навчальними закладами України та світу, а також роль і місце процесу виявлення та запобігання поширенню плагіату в рамках захисту та підвищення якості освіти.

### **Майстер-клас Н. Серебрянникової на тему: «Ораторське мистецтво як бізнес-комунікація»**

20 вересня 2017 р. на базі Київського університету права НАН України відбувся майстер-клас кандидата історичних наук, філолога, антрополога, тренера з риторики й ораторського мистецтва, члена «Європейської асоціації ділових жінок» Наталії Серебрянникової на тему: «Ораторське мистецтво як бізнес-комунікація».

На майстер-класі студенти ознайомилися з предметом риторики і галузями її застосування, загальними поняттями та структурою, основними напрямами взаємодії з аудиторією, навчилися трактувати жести й міміку співрозмовника, отримали знання про практичні техніки тілесних налаштувань на опонента.



Пані Наталя ґрунтовно розповіла про структуру публічного виступу та виокремила найбільш популярні проблеми під час презентації доповідача, що є надзвичайно важливим для майбутніх юристів і дипломатів.

Дуже приємним доповненням до основної частини виступу стало окреме зосередження уваги студентів на тайм-менеджменті.

Після завершення майстер-класу студенти мали можливість поставити питання пані Наталії.

Майстер-клас викликав жвавий інтерес у присутніх, адже всі методи, приклади та підказки перевірені багаторічною практикою відомих тренерів з ораторського мистецтва.

### **Лекція-дискурс на тему: «Співпраця України з ЄС в межах Угоди про Асоціацію»**

11 жовтня 2017 р. у Київському університеті права НАН України під керівництвом к.ю.н., доцента кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства Наталії Богданівни Мушак відбулась лекція-дискурс для студентів третього курсу факультету правознавства та міжнародних відносин на тему «Співпраця України з Європейським Союзом в межах Угоди про Асоціацію».

Мета лекції полягала в тлумаченні та аналізі правових актів, що регулюють правові відносини між Україною та Європейським Союзом.

Окрема увага лектора було зосереджена на положеннях Угоди про Асоціацію, що стосуються розділів «Політичного діалогу та реформ, політичної асоціації, співробітництва і конвергенції у сфері закордонних справ та політики безпеки», «Юстиції, свободи та безпеки», «Економічного та галузевого співробітництва», «Фінансового співробітництва», «Інституційних, загальних та заключних положень».

Зважаючи на підписання, ратифікацію, дію міжнародного документу та його подальшу імплементацію до національного законодавства України, присутніми зазначено, що будуть створені нові можливості для регіонального співробітництва між Україною та Європейським Союзом, а саме можливість України інтегруватися у внутрішній ринок ЄС, а також можливість для громадян України використовувати переваги свободи пересування територією держав-членів Європейського Союзу як громадян третьої країни.

Пані Мушак наголосила, що дієвими правовими інструментами України на її шляху до реалізації свободи пересування громадян України територією держав-членів Європейського Союзу є укладені нашою державою з державами-членами Європейського Союзу міжнародні угоди про місцевий прикордонний рух. Зокрема, було зазначено, що запровадження даного інструменту візової лібералізації у відносинах України з ЄС стало першим практичним кроком Європейського Союзу у відповідь на введення в односторонньому порядку Україною безвізового режиму для громадян держав-членів Європейського Союзу у 2005 р. Указом Президента України від 26 липня 2005 р. було встановлено, що, починаючи з 1 вересня 2005 р. запроваджується безвізовий режим в'їзду в Україну та транзитного проїзду через територію країни для громадян держав-членів Європейського Союзу, Швейцарської Конфедерації та Князівства Ліхтенштейн, якщо термін перебування їх в Україні не перевищуватиме 90 днів.

Важлива увага також була зосереджена на правовій основі договорів про місцевий прикордонний рух – Регламенті № 1931/2006/ЄС, ухваленого Європарламентом та Радою ЄС для спрощення руху осіб у прикордонній зоні на зовнішніх кордонах держав-членів ЄС з третіми країнами. Згідно з документом держави-члени Європейського Союзу отримали повноваження підписувати двосторонні угоди про прикордонний рух із третіми країнами з метою запровадження єдиного режиму руху осіб у прикордонній зоні (п. 2 ст. 13 Регламенту).

Наталією Богданівною було проаналізовано укладені Україною двосторонні угоди про місцевий прикордонний рух з Польщею, Словаччиною, Угорщиною та Румунією. Нині такі угоди підписані з усіма переліченими вище державами-членами ЄС: Угода між Кабінетом Міністрів України та Урядом Угорської Республіки про правила місцевого прикордонного руху від 18.09.2007 р. (набрання чинності 11.01.2008 р.), 2) Угода між Кабінетом Міністрів України та Урядом Республіки Польща про правила місцевого прикордонного руху від 28.03.2008 р. (набрання чинності 01.07.2009 р.), 3) Угода між Україною та Словацькою Республікою про місцевий прикордонний рух від 30.05.2008 р. (набрання чинності 27.09.2008 р.); 4) Угода між Кабінетом Міністрів України та Урядом Румунії про місцевий прикордонний рух від 02.10.2014 р.

Відповідно до угод громадяни України мають право реалізувати власну свободу пересування територією прикордонної зони однієї з держав-членів Євросоюзу. Даними можливостями мають змогу скористатися ті громадяни України, що проживають принаймні три роки постійно (далі – прикордонні жителі) у населених пунктах уздовж державного кордону. Вони мають право в'їздити на територію прикордонної зони та перебувати на ній за наявності дозволу на спрощений перетин кордону без будь-яких інших додаткових дозволів на території прикордонної зони іншої договірної сторони.

Студенти третього курсу факультету правознавства та міжнародних відносин взяли активну участь в обговоренні питань та наданні пропозицій щодо пріоритетних напрямів співробітництва між Україною та Європейським Союзом, зважаючи на набуття чинності Угоди про Асоціацію.

### **Круглий стіл на тему: «Актуальні аспекти діяльності Ради Європи: сучасні виклики та перспективи»**

18 жовтня 2017 р. у Київському університеті права НАН України кафедрою міжнародного права та порівняльного правознавства було проведено круглий стіл на тему: «Актуальні аспекти діяльності Ради Європи: сучасні виклики та перспективи».

Студенти обговорили питання захисту прав людини, верховенства права та зміцнення демократії, що є пріоритетними цілями в розробленні стандартів Ради Європи. При цьому, здобуток діяльності Ради Європи величезний. Це більш як 170 конвенцій, хартій, інших багатосторонніх угод, а також велика кількість ухвалених Парламентською асамблеєю та Комітетом міністрів резолюцій та рекомендацій.

Протягом засідання круглого столу розглядалися питання боротьби з тероризмом в рамках Ради Європи, правові аспекти маніпулювання результатами спортивних змагань, правове регулювання боротьби з корупцією в рамках Ради Європи та інші.

### **Круглий стіл на тему: «Актуальні аспекти діяльності ООН в Україні»**

24 жовтня 2017 р. світове співтовариство відзначає Міжнародний день Організації Об'єднаних Націй. Цей день є річницею з моменту прийняття Статуту ООН – документу, який описує всі цілі та напрями в роботі ООН.

До 72-ї річниці ООН кафедрою міжнародного права та порівняльного правознавства було проведено круглий стіл на тему: «Актуальні аспекти діяльності ООН в Україні». На початку круглого столу студенти переглянули відеозвернення генерального секретаря ООН Антоніу Гутерреша, де він висвітлив основні виклики діяльності Організації. Студенти презентували свої проектні роботи, де висвітлювали різноманітні сучасні питання діяльності ООН в Україні. Зокрема, було зазначено, що ООН в Україні співпрацює з урядом і народом України з метою розбудови культури гідності, завдяки розумінню та повазі до прав людини, для забезпечення миру та перетворень в Україні. Крім того, було розглянуто питання діяльності Команди ООН на Сході України, яка складається з одинадцяти агенцій, фондів та програм, які присутні на Сході України. Ця платформа спрямована на покращення координації та результатів роботи ООН з відновлення, побудови миру і розвитку на підконтрольних урядові територіях на Сході України. Також було проаналізовано Національну доповідь Уряду України про «Цілі сталого розвитку: Україна» від 15 вересня 2017 р., яка визначає базові показники для досягнення Цілей сталого розвитку. У доповіді представлені результати адаптації 17 глобальних Цілей сталого розвитку з урахуванням специфіки національного розвитку.

Особливий інтерес викликали питання діяльності ООН у молодіжній сфері. Зокрема, Система ООН в Україні координує свою роботу з молоддю та заради неї завдяки Робочій групі у справах молоді, а також Молодіжній консультативній раді ООН. У цьому напрямі ООН інтенсивно співпрацює з Міністерством у справах молоді і спорту України та іншими національними партнерами, у рамках розробки нової Молодіжної програми на 2015–2020 роки, ключові моменти якої було відображено в презентаціях студентів.



### До відома авторів

Просимо вас дотримуватися правил підготовки, комплектації та оформлення рукописів для «Часопису Київського університету права». Авторські рукописи мають бути оформленими відповідно до державних стандартів і відповідати вимогам Постанови ВАК України №7-05/1 від 15.01.2003 р.: «...приймати до друку... лише наукові статті, які мають такі необхідні елементи: постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями; аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор; виділення невиділених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття; формулювання цілей статті (постановка завдання); виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів; висновки з даного дослідження і перспективи подальших розвідок у даному напрямі» (Бюлетень ВАК України, № 1, 2003).

1. Редакція приймає до друку статті українською або російською, або англійською мовами.

Файл з текстом наукової статті має містити:

– відомості про автора (ім'я, по батькові повністю, прізвище, вчений ступінь, вчене звання, посада, місце роботи, службовий і мобільний телефони, E-mail);

– розширене УДК статті;

– назва статті, резюме (500–700 знаків) та ключові слова (5–7 слів або словосполучень) українською, російською та англійською мовами);

– окремим файлом надається розширена (1,5–2 сторінки: шрифт – 14 pt.; інтервал між рядками – 1,5) анотація англійською мовою.

До тексту додається рецензія-рекомендація.

2. Вимоги до оформлення тексту рукопису.

2.1. Папір формату А4; параметри сторінки: верхній і нижній береги – 20 мм, лівий – 30 мм, правий – 15 мм; шрифт Times New Roman – 14 pt.; інтервал між рядками – 1,5.

2.2. Посилання на джерела оформлюються як посторінкові виноска – індексом (арабськими цифрами).

2.3. Бібліографічні описи джерел мають обов'язково містити прізвище та ініціали авторів, назви їхніх праць, місто та рік видання, видавництво, загальну кількість сторінок тощо.

2.4. Авторські примітки оформлюються наприкінці сторінок з використанням символу \* як знаку виноска.

3. Обсяг авторських рукописів. Орієнтовний обсяг статті – 10 сторінок (20 тис. зн. з пробілами); наукових повідомлень, рецензій тощо – 3–5 сторінок.

Рукописи, що не відповідають вимогам, зазначеним у п. 1–3, редакція не реєструє й не розглядає з метою публікації.

Рукописи і рецензії редакція не повертає.

Публікації здійснюються на платній основі.

---

«Часопис Київського університету права» внесено до переліку фахових видань за спеціальністю «Юридичні науки» (постанова Президії ВАК України № 1-05/6 від 12.06.2002 р.; постанова Президії ВАК України № 1-05/3 від 14.04.2010 р.; наказ Міністерства освіти і науки України № 528 від 12.05.2015 р.).

---

«Часопис Київського університету права» внесено до Міжнародної наукометричної бази «Index Copernicus International» (Польща)

---

Ліцензійною угодою від 10.10.2014 р. «Часопис Київського університету права» внесено до Міжнародної наукометричної бази даних HeinOnline (США)

---

**Київський університет права НАН України**  
вул. Терещенківська, 2. Тетяна Володимирівна, тел.: 235-63-24.  
E-mail: chasprava@ukr.net

Нагадуємо:

відповідальність за достовірність інформації, що міститься в статтях і повідомленнях часопису, лежить на їхніх авторах; у статтях і повідомленнях часопису висловлені погляди їхніх авторів, які не завжди збігаються з поглядами редакції; листування з читачами тільки на сторінках часопису; рукописи і рецензії авторам не повертаємо.

Редакція часопису